

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



Número **85**
enero-marzo 2013

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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



CONSEJO GENERAL
DEL NOTARIADO

Suscripción y distribución:

CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

Paseo del General Martínez Campos, 46, 6.º - 28010 Madrid - España

Tf. 913 087 232 - Fax 913 087 053

revistajuridica@notariado.org

Sumarios de los números publicados: www.notariado.org

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

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de esta obra, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de la misma solo puede ser realizada con la autorización del Consejo General del Notariado, salvo excepción prevista por la ley.

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

ISSN: 1132-0044

Depósito legal: M-8652-2012

Impreso en España - *Printed in Spain*

Maquetación: ZONA IMPRESA, S. L. zona@zonaimpresa.com

Impresión: JACARYAN, S. A. Avda. Pedro Díez, 3. 28019 Madrid

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE

D. Antonio Rodríguez Adrados

DIRECTOR

D. Javier Manrique Plaza

SECRETARIO

D. Víctor Manuel Garrido de Palma

CONSEJEROS

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

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES

Los acuerdos de la Junta General de las Sociedades de Capital y el interés social: impugnación y otras consideraciones en el entorno de la crisis económica 11

Luis Hernando Cebriá

Función del Acta de Notoriedad en el Abintestato. (Comentario a la inquietante Resolución de 19 de junio de 2013) 71

Domingo Irurzun Goicoa

El derecho al nombre y los apellidos como derecho fundamental de la persona 97

Aurelia María Romero Coloma

Tras la huella de la compraventa simulada en el Decreto-Ley 288/2011, de 28 de octubre. (A propósito de la función notarial en Cuba) 111

José Karel Fernández Martell

El legado de empresa familiar (Primera parte) 149

Juan-Faustino Domínguez Reyes

Cómo calificar negativamente el documento extranjero que pretenda inscribirse en nuestros registros 221

Rafael Rivas Andrés

El <i>ius commune</i> y sus vías de recepción en España (Primera parte)	267
Juan Alfredo Obarrio Moreno	

Algunos aspectos sobre el ejercicio de la comisión o encargo hecho en virtud del artículo 831 CC: ejecución de la delegación y de la fiducia (125 aniversario del Código Civil)	325
Luis Rueda Esteban	

La familia empresaria: el cambio generacional en las empresas familiares (125 aniversario del Código Civil) ...	405
Víctor Manuel Garrido de Palma	

La donación mortis causa en el Código Civil (125 aniversario)	423
José Manuel Hernández Antolín	

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Dictamina, que algo queda	505
Víctor Manuel Garrido de Palma	

RECENSIONES

<i>La ocupación explicada con ejemplos. Un vol., 319 pp., editorial Reus, colección Monografías, Madrid, 2013,</i> de José Luis Moreu Ballonga	519
por José María de la Cuesta Sáez	

<i>La mediación familiar y su reflejo en la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón.</i> De Rosa María Gutiérrez Sanz, editorial El Justicia de Aragón, 2012, 240 pp.	523
por Juan Antonio Robles Garzón	

<i>¿Qué generación debe responder de la presente crisis?</i> XIV Congreso Internacional de la <i>International Society of Family Law</i> (Lyon, 19-23 julio de 2011)	531
por Gabriel García Cantero	

**NOTICIAS, CONGRESOS Y REUNIONES
INTERNACIONALES**

XXVII Congreso Internacional del Notariado. Lima (Perú).
9-12 octubre 2013. Ponencias presentadas por el Notariado
español

Reflexiones del Notariado sobre el Derecho de familia y Sucesiones frente a las nuevas relaciones sociales	597
Rodrigo Tena Arregui	
Seguridad del mercado inmobiliario: la necesidad de instrumentos de regulación	659
Enrique Brancós Núñez	

ESTUDIOS DOCTRINALES



LOS ACUERDOS DE LA JUNTA GENERAL DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL Y EL INTERÉS SOCIAL: IMPUGNACIÓN Y OTRAS CONSIDERACIONES EN EL ENTORNO DE LA CRISIS ECONÓMICA (*)

Luis Hernando Cebriá

Profesor asociado de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia
Abogado

Resumen: El artículo parte de la evolución de las doctrinas contractualista e institucionalista en torno al interés social para, a través de ellas, y del interés de la sociedad y de la teoría de la empresa, analizar el sometimiento de las decisiones que son competencia de la junta al régimen de las acciones de impugnación. La lesión del interés social en beneficio de otros intereses particulares, desde la “primacía de los socios”, exige un esfuerzo exegético de revisión del actual sistema de sociedades en defensa de la sociedad y de la empresa, como organizaciones autónomas que, no obstante, se mueven en planos tuitivos paralelos. Y todo ello se ha de relacionar, en última instancia, con el estado de crisis económico-financiera y su incidencia en la empresa en concreto. Así se refleja en algunas resoluciones recientes de nuestros tribunales, que aun siquiera *obiter dicta*, fundamentan la orientación de su fallo en la afectación del estado de crisis económica sobre la empresa que constituye el objeto y la actividad de la sociedad.

Palabras clave: interés social, teoría de la empresa, acción de impugnación, “primacía de los socios”, crisis económico-financiera.

(*) El presente trabajo se inserta en el proyecto de investigación “Crisis económica y Derecho de sociedades” (DER2010-18860), concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, del que es investigador principal el Prof. Dr. D. José Miguel Embid Irujo.

Abstract: This article is based in the evolution of contractarian and institutionalist doctrines surrounding the social interest to, therethrough and attending the "interest of company" and the theory of the enterprise, analyse the submission of the decisions that are competence of the general meeting to the regime of rescission (nullification) suits. Injury to the social interest for the benefit of other private interests, seen from the "shareholders' primacy", requires an exegetical effort to review the current legal system in defence of the company and its enterprise, as autonomous organizations moving in parallel. And all this has to relate, ultimately, to the state of economic and financial crisis and its impact on the company itself. This is reflected in some recent decisions of courts that, even *obiter dicta*, have oriented resolutions on the impact of the economic crisis regarding the enterprise which is also the object and activity of the company.

Key words: social interest, theory of the enterprise, rescission (nullification) suits, "shareholders' primacy", economic and financial crisis.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO AL INTERÉS SOCIAL
- II. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DE LA JUNTA GENERAL
 - 1. Consideraciones generales
 - 2. Disponibilidad del interés social por la junta general por unanimidad. Referencia a los grupos de sociedades
 - 3. Posición de los administradores
- III. COMPETENCIAS DE LA JUNTA GENERAL, INTERÉS SOCIAL E INCIDENCIA DE LA CRISIS ECONÓMICA
 - 1. Aplicación del resultado
 - 2. Retribución de administradores
 - 3. Ampliaciones de capital
 - 4. Modificaciones estructurales
 - 5. Disolución sin causa y por pérdidas
 - 6. Intervención de la junta de la sociedad limitada en asuntos de gestión
- IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

I. INTRODUCCIÓN: CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO AL INTERÉS SOCIAL

Una línea jurisprudencial tradicional en torno al "interés social" atiende a criterios contractualistas en relación con el "interés común de los socios" y "la suma de los de todos aquéllos" (1). En una primera aproximación a esta teoría contractualista, por lo tanto, el interés social coincide con la suma de los intereses de sus socios, a partir de la causa negocial de "obtener un lucro" (cfr., art. 116 CCom.), criterio ordenador, al menos, del interés común de los socios en las sociedades capitalistas (2). Con base en la teoría contractual de la sociedad, otras más modernas elevan el tradicional criterio de la obtención del lucro repartible entre los socios al de la "creación de valor para el accionista" (3). No obstante, esta opción, que trae su origen en la práctica de las sociedades cotizadas desde la influencia de los mercados de capitales y la globalización y que es introducida en nuestro sistema mediante el *soft law* que constituyen los llamados códigos de buen gobierno, fue corregida en parte por la necesidad de maximización del valor de la acción de forma sostenida en el largo plazo (4). En definitiva, se trata de conjugar por esta

(1) Cfr., SSTs de 12 de julio de 1983 (RJ 1983, 4212), de 11 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 6111), y de 7 de marzo de 2006 (núm. 186/2006, RJ 2006, 5700).

(2) Acerca de las distintas implicaciones de esta teoría, PAZ-ARES, C., "El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor", *RDM*, núm. 251, 2004, pp. 7-60; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada", *RDM*, núm. 246, 2002, p. 1653-1726, p. 1663 y 1677 ss.; y ESTEBAN VELASCO, G., "Interés social, buen gobierno y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria)", en *Responsabilidad social corporativa: aspectos jurídicos-económicos*, Universitat Jaume I, Castellón, 2005, pp. 13-62, p. 33.

(3) En el *Common law* se desarrolló la teoría del "shareholder value", desde las corrientes económicas inspiradas en FRIEDMAN, M., "Social Responsibility of Business", *The New York Times*, 1970, y en la escuela de Chicago, que varían la consideración por los administradores acerca de los distintos intereses implicados en la empresa anteriormente sustentadas por BERLE, A. A., y MEANS, G. C., *The Modern Corporation and Private Property*, Nueva York, 1932, reed. 1967.

(4) Contra las exigencias y riesgos del mercado en el corto plazo, ARROYO MARTÍNEZ, I., "Interés social c/ Interés de la mayoría", *Las Sociedades*

vía el interés común de los socios con el interés social, entendido como interés de la sociedad, como institución autónoma y, a su vez, que la primaria protección de los accionistas tenga reflejo en los intereses del resto de sujetos implicados en la actividad de la empresa (5). La doctrina del valor del accionista (*shareholder value*), que da carta de naturaleza a la primacía de los accionistas, trata así de compatibilizar esta posición, digna de tutela, con la de otros intereses que confluyen en la empresa social. En todo caso, éstos se supeditan a aquéllos, de modo que mediante la promoción del interés del accionista se pueda obtener una correlativa satisfacción de los intereses que recaen en la esfera de la empresa, en relación con los sujetos afectados por su actividad. En última instancia, en caso de contraposición de intereses, la protección de los "otros grupos de interés" provendrá del marco normativo al que se sujete la actividad empresarial (6).

De otra parte, frente a la teoría contractualista, donde el interés social coincide con la suma de los intereses de sus socios, la teoría institucionalista, en relación con las notas de libre mutabilidad de los socios en mercados líquidos de desinversión y de la gran empresa en la sociedad anónima, recalca la necesidad de tutela de otros intereses colectivos. Parte así del reconocimiento de un "interés de la

Comerciales y su actuación en el mercado (I Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil) (dirs. VÍTOLO y EMBID), ed. Comares, Granada, 2003, p. 699-712, p. 705; y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "El interés social", cit., p. 1708, quien admite que el valor para el accionista sólo debería ser posible allí donde la actividad empresarial dé lugar a un incremento estable del patrimonio neto de la sociedad.

(5) SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa", en *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura de gobierno y mercados)* (coord. F. RODRÍGUEZ ARTIGAS), vol. 2, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 851 ss., p. 905.

(6) En este punto, PAZ-ARES, C., *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2007, pp. 124-5, desde un perfil contractual, diferencia entre los accionistas, quienes como inversionistas, asumen un riesgo residual y son los titulares de las inversiones más vulnerables, y los riesgos fijos que son asumidos por los *stakeholders*, quienes no requieren de maximización, sino únicamente del cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales asumidas por la sociedad.

empresa" que constituye en sí un valor digno de protección (*Unternehmen an sich*) y que, en relación con la sociedad anónima como "institución-corporación", abarca un interés que excede del privado de los socios (7). Esta postura encuentra a su vez reflejo en el *Common law*, mediante la *stakeholder theory*, que defiende la "creación de valor compartido" (8). Se significa con ello que las decisiones de los órganos sociales de una u otra manera tienen una incidencia en la comunidad en la que la sociedad se inserta y alcanzan a otros sujetos afectados por la actividad económica (9). Ello enlaza con el movimiento que se ha dado en llamar, de una manera un tanto imprecisa, de "responsabilidad social empresarial", o más ajustado al campo de las grandes sociedades, de la "responsabilidad social corporativa". No se trata de de reglar su función en el mercado, sino de advertir que su actividad, ligada al concepto de empresa, afecta

(7) Por todos, en la aproximación a la "teoría institucionalista", FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La atipicidad en Derecho de sociedades*, Zaragoza, 1977, p. 56 ss.; ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las Sociedades Anónimas (Derecho europeo y reforma del derecho español)*, ed. Civitas, Madrid, 1992, p. 122 ss.; y DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., *Tutela de la minoría (impugnación de acuerdos lesivos -art. 67 LSA-)*, Valladolid, 1957, p. 78 ss.

(8) En esta sede, en la dogmática norteamericana tradicionalmente se acude a las posturas de BERLE, A. A., "For Whom Corporate Managers Are Trustees: A Note", *Harvard Law Review*, núm. 45, 1932, pp. 1365-1372, pp. 1367-9, para quien los administradores debían actuar en el propósito primigenio de generar beneficios a los socios; y de DODD, E. M., *For Whom Are Corporate Managers Trustees?*, *Harvard Law Review*, núm. 45, 1932, pp. 1145-1163, pp. 1147-8, para quien debían ser considerados igualmente los intereses de los empleados, clientes, acreedores y otras personas afectadas. Retoman esta idea PORTER, M., y KRAMER, M., "Strategy & Society: The Link between Competitive Advantage and Corporate Social Responsibility", *Harvard Business Review*, 2006, y en "Creating Shared Value: Redefining Capitalism and the Role of the Corporation in Society", 2011, vol. 89, pp. 62-77; y FREEMAN, R. E. y otros, *Stakeholder theory: the state of the art*, ed. Cambridge University Press, Cambridge (EE.UU.), 2010. Entre nosotros comentado por SALAS FUMÁS, V., "Responsabilidad Social Corporativa (RSC) y Creación de Valor Compartido: La RSC según Michael Porter y Mark Kramer", *RRSE*, núm. 3, 2011, pp. 15-40.

(9) También SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa", en *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura de gobierno y mercados)* (coord. F. RODRÍGUEZ ARTIGAS), vol. 2, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 851 ss., p. 855.

a otros de intereses diferentes de los subjetivos de los socios o incluso de la sociedad (10).

En este cruce de caminos, el artículo 226 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) identifica "el interés social" con el "interés de la sociedad". Frente a la tradicional consagración de la teoría contractualista en nuestro sistema, en referencia al interés común de los socios, el artículo 226 LSC acude al interés social como "interés de la sociedad". Por lo tanto, el interés social, como consecuencia de la interposición de la personalidad jurídica del ente, no puede ser equiparado, tan siquiera, al interés particular de cada uno de los socios (11). En todo caso, se ha de reconocer, con carácter general, que el "interés social" resulta trascendente al interés individual de los accionistas (12). Así las cosas, en este juego de posiciones jurídicas, por el régimen de mayorías en la toma de decisiones de los órganos sociales, surge la necesidad de encontrar nuevas vías interpretativas en la configuración del interés social, frente a su categorización como "interés común de los socios" (13). Se supera así la posición que privilegia el interés

(10) A ello añade EISENBERG, M. A., "The Structure of Corporation Law", *Columbia Law Review*, núm. 89, 1989, pp. 1461-1525, p. 1487, la acción unilateral de los órganos en las sociedades. Asimismo, JACOB, N., "La contestation de l'entreprise", en *Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise (Études a la memoire du doyen Pierre Azard)*, París, 1980, p. 137 ss, p. 145. Extiende estas limitaciones a aspectos sociales-corporativos, GALGANO, G., "Il piano di impresa", *Giur. Comm.*, 1980, t. I, p. 383 ss., p. 384.

(11) Así, JIMÉNEZ DE PARGA, R., "La impugnación de los acuerdos sociales en la ley reguladora de la sociedad anónima", *Estudios en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 1801-1834, y en *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, ed. Civitas, 1995, pp. 319-355, p. 327, enmarca el "interés social" en la propia persona jurídica resultante del contrato de sociedad, diferente del interés individual de cada socio.

(12) Al respecto, las SSTs de 1 de julio de 1961, de 25 de enero de 1968, de 20 de febrero de 2003 (núm. 172/2003), de 7 marzo de 2006 (núm. 186/2006), y de 29 de marzo de 2007 (núm. 377/2007); y acerca de la preferencia del interés social, por todos, GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, ed. Artes Gráficas Benzal, Madrid, 1976, p. 283 ss.; y DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., *Tutela de la minoría*, cit., p. 5 y 110 ss.

(13) Para JAEGER, P. G., *L'interesse sociale*, ed. Giuffrè, Milán, 1964, p. 181 ss, se trata del interés común de los socios en tal condición y con

de aquéllos, por cuanto exige de cada uno de ellos que actúe en la organización social como tal y no persiguiendo eventuales intereses particulares contrarios a los de la sociedad (14). En el otro lado de la balanza, la atribución a la sociedad de una personalidad jurídica propia se ha de entender en los justos términos de la finalidad que origina este privilegio (15).

Si bien la conformación tipológica de las sociedades de capital, y más aun la aproximación en la Ley de Sociedades de Capital entre la sociedad limitada y la sociedad anónima, no favorece la discriminación entre ambas modalidades sociales, y fuera de planeamientos radicales, se ha de reconocer una mayor afección de la sociedad cotizada a la teoría institucional, y de la sociedad no cotizada y preferentemente de la de carácter cerrado, con independencia del tipo, a la teoría contractual (16). Este último perfil tiene mayor incidencia en las sociedades donde el socio no encuentre un mecanismo dis-

referencia a la comunidad de intereses que aparece con la causa común del acto constituyente, es decir, con la finalidad lucrativa; de tal forma que cualquier otro interés ajeno a la causa negocial, aun cuando sea colectivo o común, no merece la consideración de "interés social".

(14) GARRIGUES, J., "Nulidad e impugnabilidad de los acuerdos de la Junta general de la sociedad anónima", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 3, vol. 1, 1946, p. 427, distinguía, en este punto, entre los acuerdos que violasen, en beneficio de uno o varios de los accionistas, el interés social, y los acuerdos en los que la mayoría necesaria se hubiese obtenido por la concurrencia de los votos que no debieron emitirse en razón de interés propio o ajeno que estuviese en pugna con el interés social.

(15) DE CASTRO, F., "Ofensiva contra el concepto de persona jurídica", *Anuario de Derecho Civil*, 1961, t. XIV-IV, p. 943 ss., p. 944. Desde un punto de vista diverso, JENSEN, J. M., y MECKLING, W. H., "Theory of the firm: managerial behaviour, agency cost and ownership structure", *Journal of Financial Economics*, núm. 3, 1976, p. 305 ss., consideran que la firma o sociedad no es un individuo y que la ficción legal de su personalidad se inserta en un proceso complejo de equilibrio entre los objetivos conflictuales de los individuos.

(16) En cuanto a la necesaria distinción, en el marco de las acciones de impugnación de los acuerdos de las juntas generales, entre las sociedades cotizadas y el resto de sociedades de capital, QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Bases para una revisión del derecho de impugnación de los acuerdos sociales", *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España: Cuestiones pendientes de reforma* (dir. C. ALONSO LEDESMA, A. ALONSO UREBA, y G. ESTEBAN VELASCO), I, ed. Aranzadi, 2011, pp. 261-291, p. 264 ss.

crecional de salida o de desinversión de su participación social, y donde la actividad de la empresa no trascienda de forma relevante en el mercado. Si el carácter de la sociedad como "institución-corporación" se abre paso en la gran sociedad abierta, el perfil contractual de la sociedad se acentúa en la pequeña sociedad cerrada (17). La orientación de las sociedades limitadas a las "pymes" restringe su ámbito de actuación en el mercado, por ello que bien cabría, en principio, limitar la protección de aquellos terceros a los que afecte la actividad de forma directa, tales como los clientes, empleados, proveedores, acreedores o las comunidades locales donde realicen la actividad (18). Adicionalmente, las sociedades anónimas, donde normalmente se insertan las grandes empresas, habrán de atender a otros intereses "públicos o generales" (19). Con todo, la necesaria relevancia de la empresa social en el mercado incide directamente en la aplicación de determinada regulación mercantil (vgr., regulación de defensa de la competencia), y coloca a la sociedad en

(17) Sobre el carácter más institucional de la sociedad anónima moderna, en una aproximación a la corporación pública, GARRIGUES, J., *Nuevos hechos, nuevo Derecho de sociedades anónimas*, (reedición de la 1.ª edición, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933), ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 58.

(18) Advierte también SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "El interés social", *cit.*, p. 1666, que en las pequeñas empresas sólo interactúan algunos grupos de interés, a diferencia de lo que ocurre en las grandes sociedades.

(19) En los Estados Unidos, como apunta MICKELS, A., "Beyond Corporate Social Responsibility: Reconciling the Ideals of a For-Benefit Corporation with Director Fiduciary Duties in the U.S. and Europe", *Hastings International and Comparative Law Review*, núm. 32, 2009, pp. 271-303, p. 29, se mantiene un visión más privatista de la sociedad, puesto que estos "other constituencies statutes" se limitan a proteger los intereses afectados de los clientes, empleados, acreedores y comunidades locales, y no a otros más amplios como el medioambiente, la comunidad internacional o los derechos humanos. Para una aproximación, desde nuestra perspectiva, PÉREZ CARRILLO, E. F., "Gobierno corporativo en EE.UU. y en Europa: administración, propiedad y auditoría ante la reforma", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 24, 2005, pp. 139-173; y GUERRA MARTÍN, G., *El gobierno de las Sociedades Cotizadas Estadounidenses (Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho europeo)*, ed. Thompson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 426.

un espacio intermedio entre la tradicional *magna divisio* entre el Derecho privado y el Derecho público (20).

En este marco, las diferentes posiciones dogmáticas han ido balanceando el significado de interés social entre el interés de los socios y el interés de la empresa, y quizás por ello de su tardía incorporación al sistema legal (21). No obstante, la indeterminación de este interés social ha llevado a los códigos de buen gobierno a tratar de delimitar la norma de comportamiento, en principio únicamente exigible a los administradores de las sociedades cotizadas (22). Todavía hoy se mantiene como una cuestión inconclusa del Derecho de sociedades la tendencia favorable hacia la postura institucional o hacia la postura contractual. Sin embargo, no se trata de una cuestión baladí, pues el ámbito de aplicación reconocido al "interés de la empresa" incidirá en la legitimidad de las decisiones sociales en las que la regulación toma como referente este concepto abstracto o indeterminado (23). Y todo ello se ha de enlazar con el régimen

(20) En el actual movimiento de reforma de la regulación mercantil así se reconoce en la exposición de motivos de la Propuesta de Código Mercantil, en su redacción de 17 de junio de 2013 (I-27), cuando alude a la predominancia del Derecho privado aplicable para los sujetos y las operaciones relacionadas con el mercado, al paso que reconoce la necesidad de incorporar, para una adecuada coordinación, normas de Derecho administrativo en materias concretas, tales como la defensa de la competencia o las operaciones en el mercado de valores.

(21) DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., *Tutela de la minoría*, p. 78 ss.; y COSSU, M., *Società aperte e interesse sociale*, ed. Giaappichelli, Turín, 2006, p. 105 ss.

(22) Confrontar con la recomendación séptima del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas de 22 de mayo de 2006 del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (conocido como el "Código Conthe") que, en las sociedades cotizadas, donde debiera resultar más marcado el carácter institucional de la "corporación", parece optar, sin embargo, por un criterio privatístico, y que, desde el punto de vista contractualista, pone el énfasis en "el interés común de los accionistas o, si se prefiere, en el interés del accionista común". Con todo, el Código de buen gobierno compagina esta visión con la doctrina institucionalista, en tanto que el accionista, considerado como inversor, requiere de "la maximización, de forma sostenida, del valor económico de la empresa".

(23) Así se reconoce, de *lege lata*, en los casos de convocatoria de Junta (art. 167 LSC), de conflicto de intereses del socio en la sociedad limitada (art. 190 LSC) y de los administradores (art. 229 LSC), del deber de secreto de estos últimos, de su cese en la sociedad anónima (art. 224 LSC), y de las

de mayorías al que se someten, como principio configurador, las sociedades de capital. El comportamiento de los socios, en particular del de mayoría, en la promoción el "interés social", sobre todo en las sociedades donde el perfil contractual se muestra de forma más evidente, exige también el respeto razonable de los intereses legítimos de sus consocios (24). No puede por lo tanto el socio mayoritario, en la conformación de la voluntad de la junta, prescindir del interés social, tal y como se recoge entre las causas de impugnación de los acuerdos sociales (cfr., art. 204.1.º LSC) (25).

II. IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS DE LA JUNTA GENERAL

1. Consideraciones generales

Tanto de la empresa como de la sociedad resultan un conjunto de relaciones sujetas a un marco normativo. Desde el plano de la empresa, existen restricciones al libre ejercicio de la actividad económica con base en la normativa de la competencia, en la intervención de los poderes públicos en el mercado y en la protección del medio ambiente, en el reconocimiento de los derechos de los trabajadores, etc., que constituyen, *lato sensu*, el espacio dentro del cual los órganos sociales han de adoptar sus decisiones (26). Amén de lo

acciones sociales de responsabilidad (art. 239 LSC). También en los controvertidos casos de la exclusión derecho de preferencia en ampliaciones de capital (art. 308 y 506 LSC) y del ámbito del derecho de información del socio y del accionista (arts. 196 y 197 LSC). Todo ello debe ser completado con el régimen de impugnación de acuerdos anulables (art. 204 LSC) y con el "interés social", como interés de la sociedad, como criterio rector del deber de lealtad inherente al cargo de administrador social (art. 226 LSC).

(24) Sobre la necesidad de reorientar el "interés social", vide STS de 7 diciembre de 2011 (núm. 873/2011, párr. 36), en el caso "Inversora Obelisco, SA".

(25) Tal y como apuntan DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., *Tutela de la minoría*, cit., p. 149; y ALCALÁ DÍAZ, M. A., "El conflicto de interés socio-sociedad en las sociedades de capital", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 9, 1997, pp. 89-142, p. 115.

(26) Así, constituyen legítimos intereses de los trabajadores y se manifiestan en la conservación de los puestos de trabajo, en el mantenimiento de las condiciones laborales mediante convenios colectivos y en las retri-

anterior, desde la regulación societaria se advierte una primera distinción entre unas normas de protección del socio y otras dirigidas a la tutela de los acreedores sociales (27). Ello encuentra igualmente reflejo en el ámbito de la impugnación de los acuerdos de la junta general (28). Así se reconoce cuando se concede una amplia legitimación activa, incluso a "cualquier tercero que acredite un interés legítimo" para impugnar los acuerdos nulos, que no debiera limitar esta posibilidad a los socios y a los acreedores (29). Ahora bien, lo

buciones, de conformidad con las relaciones contractuales y la regulación imperativa que afectan a sus relaciones con el empleador. Los intereses de los consumidores y usuarios son tutelados por la legislación que regula las relaciones de las empresas con ellos, y los intereses de los acreedores mediante los mecanismos legales de cobro de lo debido en caso de incumplimiento del empresario de las obligaciones crediticias. Por otra parte, manifestaciones del interés general que alcanzan a la empresa son las normas protectoras del medio ambiente, las normas fiscales y administrativas con referencia en ella, etc.

(27) El socio, de forma individual, goza de unos derechos inderogables, tales como los derechos de información y de impugnación de acuerdos. A ellos se añaden otras medidas de protección de la minoría, mediante los derechos de convocatoria de juntas generales y de información, la representación proporcional en el consejo de administración, la solicitud de auditorías y de redacción de acta notarial, o el ejercicio de acciones de responsabilidad, entre otras.

(28) Con carácter general, URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M., "La Junta general de accionistas (arts. 93-122 LSA)", en *Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles*, (dirs. R. Uría, A. Menéndez, y M. Olivencia), t. V, ed. Civitas, Madrid, 1992, p. 335 ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "Los acuerdos impugnables en la sociedad anónima", en AAVV, *Estudios en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 373-396; EMBID IRUJO, J. M., "Notas sobre la impugnación de acuerdos sociales en la Ley española de Sociedades Anónimas", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 121, 1995, pp. 49-60; VIÑUELAS SANZ, M., "El derecho de impugnación de los acuerdos sociales en derecho español", *Revista Crítica de Derecho Privado*, núm. 7, 2010, pp. 1035-1059; y MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L., "La Junta general y la impugnación de sus acuerdos en la sociedad de responsabilidad limitada", en AAVV, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (coord. Iglesias Prada), t. II, ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 2097-2124.

(29) Con mayor detalle, BAENA BAENA, P. J., *Legitimación activa para la impugnación de acuerdos sociales: (de la junta general de las sociedades anónima y de responsabilidad limitada y de la asamblea general de la sociedad cooperativa)*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 122 ss.

anterior no se ha de confundir con que se puedan sublimar los intereses de terceros si con ello no se mejora la estimación global de la sociedad en el mercado, en cuanto es éste el valor último protegido desde la perspectiva del Derecho de sociedades.

Empero, como es objeto de revisión en el actual marco de reforma del Código mercantil y mantenido por una jurisprudencia reciente, se ha de tratar con una especial cautela la sanción de la nulidad radical de los acuerdos ilícitos de la Junta (30). La prudencia recomienda que la anulabilidad sea la sanción general, mientras que la nulidad quede reservada para aquellos supuestos donde la infracción de los derechos del socio o del acreedor sea grave, afecte a aspectos relevantes de la organización social, o sea contrario bien a sus principios configuradores, bien al orden público (31). Sin

(30) Puntualiza la Sentencia de 12 de junio de 2008, en el caso "Ebro Agrícolas Cia. de Alimentación, SA", que *"la doctrina jurisprudencial viene recomendando «extrema prudencia y criterios flexibles» en la aplicación de la nulidad radical"* (RJ 2008, 3221, F.D.3.º). Sigue, en este punto, la línea jurisprudencial marcada por las SSTs de 17 de enero de 2000 (RJ 2000, 222), de 12 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 9890), de 28 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3436), de 2 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 229), de 3 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 2198), de 18 de junio de 2002 (RJ 2002, 5224), y de 25 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6577).

(31) Sobre la conveniencia de acudir a la nulidad únicamente en determinados casos, que requieren de una tipificación específica, y de atribuir a la anulabilidad una función de cláusula general, QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Bases para una revisión", cit., p. 274 y 280 ss. Ya antes, URÍA, R., MENÁNDEZ, A. y MUÑOZ, J. M., "La Junta general de accionistas", cit., p. 329 ss. Esta postura es recogida en la Propuesta de Código Mercantil de 17 de junio de 2013 que incluye, en su artículo 214-12, dentro de la relación de acuerdos que se reputan nulos, los ficticios, los falsos y los adoptados por órgano pretendidamente universal al que no haya concurrido alguno de los miembros; los adoptados con infracción grave de los requisitos legales o estatutarios para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, así como los adoptados sin que el asunto conste en el orden del día; los adoptados con violación grave del derecho de información; los acuerdos contrarios a los principios configuradores del tipo social de que se trate, los que infrinjan las normas esenciales de protección de los acreedores sociales y los que lesionen gravemente un derecho del socio; y los acuerdos que por su causa o contenido sean contrarios al orden público. A las restricciones anteriores, relativas a infracciones graves del sistema de sociedades, se une que el artículo 214-16.3 impide la alegación de aquellos defectos de forma que no fueran denunciados en el momento oportuno. Con ello se requiere,

embargo, según esta técnica de causas tasadas para la nulidad en la impugnación de acuerdos de la junta general, se ha de advertir que dicha sanción queda restringida únicamente a aspectos de carácter societario, prescindiendo, en la dualidad ya apuntada entre empresa y sociedad, de los relativos a la empresa que constituye su objeto. Con todo, dentro de la ordenación competencial se ha de estar, en principio, a la función de representación encomendada a los administradores, en relación con la actividad social, es decir con la empresa, y con las competencias de la junta general, en cuyo caso, cuando el objeto social sea ilícito o contrario al orden público, supuesto ciertamente excepcional, la nulidad no se limitará al acuerdo, sino a la sociedad misma como contrato organizativo (art. 56.c. LSC) (32). Aún así, todavía se ha de tener en cuenta, al menos en la sociedad limitada, la eventual intervención de la junta general en asuntos de gestión (art. 161 LSC) (33).

Las infracciones de la ley, los estatutos o la lesión del interés social no tienen igual rango normativo en la determinación de la nulidad o de la anulabilidad (art. 204.1 LSC) (34). El cumplimiento

en paralelo a la oposición formal y expresa de los acuerdos anulables, su manifestación por el socio, a fin de una eventual subsanación del error, en pos de un correcto funcionamiento del órgano. Acerca de la necesidad tanto de delimitar los acuerdos impugnables, como de la exclusión de meros errores formales y subsanables, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Propuestas de revisión de la impugnación de acuerdos (Especial referencia a las sociedades cotizadas)", en *Jornada Internacional "Reflexiones sobre la Junta general de las sociedades de capital"* celebrada en el Iltre. Colegio Notarial de Madrid, el 20 de abril de 2009, pp. 1-31, p. 26.

(32) El artículo 2379 del *Codice civile* italiano considera la nulidad de las deliberaciones de la junta de la sociedad que, entre otros, tengan un objeto ilícito. Sobre la nulidad, en estos casos, la Sentencia de Cass. Civ. I, 11017/94.

(33) Con mayor detalle, FERRANDO VILLALBA, M. L., "El ejercicio de competencias gestoras por la junta general de socios en la sociedad de responsabilidad limitada", en AAVV, *La società a responsabilità limitata in Italia e in Spagna. Due ordinamenti a confronto* (dirs. N. ABRIANI y J. M. EMBID IRUJO), ed. Giuffrè, Milán, 2008, p. 551 ss.

(34) Recoge las causas de impugnación el artículo 214-11.1 de la Propuesta de Código Mercantil, puntualizando las normas especiales aplicables en los casos de la impugnación de los acuerdos sobre las cuentas anuales y sobre las modificaciones estructurales de la sociedad. Se mantiene en todo caso la posibilidad *ex ante* de dejar el acuerdo sin efecto o de su sustitu-

del interés social no puede llevar, por lo tanto, a transgredir la regulación imperativa, ni los derechos de terceros dentro del conjunto de las personas a las que afecta la actividad económica desarrollada. En tal sentido, el interés social se ha de ajustar al cumplimiento de los deberes contraídos por la sociedad con terceros, tanto en concreto, como en el caso de los trabajadores, de los acreedores o de los socios minoritarios, como en abstracto, con instituciones públicas y la comunidad en general (vgr., consumidores y usuarios, defensa de la competencia). Sólo de esta forma se compatibiliza el fin de la sociedad, en relación con la explotación del objeto social, y su causa contractual (35). Lo que se ha de poner de manifiesto, en todo caso, es que los acuerdos que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros se sujetan necesariamente a la sanción de la anulabilidad, lo cual afecta a aspectos tan relevantes como la legitimación y los plazos de caducidad de la acción (cfr., art. 204.2 LSC) (36).

En particular, la legitimación activa para impugnar tales acuerdos se limita, al contrario de los acuerdos nulos, a los socios asistentes a la junta que hagan constar su oposición, a los ausentes y a los ilegítimamente privados de su derecho de voto (37). Sin perjuicio de la posibilidad de configurar también este derecho de impugnación

ción por otro válido, o *ex post*, como contempla el artículo 214-17.2, de su subsanación tras el ejercicio de la acción de impugnación y antes del juicio (cfr., ex. art. 115.2. fine LSA).

(35) Para RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *Impugnación de acuerdos de las Juntas de accionistas*, 3.^a ed., ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 86, el interés social será, en primer lugar, el mantenimiento de la vida de la sociedad, y seguidamente, el de la rentabilidad con el fin de lograr el objetivo básico de la sociedad prototípicamente capitalista, cual es el logro del beneficio repartible entre los accionistas.

(36) Añade el artículo 214-13, entre los acuerdos anulables, además de los contrarios a los estatutos sociales y los que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o terceros, el resto de acuerdos contrarios a la ley no sancionados con la nulidad.

(37) Con mayor detalle, BAENA BAENA, P. J., *Legitimación activa*, cit., p. 133 ss. Critican esta exigencia, de corte jurisprudencial y alegal, de constancia expresa de la oposición para la legitimación de los socios presentes en la junta, URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ, J. M., "La Junta general de accionistas", cit., p. 352.

como un derecho de la minoría (38), cualquier tercero con interés legítimo no dispone de legitimación activa para impugnar los acuerdos sociales que lesionen el interés social, lo cual aproxima nuestro sistema de sociedades a la teoría contractualista. Es más, junto a la necesaria constancia formal de la oposición en la Junta para el socio que asista, no resulta suficiente con tal lesión, sino que, adicionalmente, ha de ocasionar un correlativo beneficio a uno o varios socios o a terceros. Con todo, se ha de mantener en interés de la sociedad la referencia normativa al interés social (art. 226 LSC) y con ello la protección de la empresa que constituye su objeto (39). Así, el artículo 204 LSC, en su apartado primero, sólo se refiere a aquellos acuerdos de la junta general que "*lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o terceros*" y no a otros acuerdos que lesionen a socios o accionistas, al modo de la acción individual de responsabilidad prevista por los actos y omisiones de los administradores sociales (cfr., art. 241 LSC). Contrasta esta postura, y por lo tanto la aleja desde esta perspectiva, con algunas soluciones de Derecho comparado donde se sanciona de forma expresa la conducta del socio que, mediante el ejercicio de su derecho de voto, alcance la mayoría necesaria para la adopción de un acuerdo de la junta general que le permita obtener ventajas especiales; y ello no sólo en perjuicio de la sociedad, sino también de los demás accionistas, sin concederles una compensación adecuada (40). Se significa

(38) Ya respecto de la conveniencia de su configuración como un derecho de la minoría en la sociedad anónima cotizada, MATEU DE ROS CEREZO, R., *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 389; y ALCALÁ DÍAZ, M. A., *El derecho de impugnación del socio en la sociedad anónima cotizada*, ed. La Ley, Madrid, 2006, p. 13 ss. El artículo 214-16.2 de la Propuesta de Código Mercantil limita la legitimación activa a la condición de minoría, si bien, de una parte, admite que los estatutos sociales puedan reducir la porción de capital exigible en las sociedades de capital y, de otra, reserva a los socios que carezcan de legitimación un derecho al resarcimiento del daño que les haya ocasionado el acuerdo impugnado. De otro lado, en las sociedades cotizadas, el artículo 283-22.1 amplía la legitimación activa, además de a la asociación que represente a la minoría, al órgano competente para la supervisión del mercado de valores.

(39) ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión*, cit., pp. 568-9, alude, en el proceso de formación de la voluntad de la sociedad, al referente de la empresa como encrucijada de los distintos intereses afectados.

(40) En tal sentido, el accionista no puede tratar de conseguir en la

así que nuestra regulación, a diferencia de otras donde resulta más claramente remarcado el perfil contractual de la sociedad, no tutela al resto de socios afectados por el acuerdo que no perjudique a la sociedad en sí (41). En consecuencia, una pretendida tendencia favorable hacia la postura contractualista encuentra también evidentes restricciones desde el régimen de las acciones de impugnación (42).

La controversia, en definitiva, se dirime en el ámbito interno de la sociedad, es decir entre el socio que adopte con sus votos una decisión social y los socios externos al control. Como regla general, el principio mayoritario autoriza al "socio de control" para que, con sus votos, pueda configurar el interés social, de modo que la minoría quede sometida a la decisión adoptada (*vid.* art. 159.2 LSC). Pero ello siempre y cuando el "acuerdo" se ajuste a los límites antedichos de la ley, los estatutos y el interés social. Por lo tanto, cualquier elusión por el socio mayoritario del cumplimiento del interés social mediante el ejercicio de su posición de control sobre los órganos sociales se ha de resolver, en principio, mediante las acciones impugnatorias de los acuerdos, donde la elusión del interés social en beneficio de uno o varios socios juega un papel trascendental en el correcto funcionamiento del órgano (*cfr.*, art. 204.1.º LSC) (43).

junta general, mediante su derecho de voto, "ventajas especiales"-*Sonder-vorteile*-. *Cfr.*, art. 243.2 de la *Aktiengesetz* alemana y, de forma similar, el art. 58.1.b) del *Código das Sociedades Comerciais* portugués.

(41) Sobre la heterogeneidad de la concepción del interés social, en atención a los criterios político-económicos vigentes en cada Estado, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "El interés social", *cit.*, p. 1660. También acerca de la elasticidad del concepto, DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., *Tutela de la minoría*, *cit.*, p. 68.

(42) QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Bases para una revisión", *cit.*, p.162, distingue entre una vertiente institucional, en la que la impugnación es utilizada como un instrumento de control dirigido al equilibrio de intereses entre la mayoría y la minoría, y otra más subjetiva, como un derecho individual del socio frente a acuerdos que deriven una lesión al interés social en beneficio de intereses particulares.

(43) Tal y como apuntan DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., *Tutela de la minoría*, *cit.*, p. 149; y ALCALÁ DÍAZ, M. A., "El conflicto de interés", *cit.*, p. 115.

2. Disponibilidad del interés social por la junta general por unanimidad. Referencia a los grupos de sociedades

Como es bien sabido, el principio mayoritario excluye la exigencia de unanimidad en la adopción de las decisiones en la junta general (cfr., art. 159 LSC-, en conjunción con el artículo 200 LSC) (44). De este modo, a su vez, la impugnación de acuerdos de la junta por lesión del interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros encuentra aplicación en aquellos supuestos donde el socio mayoritario utiliza sus derechos de voto para atender a intereses particulares extrasociales y para procurar un beneficio extraño al de la sociedad (45). Por esta vía se produce un daño reflejo al resto de socios (46). Sin embargo, desde la visión contraria, la unanimidad

(44) De otra parte, se exceptúa la regla de la mayoría por la de la unanimidad en la incorporación, modificación o supresión de causas estatutarias de separación del socio (*vid.* art. 347.2 LSC). Se ha de señalar, con todo, que en determinados casos la regulación precisa de unanimidad o del consentimiento individual de los socios (*vgr.*, en el aumento de capital con elevación del valor nominal de las participaciones y con nuevas aportaciones de los socios del art. 296.2 LSC, o en la alteración de las causas estatutarias de separación o exclusión de los socios de los arts. 347.2 y 351 LSC).

(45) En todo caso, como advierte GARRIGUES, J., "La protección de las minorías en el Derecho español", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 72, 1959, pp. 249-268, p. 265, si el acuerdo lesiona el interés social pero no beneficia a ningún socio o tercero no resultará impugnable. Desde otro perfil, sin embargo, para DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., *Tutela de la minoría*, cit., p. 55, este deber de fidelidad entre los socios debe conjugarse con el deber de fidelidad frente a la sociedad, que lo neutraliza, en relación con el "interés social". Desde otra perspectiva, ZÖLLNER, W.: *Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personverbänden*, ed. Beck, Munich, 1963, p. 31, diferencia entre los *Mitgliedinteressen*, los intereses de los socios como tales, de los *privaten Interessen*, es decir, de los intereses particulares de los socios, y antepone aquéllos a éstos para el correcto funcionamiento de la estructuras sociales. También mantiene la necesidad de proteger los intereses de los socios, sólo en cuanto socios, COUTINHO DE ABREU, J. A., "Interés social y deber de lealtad de los socios", *Revista de Derecho de sociedades*, núm. 19, 2002, pp. 39-56, p. 43.

(46) Véase el artículo 214-16.2 fine de la Propuesta de Código Mercantil, que reserva a "los socios no legitimados" el "derecho al resarcimiento del daño que les haya ocasionado el acuerdo impugnable". Sobre esta "alternativa indemnizatoria", QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Bases para una revisión", cit., p. 285.

halla en la doctrina de los actos propios la justificación suficiente para que el resto de los socios no pueda reclamar el perjuicio causado a la sociedad (47). Por lo tanto, si desde un perfil contractual el interés social es entendido como el interés colectivo de los socios, el acuerdo unánime de todos, en principio, dotaría de legalidad al acuerdo de la junta general. Es más, como ha sido apuntado, incluso cabe la posibilidad de entender ajustada a derecho la decisión que permita a un socio o a un tercero, a través del ejercicio de su derecho su voto, obtener algún beneficio si el resto de socios perciben una compensación adecuada por el daño experimentado (cfr., art. 243.2 AktG). Con ello se sublima "el interés del socio de mayoría" siempre que, con ello, el resto de socios reciban la suficiente protección mediante una compensación adecuada (48).

Conviene traer al *status quaestionis* algunas reflexiones provenientes del Derecho de grupos de sociedades. Como es conocido,

(47) La STS de 29 de noviembre de 2007 (núm. 1229/2007, RJ 2008, 32), a partir de que "el ánimo de lucro se presenta en la sociedad (artículos 1665 CC; 116 CCom., etc.) como uno de los principios configuradores", declara que "Ello da sentido a preceptos como el artículo 48.2.a) LSA impide que se lleven a efecto donaciones con cargo al patrimonio social, que serían contrarias al fin lucrativo, en perjuicio de los derechos individuales del socio, **salvo que se verifiquen mediante acuerdo unánime, y con cargo a reservas de libre disposición**. Aunque no se impide la realización de actos que signifiquen transmisión o enajenación a título lucrativo para alcanzar determinados fines estratégicos o el cumplimiento de fines éticos, culturales, altruistas, cuando no impliquen vulneración, impedimento o obstáculo a la realización de derechos como los que reconoce el artículo 48.2.a) LSA, como ocurre cuando se verifique moderada disposición de parte de los beneficios".

(48) La impugnación, a falta de esta compensación, se sustancia en el incumplimiento del deber de fidelidad del socio, tal y como apuntan MARSCH-BARNER, R., "Treuepflichten zwischen Aktionären und Verhaltenspflichten bei der Stimmrechtsbündelung", *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht Konkursrecht*, núm. 157, 1993, 172 ss., p. 177; DREHER, M., "Treuepflichten zwischen Aktionären und Verhaltenspflichten bei der Ausübung von Aktionärsstimmrechten durch Bevollmächtigte", *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht Konkursrecht*, núm. 157, 1993, pp. 150-171; LUTTER, M., "Die Treuepflicht des Aktionärs, Bemerkungen zur Linotype-Entscheidung des BGH", *ZHR*, núm. 153, 1989, pp. 446-471, p. 457; y WINTER, M., *Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht (rechtsformspezifische Aspekte eines allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Prinzips)*, ed. Beck, Munich, 1988, pp. 300 ss.

nuestra regulación de sociedades de capital no recoge de forma expresa un "interés del grupo de sociedades" como valor que se superponga al interés social de las sociedades filiales (49). Si en principio la relación de control entre la "sociedad socia" y la "sociedad participada" permite que ambas mantengan su autonomía formal y jurídica, ello da lugar, al mismo tiempo, a una primera distinción entre las sociedades dominantes y las sociedades dominadas (cfr., art. 18 LSC y 42 CCom), de la cual se deduce una situación de dependencia que trasciende a los órganos sociales de estas últimas (50). Desde una perspectiva material, la integración de una sociedad en un grupo puede tener como efecto un "desplazamiento funcional de los órganos sociales" y, con ello, un reajuste de sus competencias, que puede llevar a reconocer, a la postre, una "permeabilidad de las estructuras formales de los órganos sociales" (51). Esto conduce, a su vez, a una pérdida de estabilidad de los clá-

(49) No obstante, introduce un amplio régimen jurídico la Propuesta de Código Mercantil que, en su artículo 291-1, anticipa una noción de grupo en el que incluye tanto al grupo jerárquico o por subordinación, donde exista un sometimiento a un "*poder de dirección unitario de una misma persona natural o jurídica*", como al grupo por coordinación, "*cuando dos o más sociedades independientes actúen coordinadamente entre sí bajo un poder de dirección unitario y común*". En todo caso, el grupo de sociedades carece de personalidad jurídica, por lo que en los grupos por subordinación la relación entre la sociedad dominante y las sociedades dependientes se traslada al ámbito del poder de dirección y a la presunción de su ejercicio (artículos 291-2 y 291-3).

(50) Para una visión de conjunto de este complejo fenómeno, por todos, EMBID IRUJO, J. M., *Introducción al Derecho de los Grupos de Sociedades*, ed. Comares, Granada, 2003; y DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M. L., *Derecho de grupos de sociedades*, ed. Civitas, Madrid, 2009.

(51) EMBID IRUJO, J. M., y GIRGADO PERANDONES, P., "Aproximación al significado jurídico de los órganos del grupo de sociedades. Especial referencia al papel de la Junta general", en *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital* (coord. J. M. EMBID IRUJO), Valencia, 2005, p. 286. En este punto, el artículo 291-10 admite que los administradores de la sociedad dominante puedan impartir instrucciones en interés del grupo a los administradores de la sociedad dependiente, aunque la ejecución de esas instrucciones pueda ocasionar un perjuicio a esta sociedad, si bien sometidas a las limitaciones de la ley, los estatutos de la sociedad dependiente y la solvencia de la propia sociedad. Se consagra así la preferencia del "interés del grupo" frente al "interés de la sociedad" individualmente considerada.

sicos centros de imputación jurídica y a una “reticularización” de las relaciones en el seno de las empresas colectivas complejas (52). En todo caso, la relación material que explicate una alta centralización del grupo exige una injerencia en la esfera de gestión de la sociedad dominada (53). Con todo, tampoco desde esta perspectiva se puede equiparar el interés social de la sociedad dominada al “interés social de la sociedad dominante”. Sí manifiesta con ello, sin embargo, un desplazamiento del “interés social” en favor del “interés grupal” a través de la “doctrina de las ventajas compensatorias”, que dota de legitimidad a este fenómeno (54). Asimismo, la conformación de grupos de sociedades con vínculos orgánicos o contractuales (cfr.,

(52) Por todos, GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores de una empresa de grupo*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 139; FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 284 ss.; y DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M. L., *Derecho de grupos de sociedades*, cit., p. 156 ss.

(53) Por todos, EMBID IRUJO, J. M., *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios (la tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo)*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 250 ss.; y MARTÍNEZ MACHUCA, P., *La protección de los socios externos en los grupos de sociedades*, Bolonia, 1999, p. 284 ss.

(54) También el artículo 291-11 de la Propuesta contempla que la existencia de un perjuicio por ejecución de instrucciones a la sociedad dependiente se valore en consideración al conjunto de las ventajas y desventajas que la pertenencia al grupo suponga para aquélla. En esta línea, el artículo 2.497 del *Codice civile* italiano establece la responsabilidad de las sociedades o de los entes que ejerciten una actividad de dirección y de coordinación de la sociedad, con violación de los principios de correcta gestión social y empresarial, frente a los socios por el perjuicio causado a la rentabilidad y al valor de sus participaciones sociales, salvo que del resultado del conjunto de las operaciones no resulte tal perjuicio. Acerca de esta teoría, ABRIANI, N., “Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario”, *Giurisprudenza Commerciale*, 2002, I, p. 616 ss.; y antes MONTALENTI, P., “Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi”, *Giurisprudenza Commerciale*, 1995, I, p. 710 ss. También el artículo 311 del *AktG*, a falta de compensación adecuada y de un contrato de dominación, cuando la empresa dominante utilice su influencia para inducir a una sociedad dependiente a que concluya u omita un negocio jurídico o que adopte medidas en perjuicio propio, reconoce a la sociedad dependiente una acción sobre las ventajas destinada a garantizar tal compensación; al respecto, HÜFFER, U., *Aktiengesetz*, § 311 *AktG*, 7.^a ed., 2006, p. 1469.

art. 28 LSC) requiere que se adopten las oportunas medidas compensatorias a favor de aquellas personas externas al control, que incluso pueden alcanzar a los socios de la sociedad dominante (55).

La consideración de tales medidas compensatorias entre las sociedades pertenecientes al grupo permite amparar los intereses de otras personas afectadas por la actividad del conjunto, lo cual trasciende a la visión institucional del fenómeno. Todo ello en relación con la necesidad de armonizar los distintos intereses en presencia dentro de los grupos de sociedades. No obstante, estas medidas tuitivas no tienen plasmación en las relaciones entre los socios en las "sociedades isla" mediante el reconocimiento de una compensación adecuada entre ellos por las decisiones adoptadas en la junta general. Sólo a partir de la lesión del interés social entran en juego, en todo caso, las acciones impugnatorias de los acuerdos de la junta general. Con base en ello se plantea, desde la referencia al interés social, como interés de la sociedad, aplicable al deber de lealtad de los administradores (art. 226 LSC), si tal exigencia de tutela del interés de la sociedad es predicable, igualmente, de los socios y de su conducta trascendente en la junta general. Desde esta visión, si se quiere, de corte institucional, no parece, dado el estado actual de nuestra regulación, que ni siquiera la compensación al resto de socios permita excluir una acción de impugnación cuando la decisión perjudique al interés de la sociedad. Ello requeriría, en principio, de su aceptación, de modo que, en su defecto, cuando el socio de control adopte con sus votos una decisión que contraría el interés

(55) Cuestión que trata FUENTES NAHARRO, M., "Accionistas externos de grupos de sociedades: una primera aproximación a la necesidad de extender la perspectiva tuitiva a la sociedad matriz", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 269, 2008, p. 1009-1029. En esta línea, recoge la solución de una compensación adecuada a la sociedad dependiente por los daños causados por las instrucciones de la sociedad dominante el artículo 291-12 de la Propuesta, que deberá quedar plasmada en el informe de gestión de la sociedad dependiente; y todo ello sin perjuicio, según el artículo 291-13, de la responsabilidad solidaria de la sociedad dominante y de sus administradores por las instrucciones perjudiciales impartidas sin mediar una compensación adecuada y, bajo determinadas circunstancias, de los administradores de la sociedad dependiente. En todo caso mantiene la facultad de cualquier socio o administrador de la sociedad dependiente para accionar contra los anteriores por su responsabilidad "en defensa del interés social", o de cualquier acreedor "en caso de insuficiencia del patrimonio de la sociedad".

social, los socios externos o minoritarios mantienen la facultad del ejercicio de las acciones de impugnación que señala el artículo 204 LSC, en su apartado primero, cuando tal acuerdo social beneficie, al mismo tiempo, a "uno o varios socios o terceros" (56).

3. Posición de los administradores

El interés social justifica, por lo tanto, la existencia de una legitimación activa a favor de determinados accionistas o socios (57). Pero aun en los supuestos de unanimidad en la adopción del acuerdo de la junta general, resulta incólume la facultad de accionar de los administradores en aras a proteger el interés social (58). Ahora bien, una interpretación contractualista de la sociedad patrocinará la disponibilidad del interés social por acuerdo mutuo entre los socios, de modo que el administrador haya de quedar sometido a la deci-

(56) Así se aprecia en la STS de 17 de enero de 2012 (núm. 991/2012, párr. 67), en el caso "Transmediterránea, SA", en relación con la utilización del signo distintivo de la sociedad. El litigio trae causa de la impugnación del acuerdo del consejo de administración que aprobó un cambio de imagen de manera que se usase, conjuntamente con su nombre, el gráfico y la denominación de otra sociedad que era, a la sazón, socia mayoritaria y había designado a la mayoría de los miembros del consejo, y en tanto que con ello se genera un beneficio asimétrico y exclusivo del accionista mayoritario. En términos similares, la SAP de Madrid de 17 de octubre de 2008 (JUR 2009, 79460) en la impugnación de un acuerdo social en el que se aprobó la utilización, sin contraprestación, de una marca renombrada de la sociedad por un socio mayoritario, que a su vez, participó en la votación de la Junta.

(57) En esta línea, indica HOUIN, R., "Société, association et entreprise en droit français", en *Évolution et perspectives du droit des sociétés a la lumière des différentes expériences nationales*, t. I, Milán, 1968, p. 93 ss., p. 116, que el interés social y, en última instancia, el interés de la empresa, deben orientar tanto las decisiones de los dirigentes sociales como las de las mayorías necesarias para la aprobación de acuerdos en la junta general, y en caso contrario cometen un abuso de poder que justifica la anulación de sus actos y decisiones.

(58) Así lo reconoce también el artículo 214-16 de la Propuesta de Código Mercantil, respecto de la legitimación activa de los administradores para impugnar tanto los acuerdos nulos como los anulables. Sin embargo, tal referencia subjetiva es obviada por el artículo 283-22 en la impugnación de acuerdos sociales de las sociedades cotizadas.

sión del órgano soberano. Desde el perfil institucional, sin embargo, el interés social puede demandar que el administrador adopte todas las medidas oportunas para proteger el interés de la sociedad en su conjunto y, con ello, los intereses que confluyen en la empresa que constituya su objeto.

A partir de la legitimación activa para el ejercicio de la acción de impugnación de los acuerdos del consejo de administración, la impugnación del administrador no se produce en tutela de un interés propio, a diferencia de la legitimación reconocida a los socios, sino de la sociedad, desde la función a él encomendada (cfr., art. 251 LSC) (59). En este punto, no obstante, conviene mantener separados ambos planos. En la ordenación de competencias, dentro de las facultades de gestión y representación, la posición y autonomía de los administradores se traslada al ámbito de su responsabilidad (cfr., art. 236.2 LSC) (60). Pero en consideración a las competencias de la junta y a la eventual impugnación de sus acuerdos, se ha de tener presente el vínculo establecido con la junta general, y de modo mediato con el socio de control, todo lo cual se manifiesta en la facultad discrecional de su nombramiento y remoción del cargo. Si en la primera de las facetas se puede encontrar una cierta *auctoritas* desde la "primacía del administrador", no se puede negar, sin embargo que la junta general, en la conformación del interés social, goza de una *potestas* que refleja igualmente una "primacía del socio" frente al administrador, que en este ámbito no se somete, en principio, a responsabilidad alguna (61).

(59) Acerca de esta distinción, en tutela de diferentes intereses, ALCALÁ DÍAZ, M. A., *La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas*, ed. Civitas, Madrid, 1992, pp. 402-412.

(60) Sobre la necesidad de mantener la "especialidad orgánica", en relación con las distintas esferas competenciales y la responsabilidad, por los diversos intereses presentes y con independencia de las identidad de personas en ambos órganos, ESTEBAN VELASCO, G., "Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta General de los socios en la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995", *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, t. I, Valladolid, 1998, pp. 233-258, p. 234 ss.

(61) ROSSI, G., *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*, Milán, 1967, p. 121 ss., distingue así un control sobre la empresa societaria, que corresponde a los administradores, de un control sobre la sociedad, en relación con la posición de socio. En particular sobre la falta de responsabilidad

III. COMPETENCIAS DE LA JUNTA GENERAL, INTERÉS SOCIAL E INCIDENCIA DE LA CRISIS ECONÓMICA

1. Aplicación del resultado

En esta tensión entre las posiciones jurídicas de los socios y de los administradores, de una parte, y las visiones contractualista o institucionalista de la sociedad, de otra, conviene detenerse en las competencias atribuidas a la junta general. Por ello que el concepto abstracto del interés social se haya de adaptar a la variedad de supuestos donde puede tener cabida y las circunstancias del caso, a la heterogeneidad de los intereses vinculados, y a la dimensión de la sociedad y a su actividad (62). Con todo, al menos cuando se trate de un acuerdo que de cualquier manera afecte al interés general, se ha de mantener la llamada "primacía del accionista" (63). Este reconocimiento, sin embargo, no se ha de confundir con una pretendida primacía del socio mayoritario o de control. El "interés social" emer-

de los administradores cuando el acto proceda de una competencia propia de la junta, cuando el acuerdo no incurra en causa de nulidad y los administradores cumplan con los deberes inherentes a su cargo, GARCÍA VIDAL, A., *Las instrucciones de la junta general a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada*, ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 37-38; PAZ-ARES, C., *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, ed. Fundación Registral, Madrid, 2007, p. 127; y FERRANDO VILLALBA, M. L., "Responsabilidad de los administradores de la sociedad limitada por acuerdos de gestión en la junta general (la interpretación conjunta de los arts. 161 y 236.2 LSC)", en AAVV, *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (coord. P. BLASCO GASCÓ), t. I, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 1085-1114.

(62) Asimismo, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "El interés social", cit., p. 1687.

(63) BAENA BAENA, P. J., *Legitimación activa*, cit., p. 176, justifica la legitimación de los administradores para la impugnación de acuerdos anulables cuando sean contrarios a los estatutos y cuando actúen en defensa de los legítimos intereses de los socios minoritarios. Parece, por lo tanto, que su posición de "custodios o vigilantes de la pureza de los acuerdos sociales", señalada por Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. y DE LA OLIVA SANTOS, A., "Los procedimientos judiciales en la nueva legislación societaria", *La Ley*, 1990-1 p. 1062, haya de ceder cuando el acuerdo sea adoptado por unanimidad, así como cuando no suponga un correlativo beneficio para un socio o un tercero.

ge al Derecho de sociedades como la brújula del comportamiento debido, no sólo de los administradores sociales, sino también de los socios. Por ende, su actuación debe ser contemplada desde unos deberes legales de diligencia y lealtad para los primeros y desde un deber de fidelidad para los segundos, cuando su conducta o la omisión de la conducta debida de cualquier forma afecte, a la postre, al interés social (64).

En la relación de las competencias, de mínimos, que se reconoce a la junta general, adquiere, en primer lugar, especial significación la decisión en torno a la aplicación del resultado del ejercicio (art. 160 a. LSC). Desde un perfil contractual, el "interés social" se liga a la causa del contrato de sociedad mercantil de obtención de un lucro (cfr., art. 116 CCom.). La coincidencia del interés social con la suma de los intereses particulares de los socios, unida a la causa del contrato, legítima, en principio, la reclamación del reparto común de los beneficios sociales, cuyo incumplimiento por la junta supone, por ende, una lesión al aludido "interés social". En consecuencia, una visión radicalmente contractualista patrocinará una vocación de la sociedad a procurar un retorno de la inversión realizada vía el derecho del socio a un reparto anual del lucro distribuable, de acuerdo con la causa negocial. Empero, como es ampliamente reconocido por la doctrina, éste no se conforma como un derecho absoluto que permita al socio reclamar todos los beneficios distribuíbles que haya obtenido la sociedad (65). Además, como es fácilmente reconocible, el destino de los beneficios repartibles a reservas voluntarias de la sociedad incrementa, también en abstracto, la cuota alícuota correspondiente del valor patrimonial de la acción o participación del socio individualmente considerado (la conocida como "share value").

(64) GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 7.^a ed., Madrid, 1976, p. 512, reconocía un principio de buena fe, que unido a la esencia del contrato social, obligan al socio mayoritario a observar una conducta acorde con el interés común de todos los socios.

(65) Por todos, GARRIGUES, J., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. I, GARRIGUES Y URÍA, 1976, p. 448; ILLESCAS ORTIZ, R., *El Derecho del socio al dividendo en la sociedad anónima*, Sevilla, 1973, p. 11 ss.; y SÁNCHEZ ANDRÉS, A., "La acción y los derechos del accionista (arts. 47 a 50 LSA)", en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, (dirs. URÍA, MENÉNDEZ Y OLIVENCIA), t. IV, vol. 1, ed. Civitas, Madrid, 1994, pp. 1-460, p. 237 ss.

Desde la perspectiva contraria, desde la institucional, toda retención de los beneficios repartibles, vía su aplicación a reservas voluntarias o de libre disposición, al incrementar su patrimonio y su solvencia financiera, beneficiará al interés de la sociedad, como interés separado del de los socios (66). La aplicación de beneficios a reservas supone, como resulta palmario, la capitalización de la entidad, por lo que un acuerdo en este sentido no se percibe como lesivo el "interés social" en abstracto, al menos desde la doctrina institucional de la sociedad anónima. Desde este perfil, en la "institución-corporación" el interés social excede del privado de los socios, que son considerados como meros inversionistas, para alcanzar a los intereses de otros sujetos a los que afecta la vida social (administradores, acreedores, trabajadores). Así, cualquier capitalización de la sociedad refuerza la solvencia financiera de la empresa que constituye su objeto (67). Todo ello llevado al extremo, una visión reduccionista de la teoría institucionalista de la sociedad abogaría, desde la posición de los administradores, por un reforzamiento de su patrimonio, anteponiendo la voluntad de la junta general, en interés de la sociedad, de incrementar su patrimonio y su solvencia financiera a cualquier interés del socio a la distribución de beneficios. No obstante, también la teoría de la "share value" encuentra limitaciones, al menos, fuera del ámbito de las sociedades cotizadas, donde puede no existir, y será lo más frecuente, un mercado líquido para la desinversión, con mayor motivo, cuando la participación sea minoritaria (68). En estas condiciones, la decisión de la junta gene-

(66) Así lo percibe también GAMBINO, A., *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni (abuso di potere nel procedimento assembleare)*, ed. Giuffrè, Milán, 1987, p. 186.

(67) Reconoce, en este sentido, la precitada Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2011, en el caso "Inversora Obelisco, SA" (núm. 873/2011, párr. 32), que "la aplicación de beneficios a reservas supone la capitalización de la sociedad, por lo que el acuerdo en tal sentido no se percibe como lesivo para los intereses de aquella, al menos desde la posición institucional".

(68) Sobre esta problemática, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La aplicación de resultados en las sociedades mercantiles (estudio especial del art. 213 de la Ley de Sociedades Anónimas)*, ed. Civitas, Madrid, 1997, esp. p. 148; CABANAS TREJO, R., y MACHADO PLAZAS, J., "Derecho del socio a participar en el reparto de las ganancias sociales y abuso de la mayoría (SAP Barcelona 25 julio 1994)", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 4, 1995,

ral, según el criterio de la mayoría, junto con la carencia de una causa que justifique la falta de distribución de las ganancias obtenidas, contraviene la causa del contrato de sociedad de "obtener un lucro" y de "partir entre sí las ganancias" (69).

En esta dialéctica, el legislador tomó una decisión salomónica con la introducción de un número bis al artículo 348 LSC, mediante la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de capital, con entrada en vigor el 2 de octubre de 2011 (70). De otra parte, alcanzada esta cota, se ha de valorar la incidencia de la crisis económica en la conformación del actual Derecho de sociedades (71). El reconocimiento de este derecho dentro del marco del régimen de separación puede afectar a la capitalización de la sociedad por la remisión al régimen de las acciones propias, de la

pp. 292-297, p. 295; GARCÍA-MORENO GONZALO, J. M., "La posición del socio minoritario frente a la distribución de beneficios", *Derecho de Sociedades: Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. I, ed. McGraw-Hill, Madrid, 2002, pp. 959-1010; y MUÑOZ MARTÍN, N., "El derecho al dividendo", *Derecho de sociedades anónimas*, T. II, vol. 1, "Capital y acciones" (coord. A. ALONSO UREBA), Madrid, 1994, pp. 303-340, pp. 317-8.

(69) Por todos, DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *El Derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales (A la luz de la doctrina sentada por la STS de 26 de mayo de 2005)*, ed. Aranzadi, Navarra, 2006, p. 99 ss.

(70) Retomó así la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles de 2002 que ya en su día, de una forma un tanto imprecisa, introducía en su artículo 150 un derecho de separación a favor del socio en caso de falta de distribución mínima de dividendos de un tercio de los beneficios repartibles, que podía ser exceptuado por vía estatutaria y que quedaba temporalmente limitado a partir del quinto año desde la constitución de la sociedad. Con la nueva redacción se reconoce un derecho de separación de la sociedad al socio que hubiera votado a favor de la distribución de beneficios de una sociedad no cotizada. Para ello se requiere que la junta general no acuerde la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación legalmente repartibles obtenidos durante el ejercicio anterior. Además este derecho únicamente tiene aplicación a partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil.

(71) Sobre esta temática, con mayor amplitud, EMBID IRUJO, J. M., "Crisis Económica y Derecho de sociedades", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 52, 2012, pp. 179-233; y en "Mercado y empresa ante el derecho mercantil (apuntes provisionales en el marco de la crisis económica)", en AA.VV., *"Liber Amicorum" Prof. José María Gondra Romero*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 135-154.

reducción del capital o en sede de disolución (cfr., art. 358 LSC). En este contexto se ha de entender la introducción de una disposición transitoria a la LSC, mediante la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, que suspende la aplicación del artículo hasta el 31 de diciembre de 2014. La corta vida de este derecho legal de separación contrasta con el estado de la actual Propuesta de Código Mercantil que, en su artículo 271-6, vuelve reconocer, además de un derecho de separación por justa causa, un derecho de separación, en determinadas condiciones, por falta de reparto de beneficios en las sociedades de capital no cotizadas (72).

De nuevo la arbitrariedad que supone la vigencia de la norma según tiempos de bonanza o de crisis económica y la determinación de un porcentaje repartible en términos absolutos no conjugan convenientemente, desde un punto de vista de técnica legislativa, con los intereses concurrentes en las sociedades de capital. Como ya ha sido advertido, el principio mayoritario, *ab initio*, determina que el socio de control pueda pretender la retención de los beneficios en la sociedad. A falta de norma expresa de resolución del conflicto, los límites de la discrecionalidad de la mayoría en el reparto de los beneficios sociales han sido encauzados por la jurisprudencia, que ha requerido de la oportuna justificación para impedir el reparto de dividendo. Se exige así que la decisión de la Junta no se resuelva mediante un acuerdo puramente arbitrario de quienes integran la mayoría del capital social a espaldas del socio minoritario (73).

(72) Establece que "A partir del quinto ejercicio desde la inscripción de la sociedad en el Registro mercantil, el socio que hubiera votado en contra de la propuesta de aplicación del resultado, tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, una cuarta parte de los beneficios propios de la explotación del objeto social, legalmente repartibles, siempre que se hayan obtenido dichos beneficios durante los dos ejercicios anteriores".

(73) Al respecto, las SSTs de 10 de octubre de 1996 (EDJ1996/7379), de 19 de marzo de 1997, en el caso "Componentes Eléctricos, C., SA" (núm. 215/1995, EDJ1997/1666), y de 30 de enero de 2002 (EDJ2002/531); y más recientemente la STS de 7 de diciembre de 2011, en el caso "Inversora Obelisco, SA" (núm. 873/2011, RJ, 2012, 3521, párr. 12.6), que parte de un elemento de prueba acreditado que sirve de eje para la resolución de la controversia: la falta de razonabilidad del mero criterio de "prudencia

En esta confrontación entre la mayoría y la minoría, el interés social debe alumbrar las controversias que surjan entre ellas y limitar la soberanía formal de la junta general en consideración a la situación y posibilidades de desarrollo de la empresa que constituya el objeto social. En consecuencia, el interés social no puede quedar reducido al particular del socio mayoritario, de modo que su posición jurídica, aun cuando goce del principio mayoritario para la adopción de decisiones en la junta, no le autoriza a excluir arbitrariamente el derecho, siquiera abstracto, del socio minoritario al reparto de las ganancias distribuibles cuando concurren las condiciones que lo autoricen. Por otra parte, la maximización del valor de la empresa, como manifestación del interés social, tampoco puede ser entendida como un interés desligado del de los socios, pues con ello se vedaría cualquier reparto de dividendos entre ellos, sino que, por el contrario, requiere modelar la figura societaria en consideración a los intereses concurrentes (74). No se trata de anteponer sin más una

empresarial" aducido por la representación de la sociedad para no proceder a la distribución de beneficios. También en las SSAP de Madrid, de 7 de octubre de 2005 (EDJ2005/186841), de la Audiencia Provincial de Girona, de 23 de septiembre de 2004 (EDJ2004/160792), y del Juzgado de lo Mercantil (núm. 1) de Málaga, de 23 de junio de 2006 (EDJ 2006/304422). A favor de la constitución de reservas voluntarias únicamente cuando sean convenientes para el interés social se pronuncia la SAP de Álava (Secc. 1.^a), de 19 de octubre de 2010 (EDJ 2010/254218), en el caso "Pagoa Consultores Ambientales, SL", que, en tanto que el Juez no puede determinar la cuantía de la distribución sino únicamente revisar la decisión de la Junta acerca de la explicación razonada de la aplicación de los resultados a reservas, declara la nulidad del acuerdo.

(74) Advierte MATEU DE ROS CEREZO, R., *El Código Unificado*, cit., p. 145, del riesgo de considerar el incremento de cotización de las acciones como único objetivo de la sociedad, en particular por la volatilidad inherente al mercado de valores y por la asimetría con los valores patrimoniales y de liquidación de la sociedad. Se sitúa así favor de la teoría institucionalista que recalca los deberes sociales de la sociedad, el cumplimiento de normas leales y morales, la contribución a la mejora del entorno y del medio ambiente y el respeto a los intereses del resto de personas a los que alcanza su actividad. También sobre la especulación sobre variaciones de la cotización, frente a criterios objetivos de valoración de las empresas, en las operaciones sobre acciones en los mercados de valores, DENOZZA, F., "Verso il tramonto dell'interesse «sociale»?", en AAVV, *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni* (coord. A. PACIELLO), ed.

visión institucional a una conformación contractual de la sociedad de capital, sino, más bien, de encontrar en la teoría de la empresa el marco donde encuadrar el correcto equilibrio de intereses que confluyen en la organización, que, no debe olvidarse, tiene un correlativo calado en el mercado (75). Y así, en conexión con el ánimo de lucro que constituye la causa de negocio societario, los acuerdos de la mayoría que no persigan razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y que perjudiquen a los minoritarios, deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad. En todo caso, el regular funcionamiento de los órganos sociales exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría (76).

No obstante, esta equiparación del interés de la sociedad con el resto de los intereses encuentra un escollo en la actual redacción del régimen de impugnación, en tanto que la dicción del artículo 204.1 LSC autoriza la impugnación únicamente de los acuerdos sociales que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios. El destino de beneficios a reservas de la sociedad redundará, en buena lógica, en provecho de la sociedad como persona jurídica y de los restantes "grupos de interés" existentes en ella, y no entraña, al menos de forma directa, ningún beneficio particular para un socio, con vulneración del principio de igualdad (cfr., art. 97 LSC), o para un tercero, en perjuicio de la propia sociedad. En la línea de lo apuntado, no se puede prescindir del perfil contractual de la sociedad y de la causa negocial de alcanzar un lucro que el socio no pueda lograr de otra manera con motivo de su participación en la sociedad. Al "animus lucrandi" que constituye la causa del contrato de sociedad todavía se ha de añadir la falta de acreditación de un "interés social" en la adopción del acuerdo por la mayoría, además del perjuicio de los socios minoritarios. La negativa al reparto de las

Jovene (Quaderni del dipartimento di diritto ed economia), Napoles, 2011, pp. 77-90, p. 89.

(75) Como apunta FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La atipicidad en Derecho de sociedades*, Zaragoza, 1977, p. 280, se ha de tener en cuenta tanto la participación de los socios en el ejercicio de la actividad social y en los resultados, como la relevancia de esta actividad frente a terceros.

(76) En palabras de la STS de 7 diciembre de 2011, en el caso "Inversora Obelisco, SA" (núm. 873/2011, párrs. 32 y 36).

ganancias, en el plano privado de las relaciones entre los socios y del ejercicio de sus derechos en los órganos sociales, se ha de reputar injustificada siempre que no se acredite un motivo específico que imponga su retención en el patrimonio social. Por lo tanto, la decisión no se puede amparar en un "interés social" abstracto, desde el perfil del interés de la sociedad en incrementar su patrimonio, sino que se ha de sostener sobre la base de un "interés social" en concreto, justificado en la inversión requerida para el desarrollo de la empresa que conforma en sustrato objetivo de la sociedad, y que sirve, en última instancia, de soporte, como bien productivo, del interés común lucrativo de los socios.

Y estas prácticas de "activos inactivos" o de recursos ociosos han de ser puestos en relación con el fenómeno del "Round-tripping" o las transacciones de ida y vuelta o de bandejas giratorias (conocidas como las "Lazy Susans") que estuvieron en la base contable de algunas sonadas crisis empresariales como la de Enron (entre las prácticas de *window dressing* o en lo que eufemísticamente se ha dado en llamar "contabilidad creativa", que tuvieron incidencia en el posterior movimiento de reforma del Derecho contable y de auditoría de cuentas). En relación con ello, los administradores asumen, como es bien conocido, la formulación de las cuentas anuales y la asunción, con su firma, de su veracidad (cfr., art. 253 LSC y 37.1.3º CCom.). Y en este punto de la aplicación del resultado en el contexto de la junta ordinaria, como medida tuitiva del socio minoritario, se ha de estar, como criterio presuntivo de la legitimidad de la retención de los beneficios, o de una parte de ellos, a las propuestas de los administradores sociales (cfr., art. 253.1 LSC); y, en su caso, al contenido del informe de gestión, en atención a la situación financiera y las inversiones requeridas de la empresa social (77). A este fin, los administradores sociales, mediante las correspondientes propuestas, han de exponer en la junta general las necesidades futuras de la empresa en relación con las inversiones proyectadas,

(77) Sobre el riesgo de acciones de impugnación ("derivative suits"), si los beneficios no son reinvertidos para generar ganancias económicas o distribuidos entre los socios, DOERINGER, M. F., "Fostering Social Enterprise: A Historical and International Analysis", *Duke Journal of Comparative & International Law*, núm. 20, 2010, pp. 291-329, p. 304.

con las necesidades financieras, y con las prospecciones presupuestarias realizadas ante diferentes escenarios de mercado (78).

En este contexto, se debe admitir que cuando un socio reclame su derecho sobre las ganancias en la sociedad el reparto sea obligatorio, siempre que los administradores no justifiquen motivo específico que imponga su retención en el patrimonio social (79). Sobre esta consideración, desde el Derecho comparado, el artículo 254 de la *Aktiengesetz* alemana reconoce, de una parte, legitimación activa a la minoría con una vigésima parte del capital o cuya participación alcance el importe de quinientos mil euros (advértase que este criterio absoluto y no porcentual no tiene acogida en nuestro sistema a fin de identificar “participaciones significativas” en el capital). De otra, esta minoría mantiene la facultad de impugnar el acuerdo sobre distribución de los beneficios según balance y en atención a determinados criterios. Según la dicción de este artículo, la facultad de impugnar del minoritario se reconoce cuando la retención de beneficios para dotar reservas disponibles o libres no se ajuste a un “razonable criterio empresarial o comercial” y cuando, de este modo, resulte conculcado el derecho mínimo del socio a obtener el dividendo mínimo legal repartible. Así las cosas, este “razonable criterio empresarial” que predica el artículo 254 de la *Aktiengesetz* alemana, ante la situación financiera y las inversiones requeridas de la empresa que constituya el objeto social, puede exigir la retención de las ganancias obtenidas en la sociedad. Y lo anterior se ha de enfocar desde la consideración al sustrato empresarial que subyace en las necesidades de inversión de la sociedad. El principio material del “razonable criterio empresarial”, desde la perspectiva de la teoría de la empresa, permite alcanzar un punto de equilibrio en la ponderación de los intereses contrapuestos en la organización social, frente a otras soluciones que, consideradas en términos absolutos, puedan resultar arbitrarias.

(78) En todo caso, el recurso a expertos independientes, que acompañe al informe de los administradores para la propuesta de la aplicación del resultado, y al que se recurre para otras cuestiones societarias, podría resultar un expediente hábil para dilucidar esta cuestión.

(79) En todo caso, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 diciembre de 2011, en el caso “Inversora Obelisco, SA”, (núm. 873/2011), no requiere de la reiteración en la conducta obstruccionista de la junta al reparto de beneficios, en relación con la anterior sentencia, que ya sentó un precedente en este sentido, de 26 de mayo de 2005 (núm. 418/2005).

La jurisprudencia menor también ha anticipado, desde el plano interno de la empresa, la necesidad de atender a tales criterios a la hora de resolver, aun sin base normativa, la impugnación del acuerdo de aplicación del resultado de la junta general a reservas voluntarias de la sociedad. Entre sus resoluciones justifica tal decisión, entre otros fundamentos, *"a tenor de la inversión inmobiliaria próxima y necesaria y de las reformas proyectadas"* (80), *"en relación con el fondo patrimonial sobre el que la decisión se adopta"* (81) o *"en cuanto a dotación de reservas que garanticen un fondo de previsión futura"* (82). Con remisión a criterios contables, otras sentencias, para justificar la falta de distribución, aluden a que *"la relación entre beneficios y facturación es muy desproporcionada"* (83) y a *"los riesgos y deudas ciertas de la sociedad"* (84). Se introduce así una

(80) La SAP de Islas Baleares (Secc 5.ª) de 23 de mayo de 2011 (núm. 171/2011, F.D. 6.º), en el caso "Centro Escolar Luis Vives, SA", estima *"razonable que a 31 de agosto de 2007 los beneficios de 201.715,39 € no se repartan y pasen a reservas voluntarias en su integridad, a tenor de la inversión inmobiliaria próxima y necesaria y de las reformas proyectadas, y ello aun a pesar del 13.47 % de aumento en el volumen de ventas; y era razonable el no reparto de dividendos ante la competencia educativa existente, la necesaria consolidación de fondos y reservas, la ampliación de instalaciones deportivas y la mejora de servicios en general, y la previsión de invertir para Formación Profesional y Escuela de Extranjería"*.

(81) SAP de Las Palmas de 19 de abril de 2004 (EDJ2004/38426) cuando *"la irregularidad de un acuerdo nunca se basa en discrepancia de criterios sino en infracción de normas de forma o en relación con el fondo patrimonial sobre el que la decisión se adopta"*.

(82) SAP de Alicante de 27 de septiembre de 2000 (EDJ2000/49060): *"dados los beneficios, es ponderado en cuanto al interés social y al de los accionistas se pueda distribuir el mismo en cuanto a dotación de reservas que garanticen un fondo de previsión futura y el reparto de dividendo para evitar la colisión de uno de sus derechos más esenciales"*.

(83) SAP de Valencia (Secc. 9.ª) de 8 de noviembre de 2011 (núm. 416/2011, F.D. 3.º), en el caso "C. Barberá Cervera, SA", cuando *"se han ido reduciendo progresivamente sus gastos financieros que eran cuantitativamente muy relevantes, por lo que tampoco resulta inadecuada la decisión de destinar aquellos a reservas voluntarias"*.

(84) La SAP de Zaragoza (Secc. 5.ª), de 26 marzo de 2002 (AC 2002, 660), en el caso "Pretensados Ejea, SL", refrenda la decisión de destinar los beneficios a reservas en atención a la tesorería neta y a la deuda a corto plazo pendiente, motivada por las inversiones de ejercicios anteriores y por las inversiones previstas, de modo que no resulta *"aconsejable distribuir los*

valoración de corte material basada en la empresa, en los términos ya apuntados, decisiva para la determinación de la falta de contradicción del acuerdo de la junta con el "interés social", y todo ello en relación con los legítimos derechos de los socios.

Esta solución también es enfocada, desde un punto de vista exógeno de la sociedad, como ente actuante en el mercado, mediante algunas reflexiones suscitadas en el entorno de la crisis económica y financiera que pueden afectar a la sociedad y la necesidad, en estos casos, de retener en su patrimonio las ganancias obtenidas. En particular, esta decisión adquiere considerable transcendencia en tiempos de crisis, cuando los socios, a falta de otros recursos, tratan, a través de su participación en la sociedad, de obtener un sustento económico. El "interés de la sociedad", en estos casos, sin embargo, vuelve a ser tenido en cuenta por nuestra jurisprudencia a fin de encontrar un punto de equilibrio entre las teorías institucionalista y contractualista; de nuevo, la empresa actúa como referente necesario en el proceso de formación de la voluntad social. Así se aprecia en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 2 de mayo de 2011, en el caso "Unión de Fabricantes de Conservas, SA", que, aunque reconoce que en el momento de la decisión contraria a la distribución de dividendos existían unos elevados beneficios que fueron destinados a reservas voluntarias, también advierte de un cambio de tendencia en los resultados de la empresa a partir de dicho año, en el que los beneficios se habían reducido ostensiblemente (85). En tal sentido remite al resumen de la doctrina

resultados obtenidos en concepto de dividendos, ajustándose el no reparto al principio de prudencia, atendidos los riesgos y deudas ciertas de la sociedad".

(85) (Secc. 3.ª, núm. 96/2011, F.D. 5.º): *"aun cuando la situación financiera y patrimonial de UNFASA permitían la distribución como dividendo de la totalidad del resultado positivo del ejercicio, pero tal apreciación técnica, sin duda determinada en gran medida por el magro montante de los beneficios en el ejercicio 2007, no ha determinar necesariamente la apreciación de abuso de derecho en el acuerdo de destinar esa cantidad a reservas voluntarias. Como bien reconoce el perito de designación judicial, la situación financiero-patrimonial de una empresa, con ser criterio importante para la decisión empresarial en torno al destino de los beneficios no es la única consideración a tener en cuenta", cuando "resulta contradictorio cambiar dicha política –asumida expresamente por la inmensa mayoría del accionariado– precisamente en el ejercicio en que los beneficios habían caído en picado".*

jurisprudencial y dogmática sobre el derecho al dividendo contenido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de enero de 2009, en el caso "Armorchon Nuevo, SL" (86). Postura que es también compartida por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 28 de abril de 2011 cuando considera que la situación de crisis económica recomienda la capitalización de las empresas en la medida que ello sea posible (87). En esta misma línea, la Audiencia Provincial de Murcia en sentencia de 2 de julio de 2012, en el caso "Sánchez Cano, SA", justifica la retención en el entorno de la crisis económica y de la incertidumbre de los mercados, así como por las dificultades de financiación con las que se encuentra la sociedad, de modo que haya de disponer de las reservas suficientes no sólo para financiar su actividad, sino también para acometer nuevas inversiones (88). La incidencia de la crisis económica en las decisiones de nuestros Tribunales, en esta materia, es también acogida en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 8 de enero de 2013, en el caso "Canteras de Lalin, SL", que vuelve a incidir en "la evolución del sector económico al que pertenece la sociedad y las concretas circunstancias patrimoniales y financieras que atravesaba" para justificar "la decisión de no repartir dividendos" (89).

(86) Núm. 18/2009.

(87) (Secc. 4.ª, AC 2011, 1314): *"la aplicación del resultado a reservas voluntarias no sólo es legal, sino comprensible en una situación de crisis, que aconseja capitalizar las empresas y no que los socios retiren dinero de la sociedad"*.

(88) (Núm. 504/2012): *"justificar la necesidad de que, en el actual entorno económico de crisis e incertidumbre, la sociedad opte por acumular recursos propios que, entre otras cosas, le permita una respuesta rápida ante necesidades y oportunidades de inversión que pudieran presentarse o le permitan acceder a la financiación bancaria (tan restringida en las actuales circunstancias) sin problema y en unas condiciones excepcionalmente favorables para la Sociedad, lo cual resultaría imposible o, cuando menos, mucho menos gravoso en situación de menor solvencia patrimonial"* y que *"se considera razonable y lógico en el actual contexto de crisis económica y dificultades de financiación; no se ha acreditado tampoco por medio de informe pericial que la entidad mercantil Sánchez Cano, SA, tuviera reservas de capital suficiente para financiarse en el desarrollo de su actividad y para acometer nuevas inversiones, en términos tales que pudiera sostenerse de manera fundada que las nuevas reservas acordadas no estaban justificadas y eran innecesarias"*.

(89) Núm. 3/2013.

2. Retribución de los administradores

Otro motivo de controversia entre los socios dentro nuestro sistema de sociedades de capital es el relativo a la retribución de los administradores sociales, en particular en un entorno general de crisis económica o de una particular crisis financiera de la sociedad (90). Tanto desde una perspectiva institucional de la sociedad, como desde una visión contractualista, centrada en los socios, la retribución de los administradores, en el plano inmediato, se advierte contraria a sus intereses económicos, puesto que supone una salida patrimonial a favor de personas diferentes de la sociedad y de los socios (91). Por ello que la gratuidad del cargo de administrador se configure como la regla general y que se relegue a la previsión estatutaria la posibilidad de remunerar a los administradores sociales por el ejercicio de su función (vid. art. 23.e. LSC) (92). La necesaria constancia en los estatutos sociales del sistema de retribución mantiene así, en la línea de lo anteriormente sostenido respecto de la "primacía del accionista", la política legislativa que potencia el control por los socios (93).

(90) Como señala SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "El interés social", *cit.*, p. 1683, la teoría de la generación de valor ha degenerado por el abuso en la retribución de los administradores vinculada con ella. Con mayor detenimiento en esta cuestión, APARICIO GONZÁLEZ, M. L., y CUSCÓ OLIVELLA, M. A., "La retribución de los consejeros en período de crisis financiera", en AAVV, *Estudios de derecho mercantil: en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés* (coord. J. C. SÁEZ GARCÍA DE ALBIZU, F. OLEO BANET y A. MARTÍNEZ FLÓREZ), ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Pamplona), 2010, pp. 765-784, p. 767 ss.

(91) Como apunta, ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., "Capítulo IX: La impugnación de acuerdos", *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (coords. A. Rojo y E. Beltrán), t. II, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 1434-1479, p. 1443, en relación con los acuerdos de modificación de los estatutos sociales para retribuir al administrador o de incremento de su retribución.

(92) Mantiene el artículo 231-84.1 de la Propuesta de Código Mercantil el principio de gratuidad del cargo de administrador, criterio que varía en el caso de las sociedades cotizadas, donde el artículo 283-40.1 establece una regla no disponible de retribución de los miembros del consejo de administración.

(93) SSTs de 9 de mayo de 2001 (núm. 445/2001), de 31 de octubre de 2007 (núm. 1147/2007), y de 19 de diciembre de 2011 (núm. 893/2012).

En cualquier caso, la retribución de los administradores ha de ser entendida, al mismo tiempo, como una medida que sirva para alentar su función de gestión en relación con la actividad y eficiencia empresarial y, de forma mediata, para procurar la maximización del interés social. Por lo tanto, la retribución de los administradores, como medida que sirva para incentivar su función de gestión en relación con la actividad y eficiencia empresarial, se ha de justificar, a su vez, en su adecuación a la maximización del interés social. Sin embargo, la actual regulación positiva, de inspiración neoliberal, no establece al menos unos criterios o principios generales que permitan ordenar la retribución del cargo de administrador. No obstante, una adecuación a los parámetros arriba apuntados recomienda valorar las circunstancias concurrentes en relación con la situación financiera de la sociedad y con la labor desempeñada por el administrador en la organización social (94). Desde tal perspectiva, aquellas cantidades percibidas de conformidad con la previsión legal, pero que no se acomoden a la realidad material de la actividad desempeñada, deben ser revisadas con atención a diversas consideraciones. En primer lugar, resulta necesario ponderar los distintos intereses implicados y la labor material que entraña el ejercicio del cargo para, desde la apreciación de unos "criterios comerciales objetivos", evaluar la adecuación de la retribución en consideración al puesto ocupado, a la estabilidad de la empresa y al interés social en el largo plazo (95).

(94) *De lege lata*, el apartado segundo del artículo 87 LSC, relativo al régimen de prestaciones accesorias retribuidas, impide que la cuantía de la retribución exceda del valor de mercado que corresponda a la prestación.

(95) SSTs de 25 de junio de 2012 (núm. 391/2012), de 29 de marzo de 2007 (núm. 377/2007) y de 24 octubre de 2006 (núm. 1049/2006) en relación, entre otros, con "su importe, la situación económica de la sociedad, la necesidad o no de la actuación de varios administradores retribuidos y las funciones a desempeñar, así como la finalidad o propósito perseguido". También TUSQUETS TRIAS DE BES, F., *La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital*, ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 169; y RECALDE CASTELLS, A. y SCHÖNNENBECK, P., "La Ley alemana sobre la proporcionalidad de la remuneración", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 277, 2010, pp. 1065-1081, pp. 1067-9, con referencia la exigencia legal en el sistema alemán de una remuneración según criterios de adecuación, habitualidad y sostenibilidad para la estabilidad de la empresa y el interés social a largo plazo.

No obstante, de otra parte, el actual régimen general, sometido hoy a revisión, varía en la sociedad anónima respecto de la limitada (96). Si en la primera cabe que los estatutos únicamente establezcan el sistema de retribución, en la segunda, cuando la retribución sea diferente a la participación en los beneficios sociales, necesariamente ha de ser la junta general la que, de acuerdo con los criterios ordenados en los estatutos, fije la retribución para cada ejercicio (cfr., art. 217 LSC). De esta forma, una eventual previsión estatutaria de la retribución de los administradores en la sociedad anónima adquiere un carácter abstracto, por la mayor autonomía del órgano de administración respecto de la junta general. Por el contrario, en la sociedad limitada, la mayor vinculación entre ambos órganos (cfr., art. 161 LSC) exige que necesariamente sea este último el encargado de fijar la cuantía de la retribución para cada ejercicio social (vid. art., 217.2 LSC) (97). En un paulatino intento de reglar la retribución de los administradores en las sociedades cotizadas, en el actual contexto de crisis económica y de los bien conocidos escándalos financieros, la fijación de retribuciones por los propios administradores, además de en las menciones de la memoria, como documento necesario de las cuentas anuales de la sociedad, se ha de reflejar de forma separada en un "informe anual sobre remuneraciones de consejeros" (vid. art. 260.9.^a LSC y art. 61.ter. LMV) (98). Al objeto de conceder al accionista un mayor

(96) Así, el artículo 231-85.1 de la Propuesta, cuando la retribución de los administradores no tenga como base una participación en los beneficios, exige su determinación para cada ejercicio por acuerdo de la junta general, en cuyo defecto se mantendrá la del ejercicio anterior.

(97) Sobre estos asuntos, DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., "Situación actual del problema de la remuneración de los administradores de sociedad", en *Estudios de derecho mercantil: en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés* (coord. J. C. SÁEZ GARCÍA DE ALBIZU, F. OLEO BANET y A. MARTÍNEZ FLÓREZ), ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 719-735, esp. 728. Esta solución es criticada por APARICIO GONZÁLEZ, M. L., y CUSCÓ OLIVELLA, M. A., "La retribución de los consejeros", cit., p. 782-3, cuando, si bien *ultra vires*, el Texto refundido, en primera instancia, exigía, para todas las sociedades de capital, el acuerdo de la junta general sobre la fijación de la remuneración que no tuviera como base una participación en los beneficios en cada ejercicio social.

(98) Este artículo fue añadido a la Ley de Mercado de Valores por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que en su artícu-

ámbito informativo, las retribuciones anteriores habrán de someterse a votación, como punto separado del orden del día, si bien todavía con carácter consultivo, de la junta general ordinaria de la sociedad. Esta exigencia, sin embargo, no autoriza a la junta general de la sociedad anónima a adoptar específicos acuerdos de remuneración, ya que, en principio y a diferencia de la sociedad limitada, sólo dispone de la facultad de establecer el sistema estatutario de remuneración del cargo (99).

En el actual marco normativo, en primer lugar, en la sociedad limitada la junta general puede decidir establecer una remuneración a los administradores que resulte manifiestamente excesiva en relación con la labor realizada o que no sea acorde con la situación económica de la sociedad, remuneración que además, como resulta palmario, minora el resultado del ejercicio social (100). A falta de

lo 27 incorpora los principios de buen gobierno corporativo y adecuada gestión del riesgo en relación con las remuneraciones de los ejecutivos; todo ello en relación con la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2010/76/UE, de 24 de noviembre de 2010. Con anterioridad, MARTÍN MUÑOZ, A. J., "Algunas consideraciones en torno a la remuneración de los administradores de sociedades cotizadas tras la Recomendación europea de 14 de diciembre de 2004", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 257, 2005, pp. 1147-1168. A lo anterior, la Propuesta de Código Mercantil, en su artículo 286-5, en relación con el informe anual sobre remuneraciones de los consejeros, añade que "en esta votación no podrán participar los miembros del consejo de administración, ni en nombre propio ni en representación de otros accionistas".

(99) Téngase en cuenta, en el actual estado de la cuestión, que la Propuesta de Código Mercantil prevé, en su artículo 283-41, para las sociedades cotizadas, la obligatoriedad de una comisión de auditoría y de una comisión de nombramientos y retribuciones. A esta última compete la propuesta al consejo y el control de la política de retribuciones de los consejeros y altos directivos, así como la retribución individual y las demás condiciones contractuales de los consejeros ejecutivos (art. 283-42.2.b). Acerca de la composición de estos Comités o Comisiones, desde el *soft law*, véase la Recomendación 44 del "Informe Conthe" y respecto de sus funciones, la Recomendación 57. Véase también, en la Recomendación de la Comisión Europea de 15 de febrero de 2005, su Anexo I. 3 sobre el Comité de Remuneraciones.

(100) En tal sentido, el artículo 231-84 de la Propuesta, en sus apartados segundo y tercero, introduce unos criterios de proporcionalidad con "la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en el momento en que se establezca y las funciones que cada uno de ellos desempe-

un criterio normativo rector, el aludido interés social, como piedra angular del sistema de sociedades, en conjunción con el deber de fidelidad del socio y desde los principios generales de la ética social, impone unos límites de comportamiento en el ejercicio de su influencia sobre los órganos sociales. En particular así ocurrirá cuando exista vinculación entre el administrador, designado con los votos del socio, y la aprobación de la remuneración también con el voto favorable del socio de control, situación que puede dar lugar a un desequilibrio en un pretendido "interés común de los socios" (101).

ñe", y de adecuación de la remuneración de los administradores en atención a la evolución de su situación económica. A su vez, el artículo 231-97.3.fine regula, con mayor detenimiento, la delegación de facultades, y en este ámbito exige una relación pormenorizada de todos los conceptos que den derecho a retribución del consejero delegado en el contrato con la sociedad, con inclusión de una eventual indemnización por cese anticipado que, en la línea anterior, ha de ser razonable y proporcionada por las "las funciones atribuidas al consejero, el tiempo de ejercicio de esas funciones y la situación de la sociedad". El paso del *soft law* al *hard law*, en estos tiempos de crisis económica, se hace aún más perceptible en las sociedades cotizadas, donde el artículo 283-40.1 limita la retribución de los miembros de sus consejos de administración, por todos sus conceptos, al máximo del "uno por ciento de los beneficios que se obtengan en cada ejercicio por la sociedad antes de la deducción del impuesto correspondiente"; si bien establece la acumulación de las remuneraciones a las que tuvieran derecho cuando no existan beneficios o estos no fuesen suficientes, durante los cinco ejercicios siguientes, dentro del límite del uno por ciento anterior. Esta necesidad de una regulación expresa es igualmente apuntada por LEÓN SANZ, F. J., "La retribución de los administradores y de los ejecutivos en caso de crisis de la empresa", en *Estudios de derecho mercantil: en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés* (coord. J. C. SÁEZ GARCÍA DE ALBIZU, F. OLEO BANET, y A. MARTÍNEZ FLÓREZ), ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 737-764, p. 764. Con carácter general, en torno a los movimientos legislativos de desregulación en tiempos de bonanza económica y de neorregulación en fases de crisis económica, APARICIO GONZÁLEZ, M. L., y CUSCÓ OLIVELLA, M. A., "La retribución de los consejeros", cit., p. 783.

(101) La STS de 24 octubre de 2006 (Núm. 1049/2006, RJ 2006, 6710), en el caso "Sanitas SA de Seguros", concluye que "los principios éticos que rigen los comportamientos sociales, que trascienden al orden jurídico, no permiten el aprovechamiento de situaciones de prevalencia o influencia personal para obtener beneficios futuros exorbitantes a cargo de otras personas, sin que existan razones que expliquen o justifiquen la desmesura".

La existencia de “remuneraciones tóxicas”, terminología que ha devenido de general utilización en el ámbito de la crisis económica, contradice *per se* el interés social, como interés distinto del particular de la mayoría. Por lo tanto, queda abierta la posibilidad de que el acuerdo de la junta general, necesario para cada ejercicio, pueda ser impugnado por los socios que se opongan de forma expresa a él cuando, en los términos expresados de dedicación y situación económica de la empresa, lesione el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros, en concreto, del administrador (cfr., art. 204.1 y 206 LSC).

Tal y como ha sido advertido, la discrecionalidad de los administradores en la sociedad anónima, una vez admitida por vía estatutaria la retribución del cargo, traslada a éstos, desde el deber de lealtad y la ética social, la carga de que su percepción no devenga manifiestamente perjudicial para la sociedad. En este punto, el interés social, como interés autónomo, requiere que las decisiones no se adopten en beneficio propio de un socio o de un tercero, como es, en este punto, el administrador. Además, los criterios de la situación económica de la sociedad, la necesidad o no de la actuación de varios administradores retribuidos y las funciones a desempeñar actúan como vectores, en este ámbito, de su deber de diligencia como un ordenado empresario (cfr., art. 225 LSC) (102). A su vez, el deber de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad, en atención a su situación financiera, exige que el administrador tenga en cuenta los anteriores criterios en la determinación de la remuneración (103).

(102) El artículo 215-7 de la Propuesta de Código Mercantil introduce algunas matizaciones interesantes en la regulación del deber de diligente administración: de una parte, requiere valorar la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada administrador; y, de otra, exige una dedicación adecuada en la dirección y el control de la empresa. Pone el acento, por lo tanto, en la “empresa” frente a la tradicional omisión de cualquier remisión a este concepto en la regulación de las sociedades de capital.

(103) Al respecto, la STS de 25 de junio de 2012 (núm. 391/2012, párr. 30), en el caso “Fandicosta, SA”, declara que *“la retribución fijada no responde a los parámetros de un ordenado empresario y de un representante legal... Esta situación revela sin otras consideraciones que la percepción de esta retribución devenía absolutamente perjudicial para ella, en beneficio propio más allá de lo permisible y de lo que un ordenado empresario podía recomendar, máxime si con ello sólo a él se le beneficiaba”*.

En los términos expuestos, en el ámbito de las acciones de impugnación, la retribución puede ser establecida por el propio órgano de administración, alcanzando, en algunos casos, tal y como la realidad ha demostrado, cantidades exorbitantes. Empero, en la sociedad anónima, el mero acuerdo de la junta general en el que se determine un sistema de retribución a los administradores sociales, o que fije determinados criterios de retribución al momento de la adopción del acuerdo, en principio no contraría *per se* el interés social. Tampoco pueden ser impugnadas las cuentas donde se reflejan cuando se limiten a mostrar la realidad de la retribución y su correlativa plasmación económica, por lo que tal aprobación no confirma *ex post* la concreta retribución de los administradores (104). Vedadas las acciones anteriores cabría acudir a la impugnación de los acuerdos anulables del consejo de administración (*vid.* art. 251 LSC) o, con carácter general, a las acciones de responsabilidad de los administradores sociales; y, en atención a la situación financiera de la sociedad y a la labor desempeñada por el administrador en la organización, verificar el cumplimiento de su deberes de lealtad y diligencia, de modo que su percepción no devenga manifiestamente perjudicial para el interés social (105).

En orden a las consideraciones anteriores, tampoco las teorías institucional o contractual permiten resolver la correcta delimitación de la retribución de los administradores sociales, en cuanto que siempre supondrá un gasto, y un correlativo menor beneficio del ejercicio social, contrario al interés de la sociedad y al interés común de los socios. De otra parte, en este particular ámbito se agudiza el conflicto de intereses, incluso como ha quedado demostrado dentro del consejo de administración o también de la relación entre el administrador y el socio de control, entre la sociedad y el administrador. En la relación de equilibrios entre la "primacía de los administradores" y la "primacía de los socios" la balanza, primero a través del fomento

(104) LLEBOT MAJÓ, J. O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 110-1; y TUSQUETS TRIAS DE BES, F., *La remuneración de los administradores*, cit., pp.137-8 y 141-2.

(105) La STS de 5 de marzo de 2004 (Núm. 165/2004, RJ 2004, 1807), en el caso "Garmendia hermanos, SA", también contempla un supuesto de desviación de los beneficios sociales a favor del grupo mayoritario mediante una retribución desorbitada y lesiva para los intereses sociales.

de la transparencia de las decisiones de los primeros y luego mediante medidas legislativas tendentes a procurar un control efectivo por la junta general, se inclina, como no debiera haber sido de otra forma, a favor de los primeros (106). Se ha de encontrar, de nuevo, en la teoría de la empresa un punto de conexión de ambos intereses para el correcto funcionamiento de la organización social, de modo que la remuneración parta, en todo caso, de la situación financiera de la empresa y de las funciones efectivamente encomendadas y ejecutadas por el administrador.

Delimitados los criterios que sustentan la retribución del administrador, en el actual marco de crisis económica se plantea la necesidad de ajustar la retribución de los administradores al entorno de la realidad económica de la comunidad de la que la sociedad, como entidad, forma parte (107). Pero, una vez admitida por vía estatutaria esta posibilidad, tampoco se debe demonizar cualquier retribución de los administradores sociales, sino que sólo debieran ser objeto de revisión aquellas que se demuestren contrarias a la ética social y cuya percepción sea manifiestamente perjudicial para la sociedad. Así lo ha reconocido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 8 de enero de 2013, en el caso "Canteras de Lalin, SL", pues si bien la sociedad se puede encontrar inmersa, como el resto de sociedades que operen en el sector, en una situación de crisis económica que suponga disminución de los resultados de explotación, esta circunstancia no es óbice para que se pueda incentivar la actuación del administrador con una retribución que resulte proporcionada con la actividad y los resultados de la empresa (108).

(106) La transparencia ha devenido, en los últimos tiempos, un nuevo paradigma del Derecho en todos los ámbitos de las organizaciones sociales. Al respecto, BERCOVITZ, A., "El principio de transparencia en el Derecho Mercantil", en AAVV, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz Planas* (coords. L.M. PILOÑETA ALONSO y M. IRIBARREN BLANCO), 2011, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 99-111.

(107) Sobre la necesidad de encontrar un equilibrio entre el interés a una remuneración justa de los administradores por su actividad de gestión y las expectativas de los inversores de un adecuado rendimiento de su inversión ante los riesgos soportados en una situación de crisis, que ha de atender también a los intereses de los integrantes de la comunidad en la que desarrolla su actividad, DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., "Situación actual", cit., p.733.

(108) (Núm. 3/2013): "*se encuentre inmersa, como el resto de socie-*

3. Ampliaciones de capital

Entre las competencias de la junta general se incluye la modificación de los estatutos sociales, y dentro de ellos, por su especialidad, asume una especial relevancia el aumento y la reducción del capital. Dejando esta segunda operación sobre el capital para otro apartado, el aumento de capital, desde una perspectiva institucional, al menos cuando la contraprestación suponga una nueva aportación, refuerza la solvencia patrimonial de la sociedad. Mediante esta fuente de financiación "interna" se colman las necesidades de inversión, lo cual permite atender a otros intereses afectados por la actividad social (acreedores, proveedores, clientes, trabajadores). Se trata, en definitiva, de dotar a la sociedad, como persona jurídica, de los fondos necesarios para un correcto desenvolvimiento de su finalidad, de modo que las nuevas aportaciones sirvan de soporte económico que para mejorar su rentabilidad y eficiencia, y a la postre, permitan que mejore su posición en el mercado y su solvencia patrimonial (109).

De otra parte, la ampliación de capital supone una variación del contrato social que, en última instancia, puede determinar la dilución de la participación del socio. En principio, la regulación dispone de unas garantías formales, a lo cual se une el régimen legal de mayorías reforzadas para la adopción de estos acuerdos en la junta general. Empero, el régimen de mayorías, en relación con el reconocimiento de unos derechos de la minoría, pueden determinar que, en determinados supuestos, una operación de ampliación de capital pueda ser utilizada para apartar a un socio minoritario del ejercicio de tales derechos sociales. En correspondencia, dicho acuerdo puede no afectar a una eventual capacidad decisoria del socio, de la que éste carecerá según el régimen mayoritario, si bien puede incidir en el mantenimiento de otros derechos administrativos o económicos,

dades que operan en el sector, en una situación de crisis económica, que ha supuesto una disminución de la actividad y la consiguiente reducción de los resultados de explotación... en un contexto de crisis económica, incentivar la actuación del administrador con una retribución ciertamente no desproporcionada en atención a las magnitudes declaradas por la empresa".

(109) Para ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., "Capítulo IX: La impugnación de acuerdos", cit., pp. 1434-1479, p. 1443, no podrá, por lo tanto, calificarse de acuerdo lesivo aquel que supone el incremento de los fondos propios de la sociedad.

como consecuencia de la dilución de su participación en la sociedad. Se advierte con ello del riesgo de una alteración, en ocasiones unilateral, del contrato social.

Ambas concepciones en torno al interés social pueden ser igualmente objeto de crítica. Para la perspectiva contractualista la aportación a la sociedad no se configura *stricto sensu* como una obligación del socio que imponga su consentimiento para la efectividad de la modificación estatutaria, a lo cual se une, en su caso, el derecho de preferencia que se le reconoce en las sociedades de capital (110). De otra, desde la institucional, la aportación de "activos inactivos", que no guarden relación con el objeto social, aun cuando mejore la solvencia patrimonial de la sociedad, no se traduce en un provecho de la sociedad, que no obtiene lucro alguno mediante la explotación de dicho activo. En relación con el contrato social, sin embargo, permite al socio que insta la operación obtener un incremento de su participación, con la correlativa disminución del resto de socios en el capital social. En parte esta problemática ha sido vislumbrada en relación con la supresión del derecho de adquisición o de suscripción preferente con fundamento en la exigencia del interés social, si bien limitado por el régimen legal dispuesto en garantía del resto de socios (cfr., art. 308 LSC). No obstante las reglas anteriores, el espacio de impunidad que se reconoce a la mayoría para utilizar estas operaciones en perjuicio de la participación de los restantes socios lleva la necesidad de justificar los criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad que deben concurrir para la supresión de este derecho de preferencia (111).

(110) SSTs de 13 de julio de 2000 (RJ 2000, 6175) y de 12 julio de 2002 (RJ 2002, 8252) por "*el hecho de que la ampliación de capital produzca un debilitamiento de la participación social de los accionistas que no suscriben las nuevas acciones, porque ello es un efecto normal del funcionamiento de la sociedad anónima, y ningún obstáculo ajeno a su ámbito de disposición personal les impidió participar proporcionalmente mediante el ejercicio del derecho de suscripción preferente*".

(111) Para una aproximación a esta problemática, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Interés social y derecho de suscripción preferente: una aproximación económica*, ed. Civitas, Madrid, 1995, *passim*.; y ALONSO LEDESMA, C., "Algunas consideraciones sobre el juego de la cláusula del interés social en la supresión o limitación del derecho de suscripción preferente", en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a Girón Tena*, ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 31-64.

De nuevo se ha de encontrar en la teoría de la empresa la base sobre la cual asentar la legitimidad de determinadas decisiones de los órganos sociales y, en particular, de la junta general (112). El problema se desplaza entonces al nudo gordiano entre el derecho del socio a permanecer en la sociedad como tal, sin verse obligado a realizar nuevas aportaciones que no quiera o que no pueda efectivamente realizar, y la adopción de una decisión orgánica que pueda reforzar la solvencia patrimonial de la sociedad. El principio de conservación de la empresa puede exigir, en primer lugar, la adopción de medidas que, como la ampliación del capital, permitan remover una eventual causa de de disolución obligatoria (cfr., art. 363 LSC) (113). En tales supuestos, aun cuando la empresa es un fenómeno que puede mantenerse fuera de la órbita social pese a alteraciones de su titularidad, también dentro de un proceso ordenado de liquidación, todavía se concede a la sociedad que esté incurso en causa de disolución una cierta preferencia para que pueda superar esta situación mediante acuerdos de su junta general. Cede entonces el interés del socio ante tales criterios de adecuación a la situación de la sociedad, de necesidad para superar estas circunstancias patrimoniales, y de proporcionalidad en cuanto a la cuantía de la ampliación en consideración al fin de la operación de ampliación (114).

(112) VELASCO SANPEDRO, L. A., "El derecho de suscripción preferente", en *Derecho de Sociedades Anónimas* (coords. A. ALONSO UREBA, J. DUQUE DOMÍNGUEZ, G. ESTEBAN VELASCO, R. GARCÍA VILLAVARDE, y F. SÁNCHEZ CALERO), t. III, Madrid, 1994, p. 559 ss., p. 561, señala que, en caso de conflicto entre rentabilidad para los accionistas y la eficiencia productiva de la empresa social en el mercado, se habría de optar por esta última.

(113) FIGA-TALAMANCA, G., *Bilanci e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Milán, 1997, p. 243.

(114) La STS de 30 de enero de 2001 (EDJ 2001/23) entendió que, ante los problemas de liquidez, "era prioritario el interés de la sociedad al de determinados socios". También la STS de 14 de septiembre de 2007 (EDJ 2007/159289), en el caso "Mármol C., SA", recoge como causa justificativa de la ampliación la remoción de un eventual estado de insolvencia o de una causa legal de disolución por desequilibrio patrimonial, por considerar prioritario el interés social, pero también los intereses de terceros, como son los trabajadores y acreedores de la sociedad. Igualmente, en SSAP de Madrid (Secc. 28.^a) de 22 de junio de 2011 (núm. 209/2011), en el caso "Leiden and Berbera Corporation, SL"; de Castellón (secc. 3.^a) de 17 de enero de 2007 (EDJ 2007/130901), en el caso "Obravil, S.L."; de Pontevedra (secc.

Atendido todo lo anterior, en relación con las acciones de impugnación, estas operaciones, en principio, no pueden ser impugnadas por su contradicción con el interés social, como interés de la sociedad, independiente del resto de socios, cuando mejoren su solvencia patrimonial (115). Por ende, el beneficio de uno o varios socios o terceros no se produce contra una lesión a la sociedad, sino de modo indirecto, contra aquellos socios, de minoría, que no participan en la operación. En todo caso, las operaciones sobre el capital, cuando actúen como medidas de financiación o reflotamiento de la empresa, tienen una incidencia positiva en el interés de la sociedad, lo cual excluye la estimación de la impugnación del acuerdo por esta causa (cfr., art. 204 LSC). Pero fuera de ello, se ha de atender a los criterios aludidos de adecuación, necesidad y proporcionalidad para tratar de atajar aquellos acuerdos sociales que encubran una conducta de la mayoría tendente a alterar la relación de equilibrios de intereses que se produce entre los socios en la sociedad como organización. Y ello cuando la operación, desde el punto de vista objetivo de la empresa, no sirva para el fin de dotar de los recursos que requiera la actividad social en el mercado.

1.^a) de 8 de mayo de 2003 (EDJ 2003/111532), en el caso "Castro EB, SL"; de Navarra de 23 de septiembre de 1999 (AC 1999, 2161); en el Auto del Juzgado de lo Mercantil (núm. 1) de Cádiz de 17 de enero de 2004 (AC 2005, 162), en el caso "Pesquerías Almadraba, SA"; y en la RDGRN de 19 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4097), esta última, en los siguientes términos: *"En casos como el presente en que ante una situación de pérdidas que harían obligatoria la disolución de la sociedad artículo 260.1-4.º de la Ley de Sociedades Anónimas se adopta el acuerdo de reducir a cero el capital social y, simultáneamente, el aumento de éste por encima de la cifra mínima legal no se exige el consentimiento individual de los socios, y frente al derecho de éstos a una eventual cuota de liquidación prevalece el interés social en el mantenimiento de la empresa"*.

(115) Sobre la exigencia de lesividad para el interés social, en cuyo defecto falta causa suficiente para el ejercicio de una acción de impugnación, se manifiestan las SSTs de 5 de julio de 1986 (RJ 1986, 4415), de 19 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1512), y de 4 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1502). Asimismo, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. J., "El acuerdo de aumento de capital de la sociedad anónima", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (coord. J. L. IGLESIAS PRADA), t. II, ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 2239-2391, pp. 2388 ss.

Con ello se ha de volver a la incidencia del actual entorno de crisis económica. En estas operaciones, a fin de comprobar la legalidad de las mismas en relación con los intereses implicados y la facultad de impugnación de los socios, adquiere un carácter central, por su función informativa, el contenido del informe de los administradores (116). Este informe puede clarificar las razones que determinan la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la ampliación del capital, por lo que no sólo las tendencias de la evolución financiera de la sociedad, sino también de modo complementario las del sector económico en el que se inserte la entidad, pueden servir de fundamento de la propuesta sometida a la aprobación de la junta general. Así se reconoce en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Secc. 1.^a), de 16 de diciembre de 2011, en el caso “Grúas Eugenio SL” (117). Igual puede acontecer en cuanto a la decisión de la junta general, cuando, en el estado de la actual crisis que afecta especialmente a determinados sectores económicos y en particular por la falta de acceso a otras vías de financiación de la actividad, la ampliación de capital sea si no la única, sí una de las vías a las que la sociedad pueda acudir para continuar con su actividad. En todo caso se ha de estar, otra vez, al informe de los administradores para justificar la necesidad de nuevas aportaciones a la sociedad; a la adecuación, por el objeto, sea una aportación dineraria, no dineraria o una compensación de créditos, a este fin; y a la proporcionalidad de la aportación para acometer las inversiones previstas o dotar a la sociedad de la solvencia oportuna para el desarrollo de su objeto social. En esta línea, con atención a la situación del sector inmobiliario y de la construcción, tan afectado por la crisis económica, se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña

(116) Así, la Propuesta de Código Mercantil de 17 de junio de 2013 que, frente al artículo 286 LSC, en su artículo 251-2 extiende esta obligación de redacción de un informe escrito con justificación de la propuesta a todas las sociedades de capital.

(117) Núm. 485/2011, que estima que *“En el informe de los administradores se exponen las razones que llevan a dicho aumento de capital, para enjugar pérdidas ya producidas y las venideras dada la situación de crisis del sector en el que opera la sociedad... En consecuencia, se trata de un acuerdo razonable y razonado, y no se acredita que se trate de una ampliación de capital arbitraria o injustificada”*.

(Secc. 4.^a) de 9 de diciembre de 2011 en el caso "Construcciones Fontenla, SA" (118).

4. Modificaciones estructurales

Las modificaciones estructurales han encontrado tradicionalmente en la fusión el supuesto paradigmático a cuyo régimen remiten otras modificaciones, dotado, por otra parte, de un más completo régimen jurídico, e incluso de un particular régimen de impugnación que se desgaja del general (cfr., art. 47 LMESM). Por ello la fusión actúa como referente de las decisiones en torno al interés social, dentro de la competencia de la junta general de la decisión acerca del heterogéneo conjunto de la "transformación, la fusión, la escisión o la cesión global del activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero" (sic. art. 160.f LSC) (119).

Tradicionalmente esta cuestión, en primer lugar, ha sido tratada desde el prisma de la "primacía del administrador" al que le corresponde el impulso procedimental con base en el "proyecto común de fusión"; y luego trasladada a la "primacía del accionista" en tanto la operación ha de ser tratada y aprobada en cada una de las juntas de cada una de las sociedades que participen en ella (cfr., art. 30 y 40 LMESM). Frente a la discrecionalidad de los administradores para plantear cualquier proceso de integración societaria y la influencia

(118) Núm. 528/2011, en los siguientes términos: *"los administradores de la sociedad, conscientes de la delicada situación que padecía la compañía, inmersa en la plena crisis del sector de la construcción..., optaron por la ampliación de capital social con suscripción preferente de acciones por parte de los socios.... estaba justificada, respondiendo al propósito serio y razonable de capitalizar a la entidad dada la delicada situación económica por la que atravesaba"* y *"ya que debido a la actual crisis económica y financiera por la que atraviesan todos los sectores económicos y, en especial, el sector inmobiliario y de la construcción, se hace imprescindible, con la finalidad de que la empresa pueda seguir desarrollando su actividad, inyectar a la sociedad una aportación económica acorde a sus necesidades"*.

(119) QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Bases para una revisión", *cit.*, p. 274, en relación con el artículo 47 LMESM, reconoce su aplicación únicamente a las sociedades ya inscritas, y su falta de incidencia en el sistema común de impugnación de los acuerdos de la junta general que deciden la modificación estructural, como tampoco, en su caso, sobre la nulidad de la constitución de la sociedad de nueva creación.

de determinados socios para aprobar acuerdos que supongan una novación subjetiva, se plantea la orientación que se ha dispensar al "interés social" en relación con la empresa que constituya el objeto de la sociedad que se fusiona. El interés social, entendido como interés de la sociedad, en estas situaciones patológicas en las que precisamente se puede producir una disolución societaria sin liquidación de su patrimonio y su sucesión universal (*vid.* art. 23 LMESM), es relevado, según un criterio contractual, por el interés común de los accionistas en la maximización del valor de la acción. En este punto, la relación de canje y la valoración patrimonial juegan un elemento central en la protección que se ha de dispensar a los socios. En estos procesos de "fusiones y adquisiciones" y de otras modificaciones estructurales el interés social resulta desplazado como máxima del comportamiento exigible a los administradores y a los socios en la sociedad a favor de la "maximización del valor para el accionista" (cfr., arts. 25 y 30.2 LMESM y 60.ter LMV) (120). Por lo tanto, en el ámbito interno de la organización, en relación con el "valor razonable" de las acciones y con las participaciones sociales y el "valor real patrimonial", los administradores han de procurar el mayor valor posible de las acciones o participaciones, como criterio para tutelar también los intereses de la minoría (121). En todo caso, desde las

(120) El artículo 28 del RD 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores, exige que los administradores de las sociedades cotizadas obtengan la autorización de la junta general antes de adoptar cualquier medida defensiva, con la excepción de la búsqueda de otras ofertas (cfr., art. 60 bis LMV). Tal medida, se ha de entender, por lo tanto, en beneficio de todos los accionistas.

(121) Desde los *cases* del Derecho estadounidense, este criterio es utilizado para discriminar la validez de distintos acuerdos de fusión. Mientras el Tribunal Supremo de Delaware en el caso *Paramount Commc'ns Inc. v. Time* [571 A.2d 1140 (Del. 1989)] autorizó la fusión, por cuanto la sociedad tenía un accionariado disperso antes y después de la operación, sin embargo, declaró la nulidad en el caso *Paramount Commc'ns Inc. v. QVC Network* [Inc. 637 A.2d 34, 46, 48 (Del. 1993)] por suponer un cambio de control de un grupo de socios a un socio de control; sentencias comentadas por CHANDER, A., "Minorities, Shareholder and Otherwise", *Yale Law Journal*, vol. 113, 2003, pp. 119-178, p. 141. Con base en los casos *Paramount Communications, Inc. v. QVC Network Inc.* [637 A.2d 34 (Del. 1994)]; *Paramount Communications, Inc. v. Time, Inc.* [571 A.2d 1140 (Del. 1989)]; y *Revlon v. MacAndrews* [506 A.2d 173, 193 (Del. 1986)], mantienen to-

posiciones modernas de la teoría contractual y por el mantenimiento de la condición de socio tras la fusión, esta maximización no se puede limitar al momento de la operación, sino que ha de extenderse en el largo plazo, como consecuencia de las sinergias que produzca la integración empresarial (122).

Una visión contractualista de las modificaciones estructurales, en la delimitación de los derechos e intereses de los socios, soslaya, sin embargo, otros intereses que, según el criterio institucional, aparecen también recogidos en la regulación positiva. La regulación prevé mecanismos específicos para asegurar la posición de los distintos intereses que confluyen en la empresa societaria, tales como los de los trabajadores, mediante los derechos de información y como consecuencia de la "sucesión de empresa", los derechos de oposición de los acreedores, e incluso del Gobierno, que pueden incidir en la validez del acuerdos de la junta general (123). *At last but*

davía un cierto margen al modelo de primacía del administrador, BAINBRIDGE, S. M., "Director Primacy in corporate takeovers: preliminary reflections", *Stanford Law Review*, núm. 545, 2002, p. 791 ss.; y CUNNINGHAM, L. A. y Yablon, C.M., "Delaware Fiduciary Duty Law after QVC And Technicolor: A Unified Standard (and the End of Revlon Duties?)", *Business Lawyer*, núm. 49, 1994, p. 1593 ss., p. 1626.

(122) A favor de estrategias a largo plazo que concilien los intereses en presencia de socios, e, incluso de otros "grupos de interés", LEE, I. B., "Corporate Law, Profit Maximization, and the «Responsible» Shareholder", *Stanford Law Business and Financial*, 2004-2005, núm. 10, p. 31-72, p. 36; y también opta por la flexibilización de la regla de la libre discrecionalidad reconocida a los administradores, tras la sentencia en el asunto *Revlon*, STOUT, L. A., "Bad and not-so-bad Arguments for Shareholder primacy", *Southern California Law Review*, 2002, núm. 75, p. 1189-1209, p.1204, y luego en "Why We Should Stop Teaching *Dodge v. Ford*", *Virginia Law & Business Review*, núm. 3, 2008, pp. 163-173.

(123) En las "fusiones transfronterizas" cuando, al menos, una de las sociedades que se fusionan esté sujeta a la ley española, también se aplican las normas que permiten al Gobierno español imponer condiciones por razones de interés público a una fusión interna (art. 58 LMESM) lo cual conduce al régimen de las "concentraciones económicas" de la regulación de Defensa de la Competencia. Y en este concreto ámbito, el acuerdo puede someterse, según disponga el Consejo de Ministros, a criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia, como la defensa y seguridad nacional, la seguridad o salud públicas, la libre circulación de bienes y servicios dentro del territorio nacional, la protección del medio ambiente, la promoción de la investigación y el desarrollo tecnológicos, o el adecua-

not at least, el informe de los administradores sobre el proyecto de fusión habrá de recoger las implicaciones de la operación para los socios, los acreedores y los trabajadores (cfr., art. 33 LMESM). De otra parte, se ha de informar sobre la fusión, ya antes del anuncio de la convocatoria de la junta, a los socios, a los obligacionistas y a los titulares de derechos especiales, así como de los representantes de los trabajadores (cfr., art. 39 LMESM) (124).

No obstante las consideraciones deducidas de las visiones contractualista e institucionalista de la sociedad, éstas han de ser completadas y ponderadas convenientemente a través de la doctrina de la empresa, por cuanto las modificaciones estructurales se enmarcan, de común, en lo que se ha dado en llamar, desde sectores económicos, *lato sensu*, como procesos de “adquisición y fusión” de empresas. Por ello no conviene obviar la ligazón entre ambos conceptos en la conformación del interés social y la necesidad de tutela de los socios, en particular frente a aquellos acuerdos que traten de lesionar su “interés común” en beneficio de uno o varios de ellos

do mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial (cfr., art. 10 LDC).

(124) Artículo 12 de la Tercera Directiva del Consejo, de 13 de octubre de 1978, sobre la fusión de sociedades anónimas, que remite a la Directiva 77/187 CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. Incluso en el acuerdo unánime de fusión, la aprobación en junta universal no restringe los derechos de información sobre la fusión, en particular sobre el empleo, que corresponden a los representantes de los trabajadores (cfr., art. 42 LMESM, tras la redacción dada por el art. 2.6.º de la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital). Otro tanto acontece en la fusión transfronteriza, en la que se remite al Título cuarto de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, en cuanto a los derechos de implicación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión, siempre y cuando la sociedad resultante de la fusión tenga su domicilio en España, en cuyo caso los derechos de implicación de los trabajadores en la sociedad se definirán con arreglo a la legislación laboral española (art. 67 LMESM y cfr., arts. 7, 9.2 y 16 Directiva 2005/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital).

(cfr., art. 204 LSC) (125). Entre la doctrina estadounidense, en el análisis de las “mergers and acquisitions”, se ha desarrollado el llamado “test del legítimo propósito empresarial” (*legitimate business purpose test*), como criterio de valoración para, desde una vertiente económica, revisar la legitimidad de la operación societaria (126). En cierto modo, esta justificación se contempla en el contenido exigido al informe de los administradores acerca del proyecto de fusión sobre sus aspectos jurídicos y económicos (cfr., art. 33 LMESM). Su ausencia o la falta de veracidad de su contenido podrían dar lugar a una infracción del derecho de información del socio, y por tanto, determinar la nulidad de la junta que se sustente sobre tal informe. Desde una perspectiva material se ha de volver, en este punto, a los criterios de “necesidad y proporcionalidad”, a fin de verificar la legitimidad de la decisión en aras al interés social, identificado con el “interés común de los socios” (127). En primera instancia, la “necesidad” de la decisión, en relación con el interés social, permite la extinción de la sociedad, como ente dotado de su personalidad jurídica, para su integración en otra estructura organizativa. De otra, la proporcionalidad se orienta a las relaciones intersocios, de modo que en el acuerdo de la junta general, adoptado según un principio mayoritario, legal o estatutario, tutele convenientemente a los socios que no patrocinen la adopción de la decisión. Ello exige, en definitiva, prestar atención a los derechos afectados por la decisión y a los objetivos pretendidos con ella, tanto por los administradores

(125) Sobre este riesgo de aprovechamiento a favor de un interés particular, DENOZZA, F., “Verso il tramonto dell’interesse «sociale»?”, cit., p. 82.

(126) Por todos, MOLL, D. K., “Shareholder Oppression in Close Corporations: The Unanswered Question of Perspective”, *Vanderbilt Law Review*, núm. 53, 2000, p. 749 ss. En el ámbito fiscal, dentro del régimen especial de fusiones y otras modificaciones estructurales y operaciones asimiladas, esta preocupación se refleja en el apartado segundo del 96 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, que previene operaciones en fraude de ley o con el objetivo de llevar a cabo una evasión fiscal, y exige la concurrencia de “*motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación*”.

(127) Desde una perspectiva de justicia material, SIEGEL, M., “Fiduciary Duty Myths In Close Corporate Law”, *Delaware Journal of Corporate Law*, núm. 29, 2004, pp. 377-523, pp. 406 y 412.

como por los socios que sustentan el acuerdo social (128). Por lo tanto, el entorno de crisis económica no puede cohonestar operaciones de reestructuración que no se acomoden a los parámetros anteriores, sin atender, por lo tanto, a las necesidades concretas de la empresa social y a los distintos intereses implicados en la decisión de la junta general.

5. Disoluciones de la sociedad sin causa y por pérdidas

En este contraste de la teoría contractualista con la institucionalista se encomienda a la junta general la decisión de la disolución de la sociedad. En principio, a partir de una visión contractualista, merced a que la disolución puede tener lugar por mero acuerdo de la junta general, con los requisitos que se establecen para la modificación de estatutos, la decisión se somete al principio mayoritario (cfr., art. 368 LSC). Se trata así de una disolución sin causa auspiciada por la decisión de la mayoría (129). En el otro lado de la balanza, y con el refrendo de un derecho de separación por justa causa, desde un criterio institucional todavía podría plantearse si con ello podría la minoría tratar de conservar la sociedad, de modo que la decisión fuera considerada, en la línea de las sociedades personalistas, una disolución parcial del contrato social (130).

(128) Ambos son requeridos para dotar de legitimidad a la decisión por LUTTER, M. y LEINEKUGEL, R., "Der Ermächtigungsbeschluss der Hauptversammlung zu grundlegenden Strukturmassnahmen -zulässige Kompetenzübertragung oder unzulässige Selbstentmachtung?", *ZIP*, 1998, p. 805 ss.; WINTER, M., *Mitgliedschaftliche Treubindungen*, cit., p. 163 ss.; TIMM, W., "Zur Sachkontrolle von Mehrheitsentscheidungen im Kapitalgesellschaftsrecht", *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, vol. 16, núm. 3, 1987, pp. 403-442, pp. 405-7; y WIEDEMANN, H., "Treuepflichten im Gesellschaftsrecht", en *Festschrift für Theodor Heinsius*, ed. Walter de Gruyter, Berlin-NuevaYork, 1991, pp. 949-966, p. 962.

(129) Así, la STS de 17 de marzo de 2006 (RJ 2006, 1886), que reconoció que el acuerdo de disolución por la mera voluntad de los socios no requiere motivación, por tratarse más que de una causa de disolución, de un supuesto de disolución sin causa.

(130) Resulta interesante la propuesta de ARROYO MARTÍNEZ, I., "Interés social", cit., p. 711, en atención al "interés social", de considerar la disolución y liquidación de una sociedad que incluya una empresa solvente o rentable como una mera disolución parcial de la mayoría.

Con todo ello en las manos conviene mantener separados el plano societario del de la empresa. En nuestro sistema el interés de la empresa se manifiesta en la tendencia legislativa a su mantenimiento y conservación. Así se hace patente en ámbitos tan dispares como la sucesión hereditaria (art. 1056.2 CC) o en el convenio y liquidación del concurso (arts. 100.2 y 149.3 LC). Nuestro sistema de sociedades, sin embargo, no contiene un sistema de liquidación ordenado de empresas, explotaciones, o unidades productivas, al modo del previsto en el procedimiento concursal, por lo que la disolución por acuerdo de la junta sin necesidad de causa legal que la habilite puede entrañar, en última instancia, la desintegración de empresas eficientes (131). La doctrina de la empresa, en todo caso, permite reconocer que el mantenimiento de los puestos de trabajo es un factor determinante que inspira la conservación de la organización (cfr., art. 373 LSC acerca de la intervención del gobierno en estos casos) (132).

En punto a la impugnación del acuerdo de disolución sin causa, el acuerdo, según el régimen legal, sólo puede ser impugnado cuando lesione el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. La anulabilidad del acuerdo se ha de poner en relación, asimismo, con la legitimación de los socios para su impugnación. Por lo tanto, la unanimidad dota de especial legitimidad al acuerdo de la Junta. Sin embargo, en las sociedades de capital, donde es suficiente que concurran las mayorías de las modificaciones estatutarias, queda un resquicio para la impugnación del acuerdo cuando sea adoptado por la mayoría (cfr., art. 368 LSC) (133). De igual

(131) ARROYO MARTÍNEZ, I., "Interés social", cit., p. 709 ss.

(132) Esta idea es percibida por GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, cit., p. 178; y por GIRÓN TENA, J., "Sobre las características generales desde los puntos de vista jurídico y conceptual de los problemas actuales en torno a la empresa", *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, 1981, p. 281 ss., p. 285.

(133) La STS de 29 de noviembre de 2007 (núm. 1229/2007, RJ 2008, 32), en el caso "Oak House, SA", admite que determinados acuerdos de disolución pueden vulnerar los principios configuradores de la sociedad de capital cuando previamente tuvo lugar una donación que llevó a la disolución y liquidación de la sociedad. También en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 28.ª) de 14 octubre de 2011 (núm. 139/2011, F.D. 5.º), en el caso "Gestión Central de Confitería y Golosinas, S.A.", cuando mediante esta operativa "se hace desaparecer la actividad que durante años

forma se reconoce una concreta acción de impugnación a los socios que no voten a favor del acuerdo aprobatorio del balance final de liquidación, del informe completo de los liquidadores de las operaciones de liquidación y del proyecto de división entre los socios del activo resultante (cfr., art. 390 LSC). Tal acción, en estos casos, no se confiere con base en la lesión del interés social, entendido como el interés de la sociedad que va a ser extinguida, sino del “común de los socios”, en relación con el principio de igualdad de trato (*vid.* art. 97 LSC).

En plano separado queda, sin embargo, la existencia de una causa legal de disolución. En el actual entorno de crisis económica y de su impacto en el Derecho de sociedades y en los acuerdos de la junta general, se ha traído al *status questionis* la Disposición Adicional Única del Real Decreto Ley 10/2008, de 12 de diciembre, relativo al cómputo de pérdidas en los supuestos de reducción obligatoria de capital social en la sociedad anónima y de disolución en las sociedades de capital (134). En ella se regula, de forma expresa, una excepción al régimen general de contabilidad que, a estos efectos, excluye las pérdidas por deterioro reconocidas en las cuentas anuales, derivadas del inmovilizado material, las inversiones inmobiliarias y las existencias (135). Esta medida, adoptada en los inicios de la crisis, es mantenida, tras diversas disposiciones que prorrogaron su vigencia, por la Disposición Final Tercera del Real Decreto Ley 3/2013, de 22 de febrero, para los ejercicios sociales que se cierran

venía desarrollando la sociedad, se traslada dicha actividad a la AIE junto con elementos esenciales para su desarrollo y en beneficio de determinados socios mayoritarios, y finalmente se disuelve la sociedad a la que se había vaciado previamente”.

(134) Real Decreto-ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias.

(135) Al respecto la “pérdida por deterioro del valor”, desde un punto de vista técnico-contable, es tratada detalladamente en el Plan General de Contabilidad (BOE 20 de noviembre de 2007), Segunda Parte, relativa a las Normas de registro y valoración, en el apartado segundo del inmovilizado material y su valoración posterior, en relación con los conceptos de “unidad generadora de efectivo”, “importes recuperables”, y “correcciones valorativas” y su imputación como un gasto o un ingreso, por su reversión, en la cuenta de pérdidas y ganancias.

en el año 2013 (136). Se trata, como se contiene la Exposición de motivos, de excluir aquellas partidas del inmovilizado material, de las inversiones inmobiliarias y de las existencias que, como consecuencia de un deterioro en su valor y al incorporarse a la cuenta de pérdidas y ganancias, habrían de computar a los efectos del cálculo de la pérdida del patrimonio neto (137). Con ello tiene lugar, si bien con carácter excepcional, una escisión entre contabilidad y Derecho, es decir, entre el hecho económico y las consecuencias jurídicas tradicionalmente acompañadas a la pérdida o disminución del capital, manteniéndose en cuanto al resto, el régimen contable (138). Se admite, por lo tanto y de forma transitoria, una "infracapitalización material" para evitar que, como consecuencia de la crisis económico-financiera y de la revisión de tales valores, la sociedad llegue a una situación de disolución obligatoria por las pérdidas que tal imputación ocasionaría (cfr., art. 36.1.c. Ccom.) (139).

(136) RDL 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita. Anteriormente, el RDL 10/2008, de 12 de diciembre, estableció, en el apartado segundo de su Disposición Adicional Única, su aplicación excepcional durante los dos ejercicios sociales que se cerraran a partir de su entrada en vigor (ejercicios 2008 y 2009). Transcurrido dicho plazo, el RDL 5/2010, de 31 de marzo, por el que se amplió la vigencia de determinadas medidas económicas de carácter temporal, prorrogó, en su artículo 1, la vigencia de la norma para los dos ejercicios siguientes (2010 y 2011); y, posteriormente, el RDL 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero, en su Disposición Adicional Quinta, durante un ejercicio más (2012).

(137) Lo justifica expresamente la norma en que *"la reciente evolución de la actividad económica internacional nos sitúa en un contexto excepcional"*.

(138) SAP de Zaragoza, de 5 de septiembre de 2012 (secc. 5.ª, núm. 455/2012, rec. 430/2012).

(139) También aclara este artículo que *"A los efectos de la distribución de beneficios, de la reducción obligatoria de capital social y de la disolución obligatoria por pérdidas de acuerdo con lo dispuesto en la regulación legal de las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, se considerará patrimonio neto el importe que se califique como tal conforme a los criterios para confeccionar las cuentas anuales, incrementado en el importe del capital social suscrito no exigido, así como en el importe del nominal y de las primas de emisión o asunción del capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo. También a los citados efectos, los ajustes por cambios de valor originados en operaciones de cobertura de*

6. Intervención de la junta de la sociedad limitada en asuntos de gestión

De otra parte, en la sociedad limitada se autoriza, salvo disposición contraria de los estatutos, la inmersión de la junta general en los actos de gestión mediante la impartición de instrucciones o la autorización para la adopción de determinados acuerdos o decisiones (cfr., art. 161 LSC). En este punto, la relación control-propiedad, control-dirección se mantiene en los socios de control, mientras que la actuación de los socios externos queda restringida a una actividad de vigilancia. Aun cuando ambos asumen el riesgo de pérdidas derivadas de la actividad empresarial, la estructura democrática de la sociedad se transforma en una oligarquía por la posición de privilegio del socio o socios de control (140). Con ello se desvirtúa cualquier pretensión del "gobierno de la sociedad por los socios" que se aleja de la visión contractualista del "interés común de los socios". Por otra, una visión institucionalista, con referencia en los "grupos de interés" en la actividad empresarial, resulta excusada cuando la gestión directa de los asuntos sociales de gestión corresponde a la junta general, que releva así la autonomía de los administradores y cuya actuación resulta relegada a aspectos ejecutivos de representación social (141).

De esta forma, si bien en estas modalidades societarias se presenta una mayor ascendencia de la doctrina contractualista, no se

flujos de efectivo pendientes de imputar a la cuenta de pérdidas y ganancias no se considerarán patrimonio neto".

(140) Como indican FERRI, G. B., "Potere e responsabilità nell'evoluzione della società per azioni", *Riv. delle Soc.*, 1956, p. 35 ss., p. 37; y SCHIUMA, L., *Controllo, governo e partecipazione al capitale*, Padua, 1997, pp. 167-8, el principio de mayoría, frente al criterio de unanimidad, atribuye a la estructural separación entre "propiedad" y "gestión" el carácter de la proporcionalidad entre el poder y el riesgo, a lo cual se une la posibilidad de control fáctico ante la inactividad de determinados socios en la vida de la sociedad, fenómeno que contribuye a un poder del socio de control de hecho desproporcionado respecto a la responsabilidad patrimonial asumida. Mitiga este desequilibrio la extensión que proclama el artículo 215-8 de la Propuesta de Código Mercantil del deber de lealtad del administrador también al socio de control.

(141) Con mayor detalle, FERRANDO VILLALBA, M. L., "El ejercicio de competencias gestoras", cit., p. 551 ss.

ha de desdeñar que la actuación de la junta, según el criterio mayoritario, no puede prescindir del interés social, entendido como interés de la sociedad, como entidad dotada de personalidad jurídica propia para actuar en el tráfico económico (142). Por lo tanto, tales acuerdos también quedan sometidos a revisión por medio de la acción de impugnación cuando lesionen el interés de la sociedad a favor de un socio o de tercero (143). Y a vueltas con la incidencia de la crisis económica en el régimen societario, se ha de estar a la anulabilidad de aquellos acuerdos de la junta general que puedan, en su caso, contravenir el interés social en provecho de un interés particular diferente. Así se ha planteado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 15 marzo de 2012, en el caso “Medvilla, SL”, que admitió la legalidad de decisión de la junta general de atribuir al administrador la adopción de determinadas fórmulas para facilitar la venta de viviendas, tales como la reducción de precios o el arrendamiento con opción de compra; y todo ello “en atención a la actual coyuntura económica de crisis, especialmente, en el sector de la promoción inmobiliaria” (144).

(142) Con carácter general, acerca de la necesaria discriminación entre las juntas generales, según los tipos societarios y las modalidades de empresa, en relación con las sociedades pequeñas y las sociedades familiares, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Algunas reflexiones sobre la crisis de la Junta de las sociedades de capital”, en AAVV, *Estudios de derecho mercantil: en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés* (coord. J. C. SÁEZ GARCÍA DE ALBIZU, F. OLEO BANET, y A. MARTÍNEZ FLÓREZ), ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Pamplona), 2010, pp. 471-494, p. 474 ss.

(143) Como señala ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., “Capítulo IX: La impugnación de acuerdos”, *cit.*, p. 1443, una campaña de publicidad, en relación con la actividad, supone la existencia de un interés objetivo, a pesar de su coste, y salvo que, atendidas las circunstancias, resulte desproporcionada.

(144) Sección 8.^a, núm. 122/2012. Respecto del acuerdo adoptado en el punto tercero del orden del día se rechazó la petición de nulidad porque “la decisión de atribuir al administrador social la facultad de modificar los precios no es más que una manifestación de las competencias de gestión que corresponde a este órgano social” y que “en atención a la actual coyuntura económica de crisis, especialmente, en el sector de la promoción inmobiliaria, lo que constituye un hecho notorio, pueda el Administrador social, dentro de sus facultades de gestión reconocidas en el artículo 209 LSC, utilizar otras fórmulas que faciliten la venta de las viviendas (reducción de precios o utilizar la fórmula del arrendamiento con opción de compra)”.

IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

La doctrinas contractualista e institucionalista, y las diferentes posturas que de ellas dimanaban en torno al interés social, exigen un esfuerzo sincrético para vislumbrar en el “interés de la sociedad”, como entidad dotada de una particular personalidad jurídica en el tráfico económico, y en la teoría de la empresa, desligada de otros “grupos de interés” externos, lugares de encuentro desde los cuales orientar cualquier acción de impugnación de los acuerdos de la junta general que pretendan una lesión del interés social en beneficio de otros intereses particulares, incluso del socio de control. Por otra parte, en cuanto a las competencias asignadas a la junta general se ha de mantener la “primacía de los socios” frente a la autonomía que el régimen jurídico, al menos en las sociedades anónimas, otorga los administradores en asuntos de gestión. En esta materia, dentro de tales competencias, en el marco de la “neorregulación” el propio legislador ha adoptado –y están siendo sometidas a estudio, como se refleja en la reciente Propuesta de Código Mercantil– medidas tendentes a proteger a la sociedad, y con ello a la empresa que opera en su seno, ante el estado de la crisis económico-financiera padecida en los últimos tiempos. Hasta ahora, sin embargo, han sido los Tribunales, en la aplicación del derecho y en atención a las circunstancias concurrentes, los que principalmente han tenido en cuenta, siquiera *obiter dicta*, el estado de crisis económica y su afectación en el sector en el que la sociedad desarrolla una actividad económica, para fundamentar sus decisiones. Esta realidad sirve así, junto a otros elementos probatorios, para delimitar los supuestos de hecho en los que la decisión de la junta general se somete al criterio general del “interés social”. Y en particular, la crisis económica y su impacto en la organización actúan de referentes indiciarios para decidir sobre la legitimidad de aquellas decisiones adoptadas en protección de la sociedad y, a la postre, de la empresa, frente al ejercicio de acciones de impugnación.

FUNCIÓN DEL ACTA DE NOTORIEDAD EN EL ABINTESTATO

(Comentario a la inquietante Resolución
de 19 de junio de 2013)

Domingo Irurzun Goicoa

Notario

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

1. EL SUPUESTO DE HECHO DE LA RESOLUCIÓN
 - 1.1. Hechos a calificar
 - 1.2. Calificación
 - 1.3. Recurso contra la calificación
2. RESOLUCIÓN DEL RECURSO
3. LA NECESARIA PREPARACIÓN DEL COMENTARIO
 - 3.1. Los hechos, las actas en general, y las actas de notoriedad
 - 3.2. Las actas de notoriedad y su configuración documental
 - A. En la rogación
 - B. En la declaración de notoriedad
 - 3.3. Sucesión y tránsito sucesorio
 - A. Fase legislativa del tránsito sucesorio intestado
 - B. Fase operativa
4. COMENTARIO CRÍTICO
 - 4.1. Tema debatido: el título causal en la sucesión intestada
 - 4.2. El acta de notoriedad en el abintestato
 - 4.2.1. Sus particularidades
 - A. En la rogación
 - B. En la declaración de notoriedad
 - 4.2.2. Su función; nombramiento de potenciales herederos

A. Nombramiento, vocación y *ius adeundi*

B. El ejercicio del *ius adeundi*

4.3. La frustración total del nombramiento

5. CONCLUSIÓN

EPÍLOGO

INTRODUCCIÓN

Una empresa publicitaria anuncia el sorteo de un importante premio y, para poder aspirar a él, exige a los concurrentes varios requisitos, entre ellos el de acreditar que alguno de sus hijos tiene el nombre de Serapio. Para complimentarlo, una señora viuda, tras presentar al Notario una compleja documentación sobre diversos extremos, la aporta al concurso junto con la copia de un acta en la que el Notario, tras realizar las oportunas comprobaciones que detalla, declara la notoriedad del hecho de que la viuda que le ha requerido tiene un único hijo con tal nombre.

¿Teniendo delante los artículos 209 y 209 bis del Reglamento Notarial, cree el lector que dicha acta de notoriedad es suficiente para que Serapio, tres meses después, pueda ser considerado persona hábil para heredar a su madre acreditando que falleció intestada y otorgar a tal fin la escritura de aceptación y adjudicación de herencia?

¿No? Pues lea la Resolución que se comenta en este pequeño estudio.

Cuando, por mi parte, conocí en los primeros días del pasado agosto, la Resolución de 19 de junio del 2013 que publicaba el BOE del 29 de julio, sentí una fuerte irritación y un profundo disgusto. Me pareció difícil de entender que se pudiera maltratar de tal modo el Derecho Sucesorio pasando por alto, además, normas vigentes del Reglamento Notarial que, siendo el texto normativo de obligada aplicación sustantiva al caso, no era ni tan siquiera mencionado.

Como Notario aficionado al estudio del Derecho de Sucesiones, la reacción inicial inmediata me indujo a protestar con indignación. Pero se impuso el recuerdo del consejo del Apóstol a los efesios y opté por procurar que mis palabras fueran “buenas, constructivas y oportunas”.

1. EL SUPUESTO DE HECHO DE LA RESOLUCIÓN

1.1. LOS HECHOS A CALIFICAR

Un causante, casado y sin hijos, fallece sin haber otorgado testamento y le ha sobrevivido su madre, que incoa la oportuna acta de notoriedad para el *ab intestato* en la que el Notario, con fecha 11 de mayo de 2010 la declaró “única heredera del causante, (es decir, la nombraba única persona a la que correspondía la sucesión intestada de su hijo). En la propia acta se hace también la declaración notarial de que a la viuda, en su calidad de legitimaria, le correspondía su cuota legal en usufructo sobre la mitad de la herencia.

La madre del causante repudia su herencia en escritura el 13 de agosto de 2012 y el siguiente día 26 de septiembre, la viuda del difunto formalizó la escritura de aceptación de herencia y se adjudicaba la totalidad de los bienes en calidad de única heredera.

Y se presenta para su inscripción en el Registro de la Propiedad en unión de otros documentos, entre ellos la copia del acta de notoriedad antes referida y la escritura de renuncia de la que en tal acta era nombrada como la persona a quien correspondía suceder al causante.

1.2. LA CALIFICACIÓN

La Registradora competente califica desfavorablemente la escritura y suspende la inscripción hasta la subsanación, en su caso, de los defectos advertidos, alegando, en esencia, como fundamentos de derecho:

“Al renunciar la única heredera [la madre del causante] pura y simplemente, la viuda carece de título para adjudicarse la herencia,

por lo que será necesario obtener la correspondiente Acta de Declaración de Herederos Abintestato”.

“El hecho de que el Acta de notoriedad aportada atribuya al cónyuge viudo su cuota legal usufructuaria como legitimaria del causante no lleva consigo el reconocimiento de su condición de heredero o sucesor universal, únicamente le atribuye derecho a una cuota de bienes o a una parte alícuota de la herencia, ya que el legitimario no es heredero (art. 815, 819 Cc. Rs. 17 octubre de 2.008)”.

1.3. EL RECURSO CONTRA LA CALIFICACIÓN

La Notario autorizante de la escritura interpone recurso contra dicha calificación y, en resumen, alega:

La sucesión intestada es una sucesión legal (arts. 658, 912.1 y 913 del CC), es decir, a falta de testamento, es la ley, en nuestro caso el Código civil, el que efectúa los llamamientos y atribuye los derechos sucesorios.

El acta notarial de declaración de herederos es un acta de notoriedad y, como tal, tiene por objeto la comprobación y fijación de los hechos notorios sobre los cuales pueden ser declarados derechos (art. 209 RN); en concreto, su finalidad es comprobar y fijar las circunstancias personales y familiares del causante en el momento del fallecimiento (su estado civil, si tiene o no hijos, si le sobrevive algún ascendiente...). Y una vez comprobados y fijados esos hechos notorios, el Notario declara quien es el heredero o herederos del causante aplicando el Código Civil (arts. 930 y siguientes).

En el caso en cuestión el acta ya se había tramitado, los hechos notorios comprobados fueron los de que el causante estaba casado, que no tenía hijos y que la había sobrevivido su madre a la que se declara heredera sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria que corresponde al cónyuge viudo. Al renunciar la madre lo único que hay que hacer es seguir aplicando el orden de llamamientos del Código, recayendo así los derechos sucesorios en el cónyuge.

Se refiere a la tramitación de una nueva acta que exige la Registradora y la considera una formalidad excesiva e innecesaria, y que no tendría cabida en nuestro sistema a la luz del art. 209 bis del RN, y que cualquier otro Notario que pretenda tramitarla “tendrá que suspender la tramitación. Cuánto más si esa primera acta ya está concluida”.

2. LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO

El Centro Directivo dedica los dos primeros Fundamentos de Derecho de la Resolución a hacer un resumen de hechos similar al que antecede.

En el número 3 se refiere a los títulos de la sucesión a efectos del Registro, destacando que no tienen el mismo significado, función y efectos los que menciona el artículo 14 de la LH. La consecuencia es que se hace necesario comparar el distinto fundamento que, para la vocación y delación, tienen el testamento y el acta de declaración de herederos abintestato; y su diferencia respecto a la distinción entre título material y formal.

Viéndolos desde el punto de vista registral, dice que el título material es el acto, contrato o negocio jurídico que constituye la causa de adquisición del derecho, y título formal el documento que constituye el vehículo de acceso al Registro, la expresión de la forma auténtica y la prueba de dicho acto o contrato.

En la sucesión testada el testamento responde tanto al concepto de título material como al formal. El testamento es el título o causa de adquisición de los bienes, una vez que el llamamiento se completa con la aceptación y adjudicación de herencia. Es el fundamento mismo de la vocación o llamamiento del heredero y delación, elementos determinantes del fenómeno sucesorio. Y la copia auténtica del testamento representa el título formal necesario e insustituible para el acceso al Registro.

El Fundamento de Derecho número 4 se destina a destacar las diferencias que existen, a efectos de título material, entre la sucesión testada y la intestada. El artículo 658 contrapone dos formas de vocación o llamamiento y de delación, por un lado la testamentaria, basada en la voluntad del testador y, por otro la legal, en que tanto la vocación como la delación resultan de la ley. Muestra como ejemplo de ello el caso del cónyuge viudo respecto del cual dice el artículo 944 que "en defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente".

El Fundamento 5, ahora ya respecto del acta de notoriedad y atendiendo a lo expuesto, afirma que no es el título que determina la vocación o llamamiento ni la delación, sino que es un título de carácter formal y probatorio respecto a las circunstancias que

individualizan al sucesor y que acreditan la inexistencia de testamento.

Se ampara en la autoridad del Tribunal supremo y recoge de su Sentencia de 11 de noviembre de 1984 la afirmación de que el auto de declaración de herederos abintestato "no es más que algo individualizador de un llamamiento hereditario operado por virtualidad de una norma legal, carente de eficacia jurídico material y meramente limitada a justificar formalmente una titularidad sucesoria preexistente *ope legis*".

(Se prescinde de los restantes fundamentos de Derecho. Del número 6 relativo al supuesto de que el mismo caso se hubiera planteado antes de la Reforma de los artículos 834 y 945 del Código por la Ley de 1 de julio 2005. Y de los números 7 y 8, por referirse al plano estrictamente registral. No obstante, en el Fundamento número 8 hay que destacar lo que se puede considerar quintaesencia de la doctrina del Centro Directivo sobre lo que era el tema de debate, y que se transcribe a continuación):

Se acuerda estimar el recurso "porque hay base suficiente para que la registradora realice una calificación positiva atendiendo a la Ley y a las pruebas resultantes de los documentos presentados. La ley llama, dentro de la sucesión intestada, al cónyuge viudo después del orden de llamamientos de los descendientes y ascendientes y antes que los colaterales".

===

El comentarista no tiene paciencia para demorar su crítica a la afirmación-tesis de la Resolución de que la vocación y delación de la herencia intestada nacen de la ley, y que es ésta el título sucesorio material en la herencia intestada.

Y es que, cuando la propia Resolución acaba de decir que la Registradora debió realizar una calificación positiva **"atendiendo a la Ley y a las pruebas resultantes de los documentos presentados"** está, de hecho, reconociendo y confesando que la Ley es insuficiente por sí sola para surtir aquellos efectos adquisitivos, ya que necesita acompañarse de esas otras "pruebas" que menciona.

En suma que **no es, una causa jurídica** capaz de producir efectos sucesorios directos **por sí misma**, sino, como mucho,

una causa remota, un “prius”, un precedente que necesita ser puesto en ejecución, reconociendo que se han producido ciertos hechos que van a ser los que, una vez probados, dan lugar al nacimiento de la verdadera causa o título sucesorio material.

La frase antes resaltada, “...y a las pruebas resultantes de los documentos presentados”, al hacernos recordar la estrecha relación que pruebas y hechos han tenido siempre en Derecho, sea Civil o Procesal, parece querer llevarnos de la mano a reflexionar sobre los hechos que se han de probar y el contenido de los documentos públicos que son las actas notariales.

Y, a su vez, tal reflexión va a ser de gran valor a la hora de determinar el tema que de verdad se debate en la Resolución y que ha de quedar fijado con precisión, y de modo imprescindible, antes de entrar en el comentario que de ella se ha anunciado.

3. LA NECESARIA PREPARACIÓN DEL COMENTARIO

3.1. LOS HECHOS, LAS ACTAS EN GENERAL, Y LAS ACTAS DE NOTORIEDAD

Comienza el Reglamento Notarial contraponiendo, en su artículo 1.º, el contenido de la fe pública notarial en actas y escrituras, al decir que en las primeras ampara “en la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos”, mientras que en las escrituras se refiere a “la esfera del Derecho” en la que el amparo atañe a la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes.

Al referirse en las actas explícitamente a la percepción sensorial del Notario, parecía darse una cierta extralimitación en el artículo 209 que, al regular cierto tipo de esas actas, las llamadas **actas de notoriedad**, decía de ellas que “tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones jurídicas personales o patrimoniales con trascendencia jurídica”

Real o aparente, la anomalía desapareció cuando el artículo 6.º de la Ley 31/2006, de 30 de noviembre dio al artículo 17.1 de la Ley del Notariado, la siguiente redacción:

"Las actas notariales tienen como contenido la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el Notario, siempre que, por su índole, no puedan calificarse de actos o contratos, así como sus juicios o valoraciones".

Y, para evitar cualquier duda, el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, tras reproducir íntegramente el texto del artículo 209, relativo ya a las actas de notoriedad, le añadió un párrafo final en el que, antes de regular su configuración y el modo de instruir las, decía:

"Por acta de notoriedad podrán legitimarse hechos y situaciones de todo orden cuya justificación, sin oposición de parte interesada, pueda realizarse por medio de cualquier otro procedimiento no litigioso. La declaración que ponga fin al acta de notoriedad será firme y eficaz, por sí sola, e inscribible donde corresponda, sin ningún trámite o aprobación posterior".

De este modo, las actas de notoriedad pueden ya tener un contenido mayor y ajeno a los hechos que el Notario comprueba por sus sentidos. En frase de SOLÍS Y MOVILLA (1) "tienen por objeto la fijación y comprobación de hechos notorios y, en su caso, la determinación de las concretas consecuencias jurídicas dimanantes de la notoriedad comprobada, sea legitimando las situaciones ya producidas, sea declarando efectos concretos a favor de personas determinadas.

En estas actas, puntualizan, el Notario puede "calificar una situación que él no ha percibido inmediatamente por sus sentidos, sino mediatamente, y se limita a valorar la percepción que otros tienen del hecho".

Son los hechos notorios. No, naturalmente, los que sean de notoriedad universal, los que todo el mundo conoce, (como que el Nilo desemboca en el Mediterráneo). Ni a los de notoriedad pública general en un amplio espacio geográfico, (que en Sevilla existe un Parque llamado de María Luisa), pues ninguno de ellos necesita ser probado a la hora de servir de base para la creación o nacimiento de un derecho.

(1) Carlos SOLÍS y Francisco Javier MOVILLA, en su excelente comentario a los artículos 198 a 220 del RN en *Nueva Legislación notarial comentada*, VVAA, Colegio Notarial de Madrid, 2002, pp. 555 y ss.

Se trata de los hechos que se prueban al declararlos notorios en sentido "relativo", es decir que son tenidos por ciertos en un determinado ambiente o círculo social al que el requirente pertenece en el que vive y donde desarrolla su actividad.

Los que cita GOMÁ (2), como el de que una persona usa de ordinario un nombre o apellido distintos de los que figuran en su partida de nacimiento o el de su posesión de estado, que son perfectamente conocidos por las personas, instituciones o empresas que tengan relación con el requirente, aunque no lo sean por el público en general, como el de que reside habitualmente en un determinado domicilio, que tiene un solo hijo llamado Serapio, que el año anterior trabajaba en una panadería, que sus padres han muerto u otros similares.

Como resume el propio GOMÁ (3), la declaración del Notario respecto del hecho, versa sobre la realidad de que el hecho es tenido por cierto en el indicado círculo de relaciones sociales, En ese "ser tenido por cierto" es en lo que consiste la notoriedad.

La actas de notoriedad contienen, pues, una declaración, un juicio o calificación del Notario, acerca de la percepción que otras personas han tenido de hechos ocurridos en un determinado ambiente o localidad en que el Notario sea competente y una valoración de la situación jurídica que aquellos hechos, ya notorios, han contribuido a crear.

Y de esta valoración, con la que concluye el acta, dice el artículo 209 del RN, que "será firme y eficaz, por sí sola, e inscribible donde corresponda sin ningún trámite o aprobación posterior"

3.2. LAS ACTAS DE NOTORIEDAD Y SU CONFIGURACIÓN DOCUMENTAL

Otra rara particularidad de las actas de notoriedad, además de la ya vista, es la que de reglamentariamente reciben una configuración documental doble.

El texto del artículo 209 bis regula un acta integrada por dos diversos instrumentos, cada uno con su respectiva fecha y, en consecuencia, distinto número de protocolo; pero en íntima vinculación entre sí a causa de la pretensión contenida en la rogación que el re-

(2) GOMÁ SALCEDO, José Enrique. Derecho notarial. Editorial Bosch. 2.º ed. Diciembre 2011, p. 414.

(3) *Loc. cit.*, p. 412

quirente formula en el primero de ellos para que, una vez atendida y cumplimentada, reciba adecuada respuesta en el segundo.

Primer instrumento.— Es el “Acta de rogación de la notoriedad”. Se autoriza el día que el requirente formula la rogación con la pretensión de que sea declarada la notoriedad de ciertos hechos que al efecto expone con la aseveración de que son ciertos bajo pena de falsedad en documento público; la rogación se extiende de ordinario al reconocimiento de los derechos a que aquéllos den lugar y a la legitimación de las correlativas situaciones jurídicas personales o patrimoniales.

Autorizada el acta, el Notario comienza su tramitación practicando, para la comprobación de la notoriedad pretendida, cuantas pruebas de toda índole haya indicado el requirente o las que por su propia iniciativa estime el Notario necesarias. Y cumplirá, además cuanto el precepto reglamentario indica, requerimientos, citaciones, llamamientos, reclamaciones y reservas formuladas, etc.

El Reglamento dispone para la instrucción del acta que no haya oposición de parte interesada, y prevé su interrupción si se entabla demanda en juicio declarativo, así como su levantamiento, en su caso.

Segundo instrumento.— Es el “Acta de declaración de notoriedad”, el acta de notoriedad propiamente dicha. Ha de contener, preceptivamente, una referencia a la anterior “acta rogatoria” y se autoriza cuando el Notario ha ultimado, en los plazos reglamentarios, todas las pruebas, notificaciones, requerimiento, citaciones y demás diligencias practicadas y la da por conclusa. En tal fecha la incorpora al protocolo, con el número que le corresponda y, supuesto que, a consecuencia de las pruebas practicadas, el Notario haya llegado a una conclusión que le permite un juicio afirmativo sobre la notoriedad de los hechos indicados, los declarará así formalmente, lo mismo que los derechos o la situación jurídica a que hayan dado lugar.

Y el último párrafo del propio artículo 209 dice en cuanto a sus efectos: “La declaración que ponga fin al acta de notoriedad será firme y eficaz, por sí sola, e inscribible donde corresponda, sin ningún trámite o aprobación posterior”.

El Reglamento dedica los dos artículos siguientes a la regulación de estas actas de aplicación en el Derecho sucesorio y en el Inmobiliario registral. La primera de ellas, (art. 209 bis), de fundamental

importancia, es la que constituye en esencia del problema que nos ocupa a causa del papel que representa en el tránsito sucesorio, como luego se verá.

3.3. SUCESIÓN Y TRÁNSITO SUCESORIO

La sucesión *mortis causa*, testada o intestada, es un singular y especialísimo modo de adquirir el patrimonio personal de un fallecido.

Política y Derecho decidieron, de consuno y con razón plena, que tal sucesión es ineluctable y todo fallecido ha de tener un sucesor que se convierta en titular del patrimonio, para ejercer y cumplir todos los derechos y obligaciones del causante que no tuvieran carácter personalísimo.

Este sucesor necesario no surge de la nada, por sí solo, ni es fruto de una espontánea generación. Necesita una preparación que se obtiene por medio de un procedimiento civil que la precede –*el tránsito sucesorio*– que varía según la sucesión sea testada o intestada.

En la sucesión intestada, única a la que aquí corresponde atender, el tránsito sucesorio tiene una fase legislativa y otra operativa o de ejecución.

A. Fase legislativa del tránsito sucesorio intestado

Está constituida por las normas generales contenidas en los artículos 912 al 956 del Código para indicar con detalle y minuciosidad quiénes y en qué orden preferencial, están llamados a suceder al causante: sus consanguíneos en línea recta descendente, en su defecto los de la ascendente, si faltaren, su cónyuge y, a falta de éste, los colaterales del causante que estén dentro del cuarto grado. Y si ninguno de estos familiares del fallecido le hubiera sobrevivido o por cualquier causa no le llegaren a heredar, se llama al Estado.

Estas normas son la que hay que aplicar en la sucesión de cualquier persona que fallezca, lo cual supone la necesidad de fijar, en cada caso concreto quienes son las personas vivas en quienes se den, con la establecida preferencia, aquellos lazos familiares.

B. Fase operativa

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 creó entre los actos de

jurisdicción voluntaria un proceso incoado a instancia de parte, que concluía con el Auto judicial de declaración de los herederos abintestato. Y estaba dedicado, tras la realización de las pruebas que el Juez estimase oportunas, a la concreción de las personas vivas al fallecer el testador en las que recaía aquella declaración, unas vez enumeradas e identificadas con sus nombres y apellidos.

Este procedimiento sigue en vigor con la vigente Ley del año 2000, pero limitado en su aplicación a los casos en que la sucesión se atribuya a parientes colaterales o al Estado; porque, la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal ya había modificado el artículo 979 de la LEC y le dio la siguiente redacción:

"La declaración de que determinadas personas, que sean descendientes, ascendientes o cónyuge del finado, son los únicos herederos abintestato se obtendrá mediante acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial por Notario hábil para actuar en el lugar en que hubiere tenido el causante su último domicilio en España y ante el cual se practicará la prueba testifical y documental precisa".

La citada legislación notarial regula dicha acta de notoriedad en el art. 209 bis del Reglamento –en sumisa y obligada concordancia con la precitada Ley10/1992–, para los casos, más sencillos, en que la sucesión corresponda a los mencionados familiares del causante, los más próximos y allegados.

4. COMENTARIO CRÍTICO

El comentario crítico se debe iniciar imitando a las Resoluciones de la DGRyN. que, con acertado criterio, comienzan siempre con un resumen de lo que constituye la esencia del tema que en ellas se debate

4.1. TEMA DEBATIDO: EL TÍTULO CAUSAL EN LA SUCESIÓN INTESTADA

La cuestión discutida es el título material de la sucesión intestada, o sea, como entiende la doctrina, con VALLET a la cabeza, el que genera o constituye el derecho de una persona a suceder a otra.

Siguiendo sus enseñanzas, y en busca de una mayor precisión, me atrevo a definir el título material o causal de la sucesión intestada diciendo que es el que habilita a un sujeto para que pueda suceder al causante, o sea, la causa o razón jurídica en cuya virtud una persona queda constituida en la calidad de potencial sucesor universal de un fallecido concreto que no ha nombrado heredero testamentario.

La Notario que autorizó la escritura recurre la calificación porque cree que ese título material es la ley, pues si no hay descendientes ni descendientes vivos del causante es la Ley la que llama a su cónyuge para sucederle. La Registradora mantiene en su calificación, por el contrario, que falta el acta de notoriedad en que así se declare, sin que baste la anterior en que se designaba a la madre que después repudió, aunque de ella ya resultase que no había más ascendientes.

La Dirección estima el recurso y declara que es la ley el título sucesorio material sin que sea precisa la autorización de una nueva acta de notoriedad.

Está fuera de duda que si la ley no les llamara a suceder, ni la madre ni la viuda del causante nunca hubieran podido heredarle abintestato. Como no lo pueden pretender tampoco en nuestro actual sistema los conciudadanos, los colegas de su profesión o los vecinos del piso contiguo al habitado por el testador, de los que la ley no hace mención.

A este llamamiento se le puede considerar, en efecto, causa inicial o remota del derecho a heredar, pero carente en absoluto de toda eficacia directa que origine un derecho subjetivo. En modo alguno puede entenderse que por el sólo y simple hecho de que el artículo 944 llame a heredar al cónyuge sobreviviente del causante que no deje parientes consanguíneos en línea recta, le herede, sin más, solo con acreditar la realidad de la falta de tales parientes.

LACRUZ (4) parece creerlo así cuando, en tema de delación (ofrecimiento de la herencia para que sea aceptada y adquirida) entiende que no es sino poner la herencia a disposición del llamado, y depende de la ley. Pero, muy poco después, reconoce que "para que una persona sea heredero no le basta ser llamado, ha de ofrecérsele la herencia".

(4) LACRUZ BERDEJO, José Luis, en LACRUZ y SANCHO *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*. Librería Bosch. Barcelona 1981, p. 43.

¿Qué es, entonces, lo que el llamado por la ley ha de tener, además, para que “se le ofrezca la herencia”? ¿Qué hay que añadir al llamamiento legal para que el llamado pueda llegar a suceder?

La respuesta es la que aparece en la calificación registral que origina el recurso que comentamos, al llamamiento legal hay que añadirle, en nuestro caso, la autorización del acta de notoriedad,

4.2. EL ACTA DE NOTORIEDAD EN EL ABINTESTATO

Parafraseando lo que, con relación al proceso judicial equivalente mantiene GUASP (5), se puede decir que en el acta de notoriedad en caso de abintestato “se busca la fijación de la titularidad que corresponde a una cierta sucesión de bienes cuando el causante no la ha hecho de ningún modo válido y eficaz”.

En efecto, en el tránsito sucesorio intestado, el acta de notoriedad es el medio por el que se trata de hallar la persona o personas preferentes con arreglo a la ley para suceder al causante y, nombrándolas con las circunstancias identificatorias que sean precisas, dotarles del título que les habilite para suceder, proporcionándoles la *causa succedendi*, es decir el título sucesorio causal de la sucesión.

4.2.1. Sus particularidades

El Reglamento notarial la regula como una de las modalidades del acta de notoriedad, en el artículo 209 bis, la relativa al Derecho de Sucesiones y la identifica con una referencia “al artículo 797 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y que conviene denominarla según se acaba de indicar, “acta de notoriedad en el abintestato” ya que su rogación viene motivada por el fallecimiento intestado de una persona.

Tiene particularidades en los dos instrumentos que, como en las demás actas de este tipo, se desdobra:

(5) GUASP, Jaime. “Derecho Procesal Civil” Tomo II. Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1968. p. 534.

A) En la rogación

El primer instrumento contiene la rogación en la que el requirente asevera la certeza de los hechos cuya notoriedad se quiere probar, los que, en un limitado ambiente son tenidos por notorios, y son precisos para que se puedan reconocer los derechos que de ellos han podido nacer en cuanto a la sucesión de un causante determinado y un eventual legitimación de la situación jurídica resultante.

La autorización del acta de rogación exige la competencia territorial del notario autorizante. Sólo será hábil el Notario con fe pública en el lugar donde el causante hubiera tenido su último domicilio en España y sólo los Notarios con fe pública en la localidad en que se halla tal domicilio son los que pueden recibir la rogación (6).

La norma se refiere siempre a un causante, en singular, a un solo causante. Pero, aunque esto sea lo habitual, creo que no debe haber obstáculo en admitir la rogación de un acta referida a varios causantes si entre ellos hay una relación especialmente significativa a los efectos de su respectiva sucesión. Basta pensar en el caso de que un causante fallecido sin testamento haya dejado varios hijos en edad infantil que, sobreviviéndole, y que alguno o algunos de ellos fallezca después, pero antes de que se incoe el abintestato de su padre.

Requerido el Notario competente, éste lo comunica al Decanato a los fines que indica el apartado 3.º de la norma. Y, según dispone el apartado 4.º, el requirente ha de aseverar y acreditar documentalmente los hechos en que se fundará la pretensión de suceder *ab intestato*, en esencia que el causante ha fallecido, cuál fue su último domicilio, que no otorgó testamento o que se ha dado alguno de los supuestos contemplados en el artículo 912 del CC, y la relación de las personas que guardan con el causante la ya expresada relación familiar que les permite aspirar a sucederle.

Aceptada la rogación comienza la tramitación del acta con el contenido que expresa el apartado 5.º, la práctica de las recogida de alegaciones, manifestaciones, pruebas, citaciones, diligencias y demás actos que se detallan y el Notario ha de cumplir para comprobar la notoriedad de una serie de hechos, unos positivos, otros negati-

(6) El 6 de mayo del corriente 2013 la Dirección ha dictado una acertada e importante RESOLUCIÓN (SN) sobre esta materia.

vos, pero siempre relacionados con las únicas personas a las pueden alcanzar los efectos del acta: los parientes del causante en línea recta y su cónyuge. Es decir, si el causante tuvo hijos, y si alguno de éstos le premurió dejando o no descendencia; de no haber hijos o nietos vivos; investigará qué ascendientes le han sobrevivido y, en todo caso, comprobará si el causante contrajo matrimonio y si su cónyuge le ha sobrevivido. Y ha de identificar a cada una de dichas personas, únicas a las que alcanza su competencia.

La tramitación, en cuanto tal, no es objeto de una documentación simultánea, sino que se va recogiendo y conservando por el Notario de modo particular, para ser reflejada íntegramente en el segundo instrumento

B) En la declaración de notoriedad

El segundo instrumento, el "*acta de declaración de notoriedad*", propiamente dicha, se autoriza cuando el Notario ha realizado, en los plazos reglamentarios, todas las pruebas, notificaciones y demás diligencias practicadas, y la da por conclusa. Y en tal fecha la incorpora al protocolo, con el número que le corresponda con una inexcusable referencia al acta de rogación, preceptivamente ordenada.

Y, ultimadas las diligencia anteriores, dice el apartado 6º que "hará constar el Notario su juicio de conjunto sobre si quedan acreditados por notoriedad los hechos".

Por descontado, si el juicio fuere negativo y el Notario declara que no le ha sido posible comprobar la notoriedad de tales hechos, con ella ha de dar por concluida el acta que no producirá efecto alguno.

Si la notoriedad de los hechos referidos resulta comprobada y han sido identificadas las personas a que se refieren, el Notario ha de tener presentes las normas generales del Código sobre la sucesión intestada, (por ejemplo, el orden de suceder, las preferencias establecidas, el derecho de representación, la distribución de la herencia por líneas entre los ascendientes, la legítima viudal concurrente y su distinta cuantía según los casos, etc.).

Y, seguidamente, las aplicará al caso y a los hechos comprobados, lo que significará el logro del fin que el acta perseguía: el nombramiento de los potenciales herederos, su identificación y la fijación de los derechos que les correspondan como tales según la ley.

Es lo que establece el artículo 209 bis, aunque en su último párrafo lo diga al modo usual, cuando concluye:

“En caso afirmativo declarará qué parientes del causante son sus herederos “abintestato” siempre que todos sean de aquellos en que la declaración corresponde al Notario. En la declaración se expresarán las circunstancias de identidad de cada uno y los derechos que por ley les corresponden en la herencia”.

Así pues, un Real Decreto del año 2007 sigue hablando de “declaración de herederos abintestato” reiterando tras casi siglo y cuarto, el mismo error que padeció (y consagró) la LEC en 1881, y que, salvo las escasas excepciones a que luego se alude, ni la jurisprudencia ni la doctrina han intentado superar.

La “declaración de herederos abintestato” no existe. Ni el juez, ni el Notario, desde que entró en vigor la ley de 30 de abril de 1992, declaran o hacen herederos. Lo más que pueden decir, y lo dicen, es a quién corresponde la herencia, quiénes pueden heredar, quienes son los potenciales herederos

El heredero nace y se hace por la libre voluntad de un sujeto que tiene a su favor un título causal que le legitima para ello. (Aparte es el caso del Estado que no haya sido instituido por el testador).

Antes de que esta voluntad nazca, sólo hay una o varias personas en una situación en la que habrán de optar entre aceptar o repudiar la herencia, entre ser herederos o no serlo; esa opción les hace ser **herederos potenciales** y el ejercicio de la opción les convierte herederos si aceptan y les aparta de la herencia, sin suceder al causante, si renuncian.

Por ello, y en tal situación me referiré en adelante a tales personas como herederos potenciales, mientras no dejen de serlo.

Ha sido la Dirección General de los Registros y del Notariado, dicho sea en su honor, la que ha utilizado la postura correcta, desde sus Resoluciones del Sistema Notarial de 18 de enero y de 1 de febrero de 2005 y, de modo singular en la de 28 de junio de 2006 que se expresa, con rotunda claridad en los siguientes términos: **“El acta de notoriedad para caso de abintestato no es suficiente para acreditar su condición de heredera, pues tal calidad nace por la aceptación de la herencia...”**

4.2.2. Su función: nombramiento de potenciales herederos

Lisa y llanamente, la función que el acta de notoriedad desempeña en la sucesión intestada es contener una primera declaración que formula el Notario como funcionario competente según la ley, de que es notorio el hecho de que las personas que, conforme a las pruebas practicadas, se han identificado son las únicas a las que la ley llama para poder heredar al causante.

Y, sobre la situación jurídica en que aquellas personas han quedado instaladas, explicitando las consecuencias que implica, recae la segunda declaración que consagra su nombramiento de herederos potenciales del causante con indicación, además, de los derechos que por Ley corresponde en la herencia a cada una de las indicadas personas.

El acta de notoriedad, en el marco del tránsito sucesorio en que surge, se destina a darle adecuado cumplimiento, ya que mediante ella se buscan, se hallan y son individualizadas las personas a las que, según la ley, corresponde suceder al causante. Una vez identificadas con tal carácter, se les declara y nombra herederos potenciales del causante, puesto que el convertirse o llegar a ser herederos actuales depende de su personal voluntad de serlo.

Antes de la aceptación el nombrado, haya sido testado o intestado el tránsito sucesorio, sólo es un heredero *in potentia*.

Porque, así como nadie puede oponerse o impedir que se le nombre heredero potencial de un causante si esto es lo que ley establece, nadie tampoco puede exigir ni imponer a un nombrado que herede a otro si no fuere ésta su voluntad.

Así pues, **la función del acta de notoriedad en el tránsito sucesorio intestado es el nombramiento de herederos potenciales del causante.**

Una vez en el acta han sido nombrados uno o varios herederos potenciales, hay que ver los **avatares** a que el nombramiento está sometido.

Porque, supuesto que nadie puede ser compelido a suceder a otro si no es esta su voluntad, nadie tampoco podría a obligarle a admitir un nombramiento que tan sólo es conducente a esa sucesión.

Pero no existe un propio acto de admisión o inadmisión del nombramiento, sino que el mismo va implícito en la voluntad que el

nombrado ha de emitir acerca del tema sustancial de si quiere suceder al causante o prefiere apartarse de su herencia.

Si el nombrado es único o si, habiendo una pluralidad de ellos, todos rehusan la herencia, su nombramiento deviene ineficaz pues no ha dado nuevo titular a la herencia yacente, y se puede decir de él que ha abortado o como es más frecuente, que fracasó o se frustró.

La frustración del nombramiento obliga a iniciar una nueva acta de notoriedad o, incluso, a la eventual incoación de un proceso jurisdiccional si el nombramiento de los potenciales herederos ha de recaer en consanguíneos colaterales del testador o en el Estado.

Si acepta la herencia uno, al menos, de los nombrados, el tránsito ha concluido, pues ya hay nuevo titular de la herencia.

Y es este nombramiento de potenciales herederos del causante el fin al que el acta se orientaba y con el cual se consigue la necesaria depuración de un inicial y genérico llamamiento a heredar nacido de las normas reguladores de toda sucesión, la realidad cotidiana del fallecimiento de un concreto causante cuya situación familiar es preciso analizar para poder aplicar las normas legales y conocer a los que, conforme a ellas, van a poder heredarle.

Con tal declaración los nombrados (7) están habilitados ya, desde ese momento, para convertirse en herederos actuales con sólo expresar su voluntad de aceptar la herencia ya que la declaración de notoriedad es firme y eficaz por sí sola, (artículo. 209 RN *in fine*) sin necesidad de ningún trámite o aprobación posterior.

Está claro, por todo ello, que la causa o razón jurídica de derecho a suceder al causante fuera de testamento, el título material de la sucesión intestada, es el nombramiento en que se materializa la declaración de notoriedad.

“De suyo” solo está destinada a ser título material de la sucesión del heredero intestado, del sucesor universal.

Lo mismo venía ocurriendo en los correlativos procesos judiciales, pero era frecuente en ellos, y no se consideraba incorrecto, que el Auto contuviera una referencia a otro derecho, sucesorio también

(7) El término no es ajeno al Código civil, que lo usa en el mismo sentido que figura en el texto, cuando en la sección dedicada a la institución de heredero, y con absoluta exactitud técnica, alude el artículo 764 a quien ha sido instituido y aún no ha aceptado la herencia. Véase también, entre otros artículos, el 769.

pero de naturaleza singular, empleando la socorrida fórmula "sin perjuicio de la legítima viudal correspondiente".

Al nacer las actas notariales para caso de abintestato en mayo de 1992, y sin desconocer su valor de título sucesorio universal, muchos Notarios entendieron que, si de las pruebas resultaba la existencia de cónyuge sobreviviente, era muy conveniente y recomendable dejar constancia de su legítima viudal en cuanto ella mermaba los derechos del declarado sucesor universal y no se podía ni debía ocultar a éste algo que constaba en la misma acta.

La simple referencia a la existencia de los derechos legitimarios del cónyuge viudo, resultó que no sólo no era improcedente, sino que convenía y era oportuna, cuando el Real Decreto 45/2007, en el párrafo final del artículo 209 bis del Reglamento, dispuso que la declaración de notoriedad ha de expresar "los derechos que por Ley le corresponde en la herencia" (*a cada uno de los designado en ella*).

No parece dudoso mantener, por tanto, que si tales personas son cuatro, pero hay, además, un cónyuge legitimario, no basta decir que a cada uno de los nombrados corresponde una cuarta parte de la herencia, sino que es preciso añadir que tal derecho queda mermado por la legítima del cónyuge, y que la misma consiste en el usufructo de un tercio de la herencia si aquéllos son descendientes del finado o de una mitad si son ascendientes (8).

Esta exigencia de que la declaración formal que el Notario ha de formular determine, además, los derechos que en la herencia corresponden a los nombrados, se debe considerar un verdadero acierto porque la hace ser más completa al añadir un dato que proporciona a los interesados una ilustrativa aclaración de que la concurrencia del viudo con sus derechos legitimarios, origina una sensible disminución en la cuantía de sus declarados derechos (9).

(8) Ello no quiere decir que tal mención sea una propia declaración ni que tenga una especial eficacia; no es más que una simple información. Porque la legítima sí que es, en verdad, un derecho sucesorio que nace estricta y literalmente de la ley, sin que sea precisa ninguna declaración ni nombramiento.

(9) Esta aclaración suplementaria puede causar alguna sorpresa, en ocasiones, sobre todo si los interesados son profanos. Así puede ocurrir si el causante ha fallecido sin descendencia, le han premuerto sus padres y sobrevivido tres de sus abuelos. Porque, dado que en este caso el artículo 940 ordena la división de la herencia por líneas, la declaración del Notario dirá,

A) Nombramiento, vocación, delación y ius adeundi

El nombramiento de potenciales herederos, depurando aquel llamamiento inicial insuficiente para heredar, les da el llamamiento operativo y eficaz que es la verdadera vocación que se ensambla con la correlativa delación (10) añadiéndole aquel ofrecimiento de herencia de que hemos visto hablaba LACRUZ.

Por la vocación se hace eficaz el llamamiento al nombrado para que pueda convertirse en nuevo titular del patrimonio relicto, lo que implica que al mismo tiempo, se le brinda una herencia que estaba en espera de ese nuevo titular. El aspecto subjetivo se refunde con el objetivo. Vocación y delación quedan conjugadas

El nombramiento coloca al nombrado en una situación jurídica especial en la que, *ope legis*, adquiere el que Roma denominó, en aras de su contenido, *ius adeundi vel repudiandi hereditatis*, porque proporciona la opción de elegir entre ser no ser heredero, entre aceptar la herencia o rehusarla.

Se trata de un derecho de creación legal, subjetivo y potestativo o de formación jurídica, que tiene la finalidad instrumental de concretar las facultades que tal situación confiere a su titular.

A causa de su finalidad tiene otros caracteres que no procede analizar aquí, como los de ser personalísimo e intransmisible, aunque es preciso puntualizar, que el primero de los citados significa sólo que se concede *intuitu personae*, pero su ejercicio se puede encomendar a un apoderado especial.

Por la vocación se hace eficaz el llamamiento al nombrado para que pueda convertirse en nuevo titular del patrimonio relicto, lo que implica que al mismo tiempo, se le brinda una herencia que estaba en espera de ese nuevo titular. El aspecto subjetivo se refunde con el objetivo. Vocación y delación quedan conjugadas.

aplicándolo, que la mitad de la herencia les corresponde a los dos abuelos de una misma línea, y la mitad restante al abuelo único de la otra.

(10) La palabra "vocación", junto a "delación", son términos que la doctrina utiliza en general de manera difusa y sin poner el necesario acento en lo que, diferenciándolas, las ensambla y une a la vez, poniendo de manifiesto esa correlatividad a que me acabo de referir. He tratado de aclarar sus conceptos en un breve trabajo titulado *Vocación o delación*, que se publicó en la Revista Jurídica del Notariado núm. 63, julio-septiembre 2007, pp. 141-165.

Porque es al titular de la vocación a quien le es ofrecida la herencia a causa de que es él quien, aceptándola, puede adquirirla. Recuérdese la definición que recogió el *Digesto* y había formulado Terencio CLEMENTE: "*Delata hereditatis intelligitur, quam quis possit adeundi consequi*."

B) Ejercicio del *ius adeundi*

Este derecho, que en atención a su origen (11) convendría calificar de *ius vocationis cum delationis*, crea, en efecto, la opción entre aceptar o repudiar la herencia. Y ésta es la disyuntiva, hay que pronunciarse por uno de esos dos actos que el Código (art. 979) hace irrevocables) y cuyos efectos se retrotraen a la fecha de la muerte del causante (art. 989).

La aceptación pone fin al tránsito sucesorio, concluso al cumplirse el objetivo de designación del nuevo titular de la herencia en que se convierte el nombrado cuando, al aceptar, "toma posesión" del cargo.

Consuma también, además, la sucesión si el aceptante es el único nombrado (12), ya que la herencia se extingue, desaparece como el patrimonio, que que era hasta ese momento en que es aceptada, pues ya todas y cada una de sus relaciones jurídicas han pasado a incrementar el patrimonio personal que ya tenía el sucesor.

No se consuma propiamente la sucesión (aunque la transición haya concluido), si hay una pluralidad de nombrados que aceptan, porque el patrimonio relicto subsiste y continúa existiendo la herencia en cuanto tal, aunque tenga por nuevo titular a una comunidad de sucesores, la llamada comunidad hereditaria, mientras esta comunidad no se extinga por la partición, que convierta a cada sucesor en titular, único o no, de las relaciones jurídicas que se le adjudiquen.

La repudiación por el nombrado o de todos los nombrados, por el contrario, al significar la frustración o fracaso del nombramiento efectuado, y que queda sin efecto, hace que el tránsito sucesorio

(11) Este origen resulta falseado por la moderna doctrina española que lo denomina *ius delationis*, con deplorables consecuencias, por cierto, porque contribuyó en gran medida a fomentar el caos conceptual que ha existido y existe sobre los términos vocación y delación.

(12) O el único nombrado que llega a suceder.

subsista y que en él se haya de incoar una nueva acta de notoriedad en la que se tratará de encontrar ahora a los parientes vivos a quienes corresponda suceder. Si ha fracasado el nombramiento de los descendientes, la nueva acta designará a los más próximos ascendientes vivos. O a la viuda, de no existir ascendientes.

Y esto es lo que procedía en el caso de la Resolución que se comenta, a consecuencia de la frustración sobrevenida de aquel nombramiento.

Ese fracaso o frustración es lo que ha pasado por alto la Notario en su recurso y a la que hemos visto defender que una nueva acta no solo es innecesaria, sino imposible, porque ya hay un acta anterior que "ya está concluida", añade.

La Notario recurrente no ha sabido distinguir entre lo que es un acta iniciada y una que se inició y concluyó en aborto. Porque en efecto, el "acta anterior" a la que se refiere (13) no sólo está concluida sino fracasada o frustrada por la renuncia de la madre del causante que en ella fue nombrada. La nueva acta, a consecuencia de tal fracaso, es ya, no solo posible, sino imprescindible. Debe ser nombrado un nuevo heredero potencial que aún podría ser otro ascendiente de grado más remoto que el de la madre renunciante, y que, si no lo hubiere, sería la viuda, la nombrada.

Y es que el falso razonamiento que usa la Notario quiebra también porque "en el acta anterior" la existencia de la madre no hacía necesario investigar si existían ascendientes de grado más remoto, por lo cual mal podría entenderse probado el hecho de la inexistencia de abuelos, que serían preferentes respecto de la viuda.

Y la Dirección General confirma el razonamiento de la recurrente, estima el recurso y revoca la nota de calificación que exigía un título sucesorio causal y (se sobreentendía), la presentación del correspondiente título formal inscribible.

4.3. LA FRUSTRACIÓN TOTAL DEL NOMBRAMIENTO Y SUS EFECTOS

El acta de notoriedad en caso de abintestato ha de contener, preceptivamente como se ha visto, una concreta y formal declaración del Notario en la que se designan y nombran, con las circunstancias

(13) Y cuya copia, por cierto, consideró muy oportuno presentarla en el Registro de la Propiedad acompañando a la escritura que pretendía inscribir.

identificativas necesarias, la persona o personas a las que corresponde la herencia del causante, sus herederos potenciales, con expresión de los derechos que por ley les corresponden en la herencia.

El énfasis que se ha puesto en el uso del adjetivo "potenciales" queda justificado ahora. La sucesión por tales personas es contingente; ni se ha producido ni es forzoso siquiera que tenga lugar. Va a depender de otros factores y, esencialmente, de la voluntad de los nombrados, que solo serán herederos si, libre y voluntariamente, deciden aceptar la herencia y obtener la cualidad de herederos.

Cuando el nombrado no acepta la herencia (o no puede aceptarla, caso de la falta de idoneidad para ello), "su" nombramiento fracasa o se frustra.

Pero si ese nombrado es único, o si no llega a heredar ninguno de los que fueron nombrados, se habla de frustración total "del nombramiento, de herederos potenciales" y éste es el que nos interesa aquí, porque su efecto inmediato es que el tránsito sucesorio no se puede dar por concluido, sino que permanece abierto en busca del nuevo titular del patrimonio relicto por el causante.

Si la frustración fuere parcial, porque sólo fracasa el nombramiento de alguno o algunos de los nombrados; pero hay otro u otros que llegan a heredar y, por ende, los efectos sustanciales del nombramiento subsisten; y se le añaden otros sobre la cuantía de los derechos sucesorios de los aceptantes que son internos y accesorios. Pero el tránsito sucesorio queda definitivamente terminado.

5. CONCLUSIÓN

La renuncia de la madre del causante, única nombrada en el acta de notoriedad tramitada a tal fin, ha provocado la frustración de tal nombramiento lo cual hace que siga abierto el tránsito sucesorio inconcluso y determina la necesidad de que se produzca la rogación de una nueva acta de notoriedad para hallar los herederos potenciales del causante. En ella se habrán de practicar las pruebas documentales y testimoniales necesarias y cuanto menciona el Reglamento para probar qué ascendientes de segundo o ulterior grado existen y a los que la formal declaración del Notario nombrará herederos potenciales, con fijación de los derechos que les corresponden en la herencia en concurrencia con el de la viuda legitimaria. O, en

defecto de ascendientes, a la viuda, con prioridad sobre los parientes colaterales.

El título causal de la sucesión intestada no es, ni puede ser, una norma jurídica, general y abstracta, que establece los criterios generales que rigen la sucesión cuando no hay testamento, sentando las oportunas preferencias. No son más que el necesario precedente de las indagaciones que cada caso concreto de fallecimiento intestado exige realizar y que darán ocasión a que un acto de la autoridad competente, aplique y haga declaración del resultado, designando las personas que resulten preferentes para suceder.

Este es el título causal de la sucesión intestada, acta de notoriedad que regula el artículo 209 bis del Reglamento Notarial autorizada por el Notario competente en la localidad donde el causante tuvo su último domicilio en España y que, previa la oportuna rogación con todos los requisitos establecidos y la tramitación prevista, concluirá tras declarar los hechos que han resultado notorios, con la declaración y nombramiento de quiénes son las personas que pueden suceder al causante y son sus herederos potenciales, con indicación de las circunstancias que los identifican y de los derechos que por ley les correspondan (14).

(14) Es muy curioso releer hoy, pasados más de veinte años, la conferencia que pronunció Clemente AUGER en la Academia Matritense del Notariado el día 22 de octubre de 1992, Lo hago en una breve transcripción que de ella hace GOMÁ SALCEDO (*loc.cit.* p. 438). Y no aludo con ello al error en que incurre, –muy comprensible dadas las circunstancias– de decir que “el acta notarial no puede equipararse a un documento judicial”, que es lo que acababa de hacer la recién promulgada Ley 10/199 como antes se vio. Me refiero a que, después de afirmar con verdad a la sazón, “que el Notario no puede declarar derechos, función reservada a la Judicatura”, prosigue, “sino que lo único que hace es determinar los parientes concretos que, a su juicio, y según la prueba practicada, están comprendidos en los llamamientos abstractos de la ley a la sucesión intestada de que se trate. Es, por tanto (me permito destacarlo en cursiva) *un acta de “determinación” de los llamados por la ley a una herencia intestada, y no un acta de “declaración” de herederos.* (Completamente de acuerdo. Pero, *malgré lui*, tampoco el auto judicial “declara herederos”. Ni entonces ni ahora. Tampoco hace otra cosa que declarar quiénes son aquellos mismos parientes, los que están llamados a esa sucesión, los herederos potenciales del causante).

En el caso de autos, supuesto que no existan ascendientes, el acta de notoriedad es el título causal de la viuda para suceder como heredera a su esposo.

Lo que pedía la Registradora en una impecable nota de calificación.

EPÍLOGO

Unas pocas líneas en las que "el que suscribe" quiere explicar al lector capaz de haber llegado hasta aquí, el motivo por el que se decidió a incluir en el subtítulo un adjetivo calificativo a la Resolución que se iba a comentar. Un adjetivo del que, por supuesto, sin más, se hubiera podido prescindir.

La razón es que quien decide adjetivar la Resolución nació al Derecho y vivió dedicado a su aplicación muchos años de existencia activa y no pocos en calidad de jubilado, con una profunda y permanente admiración por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Sabe bien que estamos en una época en la que, si por un lado no se puede emplear la palabra "Estado", sin añadir "de Derecho" (como si los que le precedieron fueran de otra índole), la realidad es que, por otro lado, jamás ha sido el Derecho tan vilipendiado, menospreciado, degradado y violado como lo es ahora.

Ver contaminada a la Dirección por esa ola en la que parece que se va a arrastrar al Derecho hasta su desaparición o a un olvido equivalente, no se puede ver con indiferencia. Verla pronunciarse oficialmente en un acto administrativo importante y dictar una Resolución sin tener en cuenta los preceptos de un texto jurídico esencial, duele, Y duele profundamente.

¿Es injusto, o exagerado, exteriorizar la inquietud causada por ese dolor?

EL DERECHO AL NOMBRE Y LOS APELLIDOS COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LA PERSONA

Aurelia María Romero Coloma

Doctora en Derecho

Abogada especializada en Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones y Derechos fundamentales de la Persona
Profesora de la Escuela de Práctica Jurídica de Jerez de la Frontera (Cádiz) y del Master de Acceso a la Abogacía de la Facultad de Derecho de Jerez de la Frontera (Cádiz)

Resumen: El derecho al nombre, que engloba, asimismo, el derecho a los apellidos, ha de ser configurado, en nuestro país, en la actualidad, como un derecho fundamental, y ello a pesar de que no aparezca enmarcado en este ámbito en la Constitución Española, que guarda silencio sobre este extremo y no hace referencia siquiera a este fundamental derecho de la persona. En este ámbito, plantea problemas el tema del posible cambio de nombre.

Abstract: The right to the name includes the right the right to surname and, actually, it's an essential right within our contry, although is not included in our Constitution. One of the problems about this theme is related to the possibility of modify the name.

Palabras clave: NOMBRE; APELLIDOS; DERECHO FUNDAMENTAL.

Key words: NAME; SURNAME; ESSENTIAL RIGHT.

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

El derecho al nombre –y a los apellidos– es, desde mi punto de vista, un derecho fundamental de la persona, derecho que a nadie puede serle negado en la actualidad. Llama la atención que, en el marco de nuestra Constitución, no se haga referencia alguna a tan esencial derecho de la persona, haciéndose mención expresa, en cambio, de otros fundamentales derechos, como lo son, efectivamente, el derecho a la intimidad, al honor, a la imagen, a un proceso judicial efectivo y con todas las garantías, el derecho a la salud y a la integridad física y psíquica, el derecho a la vida –y otros derechos fundamentales, como las libertades de expresión e información, etc. Silenciándose, por el contrario, por parte del legislador constituyente un derecho tan unido a la persona como lo es su nombre y sus apellidos. Para comprender la importancia, la trascendencia del nombre y los apellidos, no hay más que pensar que los apellidos de la persona derivan, inmediata y directamente, de la relación de filiación, ya que, si ésta es matrimonial, la persona llevará, como apellidos el primero del padre en primer lugar, y el primero de la madre, en segundo lugar, y por este orden, si bien, hoy en día, se contempla la posibilidad, como no podía ser menos, en un marco constitucional y legal que evita las discriminaciones por razón de sexo, de modificar el orden de los apellidos de la persona, si bien esta modificación está sujeta a que ambos progenitores estén de acuerdo en ello, porque, faltando el acuerdo positivo de ambos, no cabrá dicha modificación, lo cual, como ha apuntado la doctrina española, parece una medida que, en principio, pudiera resultar discriminatoria para la mujer.

II. LA FUNCIÓN DEL NOMBRE Y DE LOS APELLIDOS

Importantísima es, sin duda alguna, la función que cumplen el nombre y los apellidos de la persona, en cuanto elementos identificativos de ésta e individualizadores de su personalidad. En el marco del Derecho de Familia, no cabe dudar de la trascendencia de este derecho, al suponer e implicar la existencia de una relación familiar determinada. Lógicamente, el nombre puede protegerse, como cualquier otro derecho, en nuestro país, y, en este ámbito en

concreto, a través de las acciones de impugnación y, en su caso, de reclamación, contando, para ello, con un interés serio y legítimo.

El nombre, tal como proclama el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se da a persona o cosa determinada, al objeto de distinguirla de las demás de su especie o clase. Un mismo nombre puede aplicarse a varias o muchas personas y cosas diferentes, pero siempre, y en todo momento, va a designar a una determinada y no denota, como el apelativo, que, entre todas las que con él se designen, haya identidad o semejanza en virtud de la cual se le dé una misma denominación.

El derecho al nombre, desde el punto de vista jurídico, es un derecho básico de la persona, de toda persona, con independencia de su sexo, raza, condición personal o familiar, situación económica, social, laboral, etc. Este derecho corresponde a una necesidad ineludible, tanto desde el punto de vista de su personalidad como del propio orden público. Mediante el nombre, la persona distingue su individualidad de la de las demás personas, y ello tanto en la vida social, como en el conjunto de relaciones jurídicas en las que intervenga. Es éste el aspecto público, exigencia elemental del orden jurídico. Pero no hay que olvidar que el nombre no sólo es distintivo de la persona, sino que la evoca en sus cualidades morales. La protección del nombre es, a un tiempo, protección de la personalidad, tanto desde el aspecto social como incluso ético. El nombre sirve para identificar a la persona, para diferenciarnos de los terceros y para que éstos nos identifiquen y nos diferencien de ellos. Luis María Fariñas Matoni expresaba que la defensa del nombre tiende más a la defensa de la fe pública que de la vida privada, íntima de la persona, aunque la utilización abusiva del nombre puede constituir una manera o un medio de invadir la esfera privada de la persona y, por ende, de producir una transgresión de este derecho fundamental de la personalidad (1). En la doctrina, existe una cierta confusión terminológica respecto al nombre, ya que éste puede referirse al nombre propio, al nombre individual o incluso al pronombre. Asimismo, hay que subrayar que el término "nombre" se emplea tanto en sentido estricto, para referirse al nombre propio, como en un sentido amplio, comprendiendo esta vez el nombre propio y los apellidos

(1) FARIÑAS MATONI, Luis María: *El Derecho a la intimidad*, Editorial Tri-vium, Madrid, 1983.

de la persona. En nuestro país, únicamente disponemos, al contrario que en otros países de nuestro entorno, como Francia, Italia o Alemania, del término específico “apellidos” para referirnos al nombre de familia. Desde el punto de vista jurídico, cuando, en España, nos referimos al nombre, hacemos referencia al nombre y a los apellidos –el primero paterno y el primero materno–.

La Circular de 2 de julio de 1980, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la inscripción de nombres propios en el Registro Civil –al igual que la Resolución de la citada Dirección de 25 de mayo de 1994– declaró que el nombre propio es de libre elección. Pero, lógicamente, la función individualizadora e identificadora del nombre es, en términos comparativos, menor a la de los apellidos o el nombre en sentido amplio y, probablemente, sea éste el motivo por el que se utiliza en ámbitos reducidos, familiares y no oficiales, tal como puso de relieve LUCES GIL (2).

III. CARACTERÍSTICAS DEL NOMBRE Y LOS APELLIDOS

El nombre está fuera del comercio humano, es decir, es inalienable. También es imprescriptible, ya que nadie puede adquirir un nombre que no le pertenezca por su mero uso durante un transcurso de tiempo prolongado, ni tampoco nadie va a perderlo por el desuso. Es un derecho irrenunciable, al existir una ausencia de poder de disposición en relación con el nombre. Y, por lo que respecta, al carácter de inmutabilidad, el nombre de la persona, en principio, no cambia, si bien el artículo 109 de nuestro Código Civil permite que la persona mayor de edad pueda solicitar que se altere el orden de sus apellidos.

Cabe plantear la cuestión de si el derecho al nombre es un derecho subjetivo. La cuestión queda reducida a los límites de una institución administrativa de “policía civil”, no muy distante del número del documento nacional de identidad. Algunos autores, como LACRUZ BERDEJO han resaltado que el nombre y los apellidos son instituciones administrativas en cuanto que el Estado, mediante ellos, hace identificables a los ciudadanos en beneficio de la cosa pública y de las

(2) LUCES GIL: *El nombre civil de las personas naturales en el ordenamiento jurídico civil español*, Editorial Bosch, Barcelona, 1978.

relaciones con la Administración y entre los particulares (3). Pero su trascendencia no se agota en ello, porque los apellidos son el signo de pertenencia a una familia, de lo que se infieren determinadas relaciones de filiación y parentesco. Una vez identificada la persona, su identidad no puede ser usurpada y, en general, sus nombres no se deben confundir con los de otro personaje, sea real o imaginario. Es en este sentido, precisamente, como cabe hablar de un bien jurídico, como derecho de la personalidad, si bien lo que estaría en juego en estos supuestos sería, no ya el derecho al nombre, sino los derechos al honor y a la identidad personales, a la fama y reputación y a que la persona no soporte hechos u opiniones que no ha realizado ni sustentado, derechos de la personalidad que quedarían lesionados mediante la utilización del nombre al ser éste precisamente el signo de identificación de la persona.

Un sector doctrinal ha puesto de relieve que el nombre es una especie de propiedad, por su protección frente a terceros, entendido como paradigma de los derechos absolutos. Esta tesis, si bien es interesante, no es factible compartirla, ya que el derecho al nombre –y los apellidos– no comporta una facultad absoluta de exclusiva, porque no cabe excluir el uso legítimo por su titular de un apellido idéntico al nuestro. Distinta sería la condición de seudónimo o de título nobiliario, sobre los que sí se tiene un derecho inmaterial semejante al llamado de propiedad industrial. En cualquier caso, hechas estas distinciones, hay que resaltar que la individualización permite diferenciar a cada persona de sus semejantes, y es consustancial a la persona el deseo de distinguirse de las demás, cumpliendo el nombre esa función, pues, al ostentar un signo distintivo, la persona deja de ser, como afirma RICO PÉREZ, una unidad indiferenciada de la especie, para llegar a ser un individuo determinado. La individualización permite que cada persona sienta plenamente su yo personal y que los terceros se lo reconozcan de tal manera que se posibilita el libre y pleno desarrollo de su personalidad.

Más intensa es, sin embargo, la función de identificación de la persona que el nombre comporta, porque, mediante esta función esencial, a la persona se la reconoce frente a los terceros, por lo que el nombre hay que entenderlo como una auténtica institución de

(3) LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil*, Tomo I, "Derecho de la Persona", Bosch, Barcelona, 1983.

orden público, si bien hay que poner de relieve que esta función, en la actualidad, ha perdido parte de su significado, no siendo, lógicamente, de uso exclusivo por una sola persona, por lo que, desde el punto de vista jurídico, no es una forma de identificación definitiva. El nombre propio se suele repetir –sobre todo, aquellos nombres muy comunes– con cierta facilidad e igual sucede con gran parte de los apellidos, todo lo cual propicia que personas distintas compartan, no sólo el mismo nombre, sino incluso los apellidos, y, en este supuesto, frecuente en la práctica, ninguna de estas personas tiene un derecho preferente sobre la otra respecto al uso de ese nombre. De ahí que sea el Documento Nacional de Identidad, el número de la Seguridad Social o el número de Identificación Fiscal los documentos que, en efecto, sí individualizan e identifican a cada persona frente a las demás.

En general, puede afirmarse que las legislaciones, muy en especial las latinas, contemplan el nombre como materia propia del Derecho Administrativo. En este sentido, basta comprobar que tienen potestad en la materia instituciones u órganos de la Administración del Estado, dependientes del Poder Ejecutivo, no del judicial, especialmente la Dirección General de los Registros y del Notariado. Nuestro Código Civil no se refiere explícitamente al nombre, sino a los apellidos, si bien reconoce que se trata de un derecho subjetivo, al contemplar supuestos en los que la voluntad humana es determinante. El nombre es un derecho erga omnes, un derecho de la personalidad, si bien su determinación es materia de un procedimiento administrativo, como administrativa es su tutela, sin perjuicio de que, como ocurre con todos los derechos, sean los Juzgados y Tribunales los órganos competentes para resolver los conflictos que pudieran suscitarse en relación con este fundamental derecho.

En nuestro Ordenamiento Jurídico, el nombre se compone de dos partes: el nombre propio –llamado también nombre de pila– y los apellidos o nombre familiar, que indican la pertenencia a una determinada familia. Los apellidos son dos: el paterno –primer apellido del progenitor–, y el materno –primer apellido de la madre–. Al hijo matrimonial, y también al no matrimonial cuya filiación esté legalmente determinada respecto de ambos progenitores, se le impone, por determinación legal, como primer apellido el del padre y como segundo el de la madre, lo cual no lleva sino a expresar la idea de que la tradición familiar se perpetúa por línea masculina, y a pesar

de que, como ha recalcado LETE DEL RÍO (4), el vigente artículo 109 del Código Civil permita que el hijo, una vez alcanzada la mayoría de edad, los invierta. Habría que pensar que la imposición del apellido paterno en primer lugar, seguido del primer apellido de la madre podría vulnerar el principio de igualdad en materia de no discriminación por razón de sexo, ex artículo 14 de nuestra Constitución.

IV. IMPOSICIÓN DEL NOMBRE Y LIBERTAD DE ELECCIÓN

La imposición del nombre propio es una facultad que corresponde a los titulares de la patria potestad, tal como puede deducirse del contenido del artículo 156 del Código Civil, y, de forma subsidiaria, corresponde su imposición a los parientes llamados por la Ley a la tutela. Una cuestión, interesante, puede plantearse y es la siguiente: ¿puede sustituirse el nombre si se prueba que no coincide con el nombre elegido por quienes tienen la facultad de elección? En pura lógica, sí, siempre que se llegara a probar, por supuesto, pero no por un expediente de cambio de nombre, ni por una acción judicial, sino por un expediente de rectificación de errores.

Hay que tener en cuenta que la libertad de elección del nombre es amplia, pero ello no quiere decir que sea ilimitada. Existen ciertas prohibiciones legales y determinadas limitaciones. Concretamente, están prohibidos los nombres extravagantes, impropios de personas –porque irían en contra de su dignidad en cuanto persona humana, a tenor del artículo 10 de nuestra Constitución–, irreverentes, así como la conversión en nombre de los apellidos o seudónimos. También está prohibida la elección del nombre de un hermano, a no ser que hubiese fallecido, así como cualquier otro nombre que haga confusa, cuanto menos, la identificación de la persona. También se prohíbe cualquier nombre que haga confusa la designación o que, en su conjunto, induzca a error sobre el sexo.

La Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 2 de julio de 1980, declaró que la libertad en la imposición de nombres no debía tener, en principio, otros límites que los exigidos por el respeto debido a la dignidad de la persona y señalaba, a un

(4) LETE DEL RÍO, J. M.; *Derecho de la Persona*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986.

tiempo, la conveniencia de unificar los criterios interpretativos de la normativa vigente, a la luz de la realidad social, cultural y política actuales y, en especial, haciendo hincapié en los principios, postulados y valores plasmados en nuestra Constitución. En este sentido, se establecieron unas orientaciones básicas. Así, las prohibiciones han de ser interpretadas restrictivamente, de modo que no cabe rechazar el nombre elegido por los progenitores más que cuando, con claridad y de acuerdo con la realidad social actual, aparezca que aquel nombre incide en alguna prohibición legal. No pueden considerarse extravagantes, impropios de persona, ni subversivos los nombres que se refieran a valores reconocidos por la Constitución, teniendo en cuenta que la realidad actual es que vivimos en un país democrático, en el que rigen los principios del pluralismo político, por lo que el concepto de irreverencia no debe referirse sólo a la religión católica, sino que, por imperativo de los principios –y derechos– de libertad religiosa y aconfesionalidad del Estado, sino también a todas las creencias religiosas de la sociedad española. Y, por último, por vía ejemplificativa, son admisibles los nombres extranjeros que no tengan equivalente onomástico usual en las lenguas españolas, los de personajes históricos, mitológicos, legendarios o artísticos, bien pertenezcan al acervo cultural universal, bien al de determinada nacionalidad o región española, los geográficos que, en sí mismos, sean apropiados para designar persona y cualquier nombre abstracto, común o de fantasía, siempre que no induzca a error en cuanto al sexo.

V. EL SEUDÓNIMO

Interesante, a mi juicio, es la problemática que plantea el seudónimo, pero cuando éste se emplea en el ámbito familiar. Es el supuesto, muy utilizado en nuestro país, de los diminutivos y también las variantes, por lo que general afectivas, de los nombres propios, como, por ejemplo Paco, de Francisco, Pepe, de José, etc. Éstas suelen ser variantes que se emplean en el marco de las relaciones familiares y se estabilizan, más tarde, convirtiéndose ya en costumbre la designación así efectuada desde que la persona tiene corta edad. No obstante, los diminutivos deben ser rechazados en documentos oficiales. Por ejemplo, Juanito, Pepito o Carmencita, entre otros mu-

chos que cabría citar. A pesar de ello, la doctrina jurisprudencial, en nuestro país, no ha contribuido demasiado a aclarar este panorama. La Dirección General de los Registros y del Notariado admitió, como nombres, Elsa, Delia, Doris, Sandra, Berta, Rosina, Lola, Alejandrina, Marisol, Marisa y Fina. En cambio, rechazó tajantemente Betty, Patuka, Yohny, Ino, Pepa, Marisa, Paquita, Txema, Maribel y Mariola.

VI. ELECCIÓN DEL NOMBRE

Un problema de interés, desde mi punto de vista, se puede plantear en la práctica y es el relativo a la elección de nombre.

Según el artículo 192 del Reglamento del Registro Civil, el nombre se impone en la inscripción de nacimiento, presuponiendo, claro está, que se trata de la inscripción de una persona recién nacida o, al menos, de un menor de edad, si bien, con carácter excepcional, puede que no sea así. Como ha quedado expuesto y razonado que el derecho al nombre es un derecho de la personalidad, si se inscribe a una persona mayor de edad con un nombre determinado, parece justo –e incluso ético– que sea la propia persona interesada, capaz de obrar, la que elija su nombre. Cabría incluso pensar que la capacidad para elección de nombre le vendría dada a la persona por el hecho de cumplir los catorce años de edad. Tengamos en cuenta que esta edad de catorce años es la mínima exigida para hacer testamento –excepto el ológrafo, por las complejidades que conlleva–. Cuando no existen progenitores, no parece admisible que sea el Estado el órgano competente para invadir la esfera personal –y privada– de la persona, asignándole un nombre. Pero, en la generalidad de los casos, son los titulares de la patria potestad, o los tutores legales, las personas que imponen el nombre a sus hijos o tutelados, tal como establece el artículo 193 del Reglamento del Registro Civil. Cabe plantear el supuesto en que ambos progenitores no se pongan de acuerdo sobre el nombre que se le va a imponer a su hijo/a. Aquí, se plantea una situación cuanto menos conflictiva y problemática. Cuando ambos progenitores ostentan conjuntamente la patria potestad, pero tan sólo uno de ellos tiene la guarda y custodia del hijo/a, será este progenitor el que decida, lo cual supone, en la mayoría de los supuestos, otorgar este derecho en exclusiva a la madre, a la progenitora, por ser ésta la que, en la generalidad de los casos, convive con el recién nacido. En todo

caso, habiendo falta de acuerdo entre los progenitores en orden a la elección del nombre del hijo/a, acudiendo a la vía del artículo 156.2.º del Código Civil, se podría solucionar este conflicto. Algún sector doctrinal español, encabezado por LINACERO DE LA FUENTE (5), ha propugnado que, para este supuesto, fuera el Encargado del Registro Civil el que impusiera el nombre. Lógicamente, en defecto de los progenitores, son los tutores legales los encargados de imponer el nombre al menor de edad, pero no sólo ellos, sino también los guardadores, entendiendo por tales las personas que tengan al menor a su cargo en el momento de la inscripción, e incluso aquella persona que haya encontrado a un menor abandonado, ya que es su obligación, en este caso, promover la inscripción, de acuerdo con la Ley de Registro Civil y, concretamente, su artículo 43.

Lógicamente, la falta de designación de nombre por los progenitores o por los guardadores produce, como consecuencia ineludible, la imposición del nombre a la Administración, por medio del Encargado del Registro Civil, que requerirá a los interesados para que pongan nombre al nacido, apercibiéndoles que, si no lo hacen en el plazo de tres días, será el propio Encargado el que lo lleve a cabo.

VII. LOS APELLIDOS EN EL DERECHO ESPAÑOL

Si importante, en cuanto derecho fundamental, es el nombre de la persona, más, si cabe, lo son los apellidos de ésta, en función del artículo 109 de nuestro Código Civil, que, en su primera párrafo, dispone que "la filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la Ley."

Con respecto a los apellidos, hay que hacer diversas consideraciones que revisten una gran trascendencia en la práctica. Ya quedó reseñado anteriormente, que, en relación con los hijos matrimoniales, sus apellidos quedan de la siguiente forma: primero del padre y primero de la madre.

Por lo que respecta a los hijos extramatrimoniales, cuyos padres son legalmente conocidos, el hijo lleva los apellidos de la misma manera que si se tratara de un hijo matrimonial, en virtud del mandato

(5) LINACERO DE LA FUENTE, Bernardo: *El nombre y los apellidos*, MADRID, TECNOS 1992.

contenido en el artículo 14 de nuestra Constitución (principio de igualdad sin que puedan existir discriminaciones). Hay una sola excepción a esta regla y está referida a que el hijo no llevará el apellido de su progenitor cuando ésta haya sido condenado a causa de las relaciones a las que obedezca la generación, según Sentencia penal firme, o cuando la filiación haya sido declarada judicialmente contra su oposición, a no ser que lo solicite el propio hijo o su representante legal.

Hay que resaltar que el derecho del hijo extramatrimonial a llevar los apellidos de sus progenitores, y por el orden legalmente establecido, es también un deber, excepto las excepciones que ya han quedado reseñadas anteriormente.

Hay supuestos en los que solamente es conocido el progenitor. Se trata de un caso que no es muy frecuente, pero tampoco cabe tacharlo de inexistente. En este supuesto, el hijo llevará los apellidos del progenitor conocido y por el orden que éste imponga.

Sí cabe aludir a las acciones encaminadas a eliminar la posible confusión entre apellidos poseídos legítimamente. En este sentido, cabe citar una interesante y antiquísima Sentencia de 16 de julio de 1916, en la que, a instancias de los señores Domecq, se declaró la ilegitimidad del uso del apellido Domeck, sin duda por emplearse para designar licores, con el consiguiente peligro de confusión, pues es más que dudoso que se pudiera prohibir, en otro caso, el uso de un apellido, salvo que se ejercitara una acción pública.

Hoy en día, en función de las corrientes doctrinales en torno a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, y en armonía con los postulados y principios de nuestra Constitución –especialmente, el artículo 10 de la Carta Magna–, el nombre debe ser estudiado desde una perspectiva personalista, en la medida en que ha de responder a estos valores y principios citados, por lo que hay que preconizar la función de autoidentificación psicológica, función que, sin duda, está muy presente, en la actualidad, desde la minoría de edad, pues ya, en esta temprana etapa de la vida, se asimila el nombre con la existencia de la personalidad.

VIII. EL CAMBIO DE NOMBRE

Un tema que plantea una interesante problemática viene referido a si es posible, en la actualidad y con arreglo a nuestra legislación,

el cambio de nombre. Los requisitos exigidos, para ello, se limitan a la existencia de justa causa y la inexistencia de perjuicio para terceros. Habría que preguntarse qué implica la denominada "justa causa". Parece que bastaría con el mero deseo de los solicitantes. Y, en cuanto al otro requisito, la inexistencia de perjuicio, en realidad está referido, o alude, a la necesidad de establecer un sistema de prueba o publicidad que evita confusiones con respecto a la persona, pero, por lo que se refiere al nombre, no cabe imaginar que un cambio de éste de una persona determinada pueda perjudicar a otra, a menos que se pretenda llevar a cabo ese cambio con el solo objeto de inducir a confusión.

IX. EL CAMBIO DE LOS APELLIDOS

Hay que plantear el supuesto de cambio del orden de los apellidos. En principio, las reglas son las mismas que ya han quedado apuntadas para el cambio de nombre de pila o nombre propio. Pero la mayor afectación de terceros explica que, en este supuesto, los requisitos sean más rigurosos.

Sobre este tema, sin duda de gran trascendencia práctica, una importante Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional, de 15 de octubre de 2012, entró a resolver esta cuestión, en el sentido de que, tras la declaración de la filiación paterna no matrimonial, la madre solicitó que el orden de los apellidos fuera el primero materno y el segundo el paterno. La petición fue desestimada en todas las instancias y recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional, pero el recurso fue inadmitido al no quedar justificada la especial trascendencia constitucional del mismo. Esta Sentencia merece un comentario más pormenorizado. Hay que tener en cuenta que la Ley 40/1999, de 5 de noviembre permitió que los progenitores, de común acuerdo, pudieran determinar el orden de los apellidos respectivos que transmiten a sus hijos, rigiendo, en su defecto, lo establecido en el artículo 194 del Reglamento del Registro Civil. A juicio del órgano judicial, el derecho de opción sobre el orden de los apellidos exige el consentimiento del padre y de la madre, consentimiento que, al afectar a un derecho de la personalidad, ha de ser expreso, lo cual no concurría en el caso de autos. No procedía tampoco la aplicación del artículo 55 de la Ley del Registro Civil, por

cuanto el único derecho de opción que regula este precepto es el referido al supuesto de nacimiento con una sola filiación reconocida, concediéndose al único progenitor que reconoce la filiación determinar cuál sea el orden de los apellidos del hijo, supuesto éste que tampoco concurre en el caso de autos, pues estaba reconocida la filiación tanto materna como paterna.

La Sentencia citada anteriormente desestimó el recurso planteado por la progenitora, al no quedar debidamente justificada la trascendencia constitucional del mencionado recurso.

Hay que resaltar que la Ley 40/1999, ya citada, utiliza la institución del pacto o acuerdo entre los progenitores para la eliminación de una discriminación directa, cuyo apoyo constitucional se refleja claramente en el artículo 32 de la Constitución ("El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica"). La equiparación de decisiones de ambos progenitores a la hora de inscribir el orden de apellidos de sus hijos resulta una evidente aplicación del artículo 14 del Texto Constitucional (que establece el principio de igualdad formal), pero, como han expresado Purificación CREMADES GARCÍA, Beatriz SAURA ALBERDI y Rosario TUR AUSINA (6), mejor aún se inserta en la lógica del artículo 32 de la Constitución, que demanda una regulación de la institución del matrimonio basada en el consenso y la igual participación de los cónyuges, eliminación de todo vestigio del denominado "principio marital", principio cuyo significado más preciso consistía en la imposición de la voluntad del varón sobre la mujer. El legislador, para evitar este "principio marital", lo que hace es regular el acuerdo, o pacto, simplemente en su vertiente positiva, es decir, como ejercicio de una voluntad conjunta de los cónyuges favorable a una inversión del orden de los apellidos, siendo esta solución normativa claramente correctora de la desigualdad o discriminación directa existente en tiempos pasados. Pero hay que tener en cuenta que esta norma puede provocar efectos discriminatorios en el supuesto –que puede ser bastante frecuente en la práctica– de desacuerdo u oposición de uno de los progenitores y, en particular del marido, que, con su mera negativa,

(6) CREMADES GARCÍA, Purificación, SAURA ALBERDI, Beatriz y TUR ALSINA, Rosario: *La alteración en el orden de los apellidos. Aspectos constitucionales y civiles de una reforma legislativa*, en *Revista General de Derecho*, Valencia, núm. 672, 2000.

podría conseguir hacer prevalecer el orden tradicional de los apellidos y negar todo valor al ejercicio de un acuerdo conjunto. Se trata de una posibilidad que ha sido evidentemente olvidada por el legislador, que se centra únicamente en el acuerdo por consenso, cuando lo cierto es que las consecuencias del pacto han de ser reguladas y previstas tanto desde la opción positiva, como desde el desacuerdo.

Efectivamente, la norma actual puede esconder fácilmente una discriminación indirecta, alusiva a tratos normativos formalmente iguales o razonablemente desiguales de los que se derivarían consecuencias desiguales. Recordemos, en este sentido, que la igualdad no debe ser únicamente formal, sino también real.

TRAS LA HUELLA DE LA COMPRAVENTA SIMULADA EN EL DECRETO-LEY 288/2011, DE 28 DE OCTUBRE. (A PROPÓSITO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL EN CUBA)

M. Sc. José Karel Fernández Martell

Profesor Asistente de Derecho Civil
Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. Cuba
Notario

"Lo anómalo, y peligroso de la disminución de un patrimonio sin contrapartida ni justificación económica para la familia (herederos forzosos) y para los acreedores y de-rechahabientes del donante, ha hecho que las leyes concedan una eficacia relativamente menor a los negocios gratuitos; como garantía de los posibles interesados se exige su publicidad, y como sanción de esta se impone en fin la nulidad por carencia de forma".

Federico de Castro y Bravo

Resumen: La acción pretendida por los terceros interesados contra una compraventa simulada busca dismantelar el negocio pantalla, poniendo sobre el tapete jurídico el negocio disimulado que por lo general resulta ser una donación. La acción emprendida es declarativa pues no busca crear un derecho nuevo o una situación jurídica que nazca a partir de la sentencia, sino que se reconozca una realidad escondida y que ya había nacido y estaba vigente antes de la demanda.

Abstract: The action attempted for the third stakeholders against a buying and selling simulated he tries to dismantle the business visual display screen, putting on the juridical table cover the business dissimulated that in general he turns out to be a donation. Action undertaken is declarative no he tries to create a new right or a legal status that he be born starting from the sentence, rather recognize him a hidden reality and the fact that he already had been born and it was in effect before the request.

Palabras clave: Compraventa simulada, legítima, donación inoficiosa, nulidad y reducción por inoficiosidad.

Key words: Buying and selling simulated, legitim, inofficious donation, nullity and reduction for inoficious.

SUMARIO

- I. NOTAS DE PRESENTACIÓN
- II. NEGOCIOS SIMULADOS Y EN FRAUDE DE LEY. DIFERENCIAS DESDE SU FISONOMÍA TEÓRICA
 - 1. Simulación absoluta y relativa
- III. COMPRAVENTA SIMULADA Y DONACIÓN DISFRAZADA. DE SU NULIDAD A SU "PRESUNTA" EXISTENCIA
 - 2. Requisitos para que sobreviva el negocio disimulado
- IV. SIMULACIÓN EN PERJUICIO DE LA LEGÍTIMA ¿NULIDAD O RESCISIÓN DE DONACIONES ENCUBIERTAS E INOFICIOSAS?
 - 3. ¿Probabilidad de colacionarlas?
- V. SUJETOS LEGITIMADOS PARA ATACAR LA COMPRAVENTA SIMULADA. SUS DILEMAS
 - 4. Problemas de legitimación y momento de impugnación
- VI. A MODO DE CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

I. NOTAS DE PRESENTACIÓN

Resultó para este autor un tema sugerente el que se pretende hoy comentar, cuando en otra obra de su misma autoría y redacción (1) vertiera de manera superficial algunos comentarios relacionados con la simulación absoluta y relativa. Pero en aquella ocasión emprendida a delimitar el tratamiento jurídico de las donaciones disimuladas en negocios apócrifos que sirvieran de elemento cegador al *officium pietatis* y cuantas medidas correctoras de la legítima fueren obviadas, en especial al árido tema de las donaciones colacionables.

Para aquel entonces se dejaba sentado algunos puntos ineludibles de la doctrina en cuanto al tratamiento brindado para los negocios simulados, recordándose los distintos fundamentos y remedios que la misma doctrina científica y jurisprudencial han interpuesto para delimitar entre una simulación absoluta, de una que, más que cambiar la realidad, busca enmascarar otro negocio en su interior, –por lo general liberalidades (donaciones)–.

Sobre la doctrina que, con mayor o menor grado de precisión, se ha ocupado de la cuestión de la compraventa simulada se puede advertir que los puntos más polémicos estriban sobre la base de la eficacia de la donación encubierta en un contrato simulado y la virtualidad jurídica de si la forma que arroja al negocio irreal sirve de manto a ésta. Por otro lado, se presentan los presupuestos de existencia para que sobreviva la donación y de los sujetos procesalmente legitimados para impugnarla cuando ella atente contra el crédito de los acreedores o la porción legitimaria.

Téngase en este sentido a bien el estudio que hoy enfilo que aunque tocante a la donación, no como esencia del comentario, pero ineludible de evadir, se ha conectado el fenómeno de la simulación para explicar parte de los denominados negocios anómalos o de “causa” falsa, amén de dilucidar los senderos del orden contractual cubano; ya que, aunque apegados al principio de *bona fide*, la causa

(1) Me estoy refiriendo al trabajo de investigación que devino tesis de especialidad en la octava edición de Derecho Civil y Familia, que bajo el Título: “Dilemas teórico-prácticos en las donaciones colacionables. Realidades del Derecho positivo cubano”, bajo la dirección de la Dra. Ediltrudis PANADERO DE LA CRUZ en *Departamento Básico-Civil*, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, curso 2010-2011, presentó este autor.

perseguida por los autores del negocio puede estar permeada de un dolo malo que envenene el fin práctico perseguido por la partes, o, a lo sumo, un desleal comportamiento de quien tras una compraventa maquilla una donación, perjudicando los derechos de terceros. Sobre la posición dogmática y exegética se erige el presente artículo.

II. NEGOCIOS SIMULADOS Y EN FRAUDE DE LEY. DIFERENCIAS DESDE SU FISONOMÍA TEÓRICA

Define CASTÁN TOBEÑAS la simulación, como: "la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y con acuerdo de las partes para producir, con fines de engaño, la apariencia de un negocio que no existe o que es distinto del verdaderamente realizado" (2).

Como requisitos de la misma es necesario, conforme expuso FERRARA (3), que:

1. haya declaración deliberadamente disconforme con la voluntad;
2. acuerdo entre las partes;
3. fin de engaño u ocultación a terceras personas, aunque no es necesario que ese fin sea ilícito o de fraude.

La simulación, además, ha sido entendida por la doctrina como una causal de divergencia entre la declaración negocial y la voluntad de las partes contratantes; pero como destaca DIEZ PICAZO (4) no puede sostenerse ello bajo este concepto, porque lo cierto es que la hipótesis del negocio simulado no pertenece, en rigor, a la rúbrica de los vicios de la declaración, pues en dicha hipótesis, por definición, existe entre los contratantes un acuerdo simulatorio. Los autores

(2) CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*, 9.^a edición, revisada y puesta al día, tomo-I, *Introducción y Parte General*, vol. II, *Teoría de la relación jurídica y los derechos subjetivos. Los derechos de la personalidad*, ed. Reus, Madrid, 1955, p. 540.

(3) FERRARA, *cit. pos* CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. y loc. cit.*

(4) Cfr. DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, vol. I, ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 190 y 218.

del contrato simulado declaran voluntariamente y su declaración coincide con su voluntad de declarar, lo que ocurre es que existe entre ellos conformidad en que su declaración sea puramente aparente, es decir, en que no opere como reglamentación preceptiva de sus intereses.

Sin embargo, aun cuando el acto simulado busque un fin de engaño u ocultación de otro negocio jurídico, no puede decirse que éste conlleve estrictamente a un negocio en fraude de ley. No siempre ocurre así, aunque por lo general los negocios simulados o indirectos sirven de vehículo al fraude. Los puntos de distanciamientos entre uno y otro instituto tributan más que a un mero ejercicio teórico, si bien sirven de base en el tráfico jurídico a los operadores del Derecho y de cómo actuar ante situaciones dimanantes de tales supuestos en las que indudablemente serán de aplicación directa categorías propias de la interpretación de la ley y del negocio jurídico, a fin de validar o no los efectos queridos con el acto.

El fraude de ley, según DE CASTRO, incluye los contratos con causa ilícita, sean éstos nominados o innominados, que son aquellos que en su causa se oponen a las leyes o a la moral. Por lo cual entiende que: "(...) la utilización de un camino indirecto merecerá el estigma de ser en fraude, si con ello se ha buscado esquivar la sanción que merece el resultado perseguido. La figura del fraude se centra, por tanto, en una anomalía que afecta la causa y que puede determinar su ilicitud o resultar ser en contra de la naturaleza del negocio. Habrá que distinguir si se ha contrariado una norma prohibitiva y condenatoria o una regla ordenadora de la eficacia de los distintos negocios; en este caso no habrá causa ilícita, sino sumisión a las reglas que corresponden a la finalidad del negocio" (5).

La posición matizada por el citado civilista español converge con la regla romana: "*cum quid una via prohibetur aliud, ad aliud non debet admitti*," de la cual se colige la inadmisibilidad de que lo prohibido normativamente sea burlado por otra vía. Por tanto, y como explica VALLET DE GOYTISOLO, se trata sólo de que no sea burlada la norma que deba aplicarse cuando no exista jurídicamente una opción correcta por otra solución. Esta ineficacia no impone la nulidad total del acto o del negocio efectuado con esa finalidad, sino única-

(5) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, Madrid, 1985, p. 374.

mente exige que se frustre este camino fraudulento sometiendo lo actuado a la ley que se quiso burlar (6).

Amén de lo anteriormente dicho es lógico explicar que, lo que fraudulentamente se ha querido celebrar *contra legem* es ineficaz y, por ende, deberá aplicársele lo que la fórmula legal que se ha querido eludir recomienda. La interpretación que se haga de la norma trasgredida habrá que entenderla de conformidad con la solución que ésta misma propone, porque no parece justo que se tiña de nulidad radical un acto jurídico cuando la propia ley impone su irregularidad parcialmente. O sea, la ineficacia no accede más allá, sino sólo en aquello que se ha pretendido evadir.

Por tanto, el negocio en fraude de ley es el medio por el cual viene indirectamente perseguido un resultado prohibido, en tanto la simulación será la vía de evasión de una norma imperativa o regla de eficacia del negocio. De tal suerte que no todo negocio jurídico simulado conlleva un propósito fraudulento, y tampoco el *animus fraudandi* es suficiente para que se configure la simulación. Lo cual no quiere decir que la una no sirva de instrumento a la otra, pues claro es que entre ambas instituciones las relaciones son bien estrechas.

1. SIMULACIÓN ABSOLUTA Y RELATIVA

Los fines perseguidos por los contratantes con la simulación pueden ser de dos formas esencialmente. La primera destinada a crear el espejismo jurídico de la concertación de un negocio jurídico entre dos o más partes, y de la cual se sabe es inexistente por carencia de los elementos esenciales del mismo. O sea, se basa en una concepción contraria a la realidad, carente de virtualidad jurídica porque en verdad no hay tal negocio, sino acuerdo de las partes simulantes destinadas a la defraudación de algún derecho, por ello se conoce como simulación absoluta.

Cuestión distinta resulta de la simulación relativa en la que a diferencia de la anterior sí se crea un contrato, pero éste es contrario a la forma que adopta en el tráfico jurídico por tergiversarse alguno

(6) VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., "Negocios en fraude de ley, simulados, fiduciarios e indirectos", en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 14, abril-junio, 1995, p. 201.

de los elementos del negocio simulado. En él la fisonomía del negocio celebrado no coincide con el realmente realizado, de ahí que se hable de negocio simulado y disimulado, siendo este último aquél que se disfraza o enmascara bajo el simulado (negocio-pantalla). Es el clásico ejemplo de la donación disimulada en una compraventa o de una compraventa desfigurada bajo permuta.

La simulación relativa al importar el encubrimiento de un acto o negocio distinto al realmente querido indica que sí hay contrato, pero que en éste existe una anomalía estructural, bien desde la naturaleza del contrato, bien desde los sujetos, el contenido, el objeto, la fecha, el precio o pactos secundarios. Es una figura mucho más compleja que la simulación absoluta, por cuanto, habrá que tenerse presente no sólo el acuerdo simulatorio y el acto simulado, sino, además de ello, el negocio ocultado y la magnitud con que tiña la simulación al acto disimulado, así como el apoyo que pudiera brindarle éste a aquél para su posterior validez y eficacia en caso de ser interesada.

Ahora bien, teorizada esta parte de la figura sujeta a análisis es atinado ver *a priori* la regulación jurídica con que cuenta la simulación en suelo cubano. Y para sorpresa el legislador patrio tuvo a bien regularla en la Parte General de nuestro Código Civil (*cfr.* artículo 67 incisos e) y f)) (7), apartándose desde entonces de la falta de sistematicidad contenida en el abrogado Código Civil español en la que dada la existencia fragmentaria de preceptos reconocitivos de la simulación, la jurisprudencia tuvo que ocuparse de diseñarla más concretamente.

No obstante, se ha dicho por la misma doctrina científica española que la figura existe a la luz de algunos preceptos dentro del mismo Código Civil (8), citándose como máxima representación el

(7) Artículo 67 del Código Civil cubano: "*son nulos los actos jurídicos realizados:*

e) sólo en apariencia, sin intención de producir efectos jurídicos;

f) con el propósito de encubrir otro acto distinto. En este caso el acto encubierto o disimulado es válido para las partes si concurren los requisitos esenciales para su validez; y..."

(8) Artículos tales como: el 628, 755 y 1459 de los que ha dicho el maestro español ALBALADEJO: "(...) no sólo abarcan supuestos de simulación, y, además, cuando se refieren a casos en que ésta se presupone, realmente no se encaminan a regularla, sino que persiguen reglamentar lo relativo al

artículo 1.276 en la que “la existencia de una causa falsa en los contratos dará lugar a su nulidad” (9). Empero, ¿podría ser válido ese argumento teórico-legal en Cuba? ¿Es posible la nulidad del acto simulado por “causa falsa” en el Código Civil cubano? ¿Será un atisbo de una posición causalista dentro de la doctrina cubana? ¡Tal vez!, pero la respuesta a estas preguntas quedan a merced de otro destinatario, si bien no pretendo ser yo quien zanje la inconsistencia dogmática en nuestro Derecho positivo. Lo que no quiere decir que no vea en ella una fuerte razón como para atizar un argumento a favor de la causa dentro de nuestro sistema de Derecho (10).

negocio *disimulado* (ordenando su invalidez)”. *Vid. (sic)* ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil I, Introducción y parte general*, 15.^a edición, puesta al día de legislación y jurisprudencia, ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 662, nota (10).

(9) Sobre lo dicho, nos recuerdan DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, *Introducción, Derecho de la Persona, Autonomía Privada, Persona Jurídica*, 11.^a edición, ed. Tecnos, Madrid, 2003, p. 513, que dado los aislados supuestos de simulación que recoge el Código Civil español y en pos de clarificar sus turbias aguas se trató por la doctrina más antigua de buscar la *ratio* de ésta en los supuestos de “vicios de la declaración de voluntad”, tesis que no prosperó por las explicaciones que ha dado el mismo autor y que *ut supra* 2 hemos citado. Pero, que al tratarse, por otro importante sector de la doctrina y la jurisprudencia, por los marcos de la causa del negocio entonces sí que tuvo aceptación, pues en la simulación absoluta, se dice, hay carencia total de causa y en la relativa la causa perseguida por los simulantes es falsa. De lo cual concluyen: “la esencia de la simulación radica en el acuerdo simulatorio entre las partes.” “(...) las partes, al realizar un negocio simulado, intentan conseguir una finalidad muy concreta. El intento de alcanzar esta finalidad para su negocio opera como causa”. Mas, los mismos autores consideran “(...) la existencia real de un fin de engaño de uno u otro tipo tiñe el negocio entero. Por esto más que un defecto de causa, la anomalía negocial y la razón de la represión de la simulación hay que encontrarla en el engaño y en la necesidad del triunfo de la verdad”.

(10) Tal como lo ha afirmado el catedrático español CLAVERÍA GOSÁLBEZ en fecha cercana. A su consideración “(...) El Código Civil cubano vigente, en línea con otros códigos modernos o de moderna concepción, como los dos alemanes o el portugués vigente, teóricamente prescinde de la causa, pero no puede esquivarla, pues ésta aparece fatalmente al regular el enriquecimiento indebido (artículos 47 y 100 y ss.), la simulación (artículo 67) o el contenido del contrato (artículo 312). No se olvide, además, que se trata de un Código Civil causalista, pues, a diferencia, por ejemplo, del BGB, la

Lo que sí entiende el legislador cubano es que aquellos actos que persigan un fin aparente a la realidad jurídica sin ánimo de producir efectos jurídicos, o de que en éstos se encubran otros, la irregularidad con la que serán tachados es de nulidad radical salvo el supuesto descrito por el inciso f) del artículo 67, caso en que el acto disimulado o encubierto será válido para las partes siempre que reúna los requisitos esenciales para su validez, previa nulidad del negocio-pantalla.

Esta última posición de nuestro Código Civil es el que más llama la atención cuando se pretende burlar los cercos de un derecho de crédito anterior al acto o evadir la legítima de algún "heredero" especialmente protegido, incluso saltarse las normas tributarias. Incertidumbre que irá develando en el decursar de los epígrafes que propongo.

III. COMPRAVENTA SIMULADA Y DONACIÓN DISIMULADA O ENCUBIERTA. DE SU NULIDAD A SU "PRESUNTA" EXISTENCIA

Una polémica tanto doctrinal como jurisprudencial que no ha tenido para cuando acabar es, la de si una donación de inmueble encubierta en una compraventa será válida y eficaz en cuanto resulte nula la venta que le sirve de máscara. Es decir, ¿servirá el instrumento público en la cual se ha disimulado la donación de inmueble para cobijar a ésta bajo el manto de la legalidad o una vez puesta cara a cara la donación de inmueble a la realidad jurídica será inexistente la misma por falta de forma, aun cuando la escritura pública es el medio idóneo y común entre ambos contratos para su existencia y validez?

A través del aforismo latino: "*plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur*" se patentiza, como principio general, el que la sustancia del negocio prevalece a la declaración que los contratan-

propiedad y los demás derechos reales, se adquieren, entre otros modos, mediante actos jurídicos de contenido controlado y manifiesto seguidos de la entrega (artículo 178) (...)." *Vid.* CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis H., "Las diversas funciones de los actos jurídicos gratuitos", en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., (coord.) *Contratos Gratuitos*, ed. Temis S.A, Ubijus, Reus, Zavalía, Bogotá, México, D.F., Madrid, Buenos Aires, 2010, p. 18.

tes han querido dar a su manifestación de voluntad. Pero, como precavidamente advierte ROTONDI (11), la excepción se establece en orden a aquellos negocios que requieren *ad substantiam*, bajo pena de nulidad, una determinada forma.

No obstante, las incógnitas formuladas me hacen caer de lleno en la médula de esta ponencia. Mas, creo preciso sondear, desde un punto de vista conceptual, las categorías jurídicas reflejadas en el epígrafe.

Es compraventa simulada aquel acuerdo en el cual las partes contratantes (vendedor y comprador simulados) formalizan un supuesto contrato de compraventa con reflejo aparente del precio, pero que, o nunca llega a ser entregado por el comprador simulado, o siendo pactado éste es ficticio; dándose paso a categorías como las denominadas compraventas a precio irrisorio o de favor, en las que el elemento real no cumple los requisitos exigidos. Esto es: el precio deja de ser real o verdadero, determinado y consistente en dinero o 'signo que lo represente' (12), formándose consecuentemente un negocio distinto al querido por las partes. Por tanto, aquí el precio funciona, como dice PERAL COLLADO, como contraprestación a la entrega de la cosa y delimita la naturaleza institucional del negocio. Manifestándose la veracidad como requisito de capital importancia, ya que si fuere simulado se transformaría la naturaleza del contrato, convirtiéndose en una donación (13).

(11) Vid. ROTONDI, Mario, *Instituciones de Derecho privado*, (Prólogo, traducción y concordancias al Derecho español por Francisco F., VILLAVICENCIO), ed. Labor, SA, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Río de Janeiro, México, Montevideo, 1953, p. 147.

(12) Con esta frase, ambigua en sí, deberá entenderse por signos análogos al dinero: el papel moneda, los títulos valores o efectos del comercio. Dentro de los que cabe el denominado **cheque de gerencia** a la que hace alusión la novedosa Resolución 85/2011 de 31 de octubre, del Banco Central de Cuba al disponerse que será ese el instrumento comercial idóneo para la formalización de compraventa de inmuebles o de posibles compensaciones entre permutantes.

(13) Cfr. PERAL COLLADO, Daniel, *Obligaciones y Contratos Civiles*, Curso Dirigido, Ministerio de Educación Superior, La Habana, 1980, pp. 245-246.

Para un estudio acabado en la doctrina latinoamericana sobre la incidencia e importancia del precio, en especial al tema del precio simulado y su distinción con otras categorías en la compraventa, remito a: CASTILLO FREYRE, Mario, *El precio en el contrato de compraventa y el contrato de permuta*, 2.^a

Vista la definición de la compraventa simulada bien poco quedaría por decir entonces en sede de donaciones disfrazadas o disimuladas. El fenómeno sería la antítesis de la venta fantasma, es decir, no habiendo tal venta por falta de precio cierto el disfraz que solapa a éste se rasga por la fuerza de la verdad, develando una donación maquillada que, a la postre, nada impediría su validez, siempre y cuando reúna los requisitos esenciales para su constitución, y las partes así lo hayan deseado.

Pero, en estos predios la solución legal no es tan sencilla como aparentemente se deja ver, porque, aun y cuando la donación disimulada presente todos y cada uno de los requisitos exigidos *ex lege* para sobreponerse en el tráfico jurídico, los mandamientos legales (14) dan como remedio al acto simulado la nulidad radical del mismo por fundarse en una "causa falsa". Lo que conlleva a que la calificación que ha dado el fedatario público en el encabezamiento del instrumento carezca de realidad, pues es incompatible el contenido del documento con el *nomen iuris* consignado; y no sólo esto, la inscripción en el registro correspondiente se vería ofuscada por el quebrantamiento de uno de los eslabones de la cadena jurídica, siempre que el acto sea susceptible de inscripción.

Por eso fue necesario sacrificar una parte de este artículo al análisis generalizado de la simulación, pareciendo hacer más dilatado el fondo de la cuestión que como explica el maestro VALLET DE GOYTISOLO "(...) el problema general de la simulación viene involucrado con el de los actos fraudulentos y, al ser una donación de inmuebles el negocio disimulado, con el de la extensión del requisito de la forma a estas donaciones, para resolver si ésta debe comprender necesariamente la expresión de su causa" (15).

El supuesto de simulación relativa en el contrato de compraventa se decanta por los moldes de una donación encubierta. Según re-

edición, Biblioteca para leer el Código Civil, vol. XIV, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, pp. 371 y ss.

(14) Así los artículos 955 y siguientes del Código Civil argentino, artículo 1157 del Código Civil de Venezuela, artículos 190 al 194 del Código Civil peruano, artículos 543 al 545 del Código Civil de Bolivia, artículo 1228 del Código Civil puertorriqueño, artículos 1131 y 1133 del Código Civil francés.

(15) VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., "Las donaciones de bienes inmuebles disimuladas según la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXV, fascículo III, julio-septiembre, MCMLXXII, p. 674.

cientes notas jurisprudenciales como la Sentencia de 5 de mayo de 2008 del Tribunal Supremo español: "La nulidad de una compraventa por simulación relativa de la causa, no priva *per se* de eficacia a la donación encubierta, en cuanto la autentica voluntad negocial, disimulada bajo la apariencia de una compraventa sin precio, encuentra su causa verdadera y lícita en la voluntad del donante". Advierto, no obstante, algunas cuestiones que a simple dicho no son tan fáciles de demostrar y en ello va el hecho de la probanza de que la causa perseguida por los autores del contrato disimulado realmente no dañe intereses de terceros, para lo cual es imprescindible que se demuestre la licitud de la causa; en pocas palabras: que se descubra la verdadera intención de donar sin lacerar intereses superiores de terceros (legitimarios o acreedores).

2. REQUISITOS PARA QUE SOBREVIVA EL NEGOCIO DISIMULADO

La doctrina científica ha sido cautelosa al delimitar los requisitos que debe poseer el negocio disimulado, con especial énfasis en la donación, para que sobreviva a la declaración de ineficacia del contrato simulado. Así, quien pretenda validar la eficacia de la donación disfrazada deberá:

1. probar la realidad de la donación disimulada;
2. la veracidad y constatación de los requisitos formales y sustanciales de la donación disimulada;
3. que el *animus* perseguido por los simulantes no sea de tal magnitud que obtenga fines fraudulentos que vicien totalmente la celebración de la compraventa simulada y tiña de nulo, incluso la donación disimulada por arrastrar la causa a ilicitud; y,
4. que la donación disfrazada no quebrante legítima de algún legitimario, en pos de evitar su posterior reducción.

Una vez probada la simulación del contrato oneroso se hace necesaria la probanza del disimulado, siempre que no se haya fijado ya este particular, y a tal fin están en manos de los interesados los medios de prueba correspondientes dentro de los que cuentan las presunciones, siempre que "entre el hecho demostrado y aquél que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio racional" (*cfr.* artículo 353 de la Ley de Procedimiento

Civil, Administrativo, Laboral y Económico cubana). De modo que al faltar la prueba del contrato disimulado habrá que seguirse por los supuestos de la simulación absoluta y dictaminar la nulidad del acto (*cfr.* artículo 67 e) del Código Civil cubano). Adpero, no es suficiente con demostrar que la función económica de la donación es verdadera, es necesario, además, demostrar su licitud y ello nos conlleva a la comprobación de si la causa es la de mera liberalidad o beneficencia que es la realmente perseguida en la donación, o sea, que realmente exista *animus donandi*. De mano a estas cuestiones quedaría nada más velar porque los requisitos que acompañan a la donación disimulada sean los propios a su naturaleza, o dicho de otra forma, es menester que se cumpla con los requisitos esenciales para la validez de la misma, tales como: capacidad de las partes, objeto sobre el cual recae el consentimiento y la causa, así como la forma exigida para este acto, además de que no contravenga preceptos de naturaleza imperativa. "*Contractus simulatus valet secundum id, quod actum est, si eo modo valere possit*".

Sin más preámbulos pasemos a analizar la extensión de la forma dentro de la presunta validez de la donación encubierta en una compraventa.

Sin lugar a dudas resucito uno de los temas más candentes en doctrina y jurisprudencia de todos los tiempos. El hecho de la virtualidad jurídica de la donación de inmuebles disimulada en escritura pública de compraventa ha llevado de la mano todo un derroche de tinta en la literatura jurídica; pero, en resumidas cuentas, las direcciones tomadas por los autores y magistrados estriban en tres líneas fundamentales.

Una primera parte por la opinión negativa. Criterio fundado en que la escritura pública de compraventa, por no ser escritura pública de donación no cumple el requisito fijado en el artículo 633 del Código Civil español, pues no consta en esta ni la voluntad de donar, ni la aceptación del donatario (16). La segunda, acepta la validez

(16) Así las más sobresalientes son: las Sentencias de 3 marzo 1931, 22 febrero 1940, 23 junio 1953, 29 octubre y 5 noviembre 1956, 5 octubre 1957, 7 octubre 1958, 19 octubre y 9 diciembre 1959, 10 y 20 octubre 1961, 1 diciembre 1964, 13 mayo 1965, 14 mayo 1966, 22 abril 1970, 4 diciembre 1975, 6 octubre 1977, 24 febrero 1986, 24 junio 1988, 7 mayo y 23 julio 1993 y 10 noviembre 1994; todas del Tribunal Supremo español.

de las donaciones de bienes inmuebles disimuladas y argumenta su criterio en que la forma del negocio disimulado es la propia de una donación, de manera que se cumple con el requisito formal (17). Y una última opinión que se somete a la estimación de las circunstancias de cada caso para decidir sobre la validez o no del negocio disimulado (18). Con todo y con eso, en la *communis opinio* prevalece el primer criterio.

En ese sentido consideraba CASTRO Y BRAVO, en crítica que realizara a los planteamientos de FERRARA y BETTI, quienes dieron credibilidad a la figura de la validez de la donación disimulada bajo venta incierta en caso de que estuvieran presentes los requisitos de fondo y sustancia del negocio disimulado bastando tan sólo que la venta simulada se hubiere formalizado en documento público, que las mismas adolecen de veracidad y en su lugar expuso lo siguiente: "(...) a) porque la forma no se impone sólo ni primordialmente en favor del donante, y porque hasta la protección misma de éste queda disminuida, al no consultar abiertamente con el notario y al no quedar garantizada debidamente la facultad de revocación (no se le harán las advertencias legales, art. 194, R.N.); b) se afirma lo que es la cuestión, pues se trata de saber si la ley exige que la misma donación se otorgue en escritura pública; c) aquí no se trata de aplicar los principios del fraude de ley, sino la nulidad de los actos contra la ley; d) porque la desaparición de un uso, la condena de una figura basada en la mentira y la amenaza de interés nacida precisamente por poner en peligro otros intereses superiores (del Fisco, de la familia, de los acreedores y demás terceros) no parecen motivos suficientes para adoptar la solución propuesta" (19).

(17) Como las de 29 de enero de 1945, 19 enero y 24 marzo 1950, 13 febrero 1951, 2 junio y 16 noviembre 1956, 15 enero 1959, 22 marzo y 26 junio (se encubre en préstamo) 1961, 16 octubre 1965, 20 octubre 1966, 10 marzo 1978, 7 marzo 1980, 31 mayo 1982, 19 noviembre 1987, 9 mayo 1988, 23 septiembre 1989, 21 enero, 29 marzo, 20 julio y 13 diciembre 1993, 6 octubre 1994, 14 marzo 1995, 28 mayo 1996, 30 diciembre 1998, 2 noviembre y 14 diciembre 1999; también del Tribunal Supremo español.

(18) Esta última opinión la mantuvo el Alto Foro español en la Sentencia 19 de noviembre de 1987, 23 de septiembre de 1989, 22 de enero de 1991, 30 de diciembre de 1999, 18 de marzo de 2002 y 7 de octubre de 2004.

(19) *Apud.* VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *op. y loc. ult. cit.* p. 679.

Es cierto, y en ello coincido parcialmente con las objeciones formuladas por el ilustre profesor español de que al no declarar ante notario público la veracidad del negocio subyacente corre el riesgo el vendedor-donante de no ser puesto al corriente de las desventajas que pudieran acompañarle tras un acto de inmadura deliberación, a cuyo tenor no solo se estará privando de protección jurídica a él mismo, sino a terceras personas (legitimarios o acreedores). Pero, mantener una afirmación sobre las líneas de advertencias legales y asesoramiento jurídico no constituye, a mi juicio, razón suficiente para decretar la nulidad de la donación disimulada tras simulada venta. La labor asesora del fedatario es preciosa y de peso a la hora de resolver el usuario conforme su pretensión, así como las advertencias legales que pueden ser acompañadas en el instrumento público que para el caso es una escritura pública, pero no dejan de ser meras inobservancias reglamentarias que en nada empañan la eficacia del acto jurídico ni del instrumento público (cfr. artículo 11 y 16 de la Ley de las Notarías estatales, Ley núm. 50 de 28 de diciembre de 1984).

El resto de los motivos que alude CASTRO Y BRAVO quedan justificados, en mi opinión, en el siguiente tenor: si tras la declaración de nulidad de la venta contenida en escritura pública y puesta de manifiesto la donación disimulada se aplican a ella sus consecuentes regulaciones jurídicas, esto es, se aplican las reglas ordenadoras de la eficacia asignadas a las donaciones fuere cual fuere el tipo de ésta, salvándose de este modo cualquier acto fraudulento contra terceros (fisco, derechohabientes del donante, legitimarios o acreedores), incluyendo al propio donante, mediante la primacía del tipo negocial usado, además, se pondera su virtualidad sobre la base de que: *"si las partes han querido concluir un contrato distinto del aparente, tiene eficacia entre ellos el contrato disimulado con tal que subsistan los requisitos de sustancia y forma"*, (20) pues aquí tan sólo no se desvanece el negocio simulado, sino que su estructura formal sirve de columna al negocio disimulado. Por tanto, la escritura pública quedaría reservada como elemento de validez y eficacia a la donación disfrazada la que a fin de cuentas –me refiero siempre a la donación de inmuebles– necesita de la forma *ad solemnitatem* para su subsistencia.

(20) Cfr. artículo 1414 segundo párrafo del Código Civil italiano.

Lo cierto es que, y no trato de negarlo, para llegar a lo que se propone se debe acudir necesariamente a la vía judicial y consiguiente obtención de sentencia condenatoria de la venta simulada para dejar al aire libre la donación encubierta, razón por la cual autores (21) del Derecho Moderno niegan validez a este enfoque, al decir que con ello se fomenta la litis entre las partes. Sin embargo, me parece lógico y ajustado a derecho que sea esta la única vía posible con todo y cuanto atraiga contienda entre las partes, porque es que: ¿acaso no es un mal necesario y de utilidad para los terceros perjudicados?

La nulidad parcial de los actos celebrados con intención de encubrir otros alcanza al negocio fantasma, pero deja incólume al descubierta siempre que éste reúna los requisitos de validez y eficacia y las partes así lo consientan, de la cual no se escapa el elemento 'forma', el que, en mi opinión, no sufre laceración alguna; si bien, lo que se concibe nulo en todo caso es el acto jurídico contenido en la forma, no la escritura pública en sí, pues el notario autorizante del acto no ha incumplido con las exigencias de elaboración del documento y en su lugar no están presentes las causales de nulidad de los instrumentos públicos notariales (22) (*cfr.* artículo 16 de la

(21) Me refiero a Silvia DÍAZ ALABART, "La nulidad de las donaciones de inmuebles simuladas bajo compraventa de los mismos en escritura pública", en *Revista de Derecho Privado*, 1980, pp. 1106 y ss.

Criterio jurisprudencial seguido también por el magistrado Antonio GULLÓN BALLESTEROS al resolver en la Sentencia Núm. 1394/2007, de 11 de enero, de la Sala I de lo Civil del Tribunal Supremo de España en su cuarto Fundamento de Derecho, que: "*Finalmente, hay que decir que el criterio favorable a la validez de la donación disimulada propicia por sí mismo fraude a los acreedores y legitimarios del donante, en cuanto les impone la carga de litigar para que se descubra la simulación, a fin de que se revele el negocio disimulado, y una vez conseguido, combatirlo si perjudica a sus derechos (acción rescisoria) o para que sean respetados (acción de reducción de donaciones por inoficiosidad). Por todo ello se estima el motivo.*", en <http://www.sentencias.juridicas.com> consultado en fecha 15 de diciembre de 2011.

(22) En este supuesto la escritura queda carente de contenido, pero mantiene su utilidad en el tráfico jurídico. Ya no por la oponibilidad del contrato hacia terceros, sino por razones históricas o docentes, si bien en el cuerpo del documento se plasman datos como la fecha, el lugar, el notario autorizante, además de contenerse en su parte expositiva el título adquisitivo, descripción y tasación del bien, que en algún instante del bregar

Ley 50/84), en cuyo caso sí se vería en desventaja tanto la forma como el contenido por ser de los actos que requieren de la 'forma *ad substantiam*' como elemento de validez. Suceso que extiende sus efectos nocivos hasta la inscripción registral. Entonces ¿qué interés aportaría llevar más lejos la nulidad de la donación disimulada? ¡Ahorremos jurisprudencia y hagamos honor a la voluntad de las partes conforme a su buena fe!

¿...Y en el Derecho cubano qué dirección tomar entonces? En consecuencia al debate que se matiza es dable dejar sentado que la fórmula propuesta en el artículo 374.1 de nuestro Código Civil es fiel reflejo del 633 del Código Civil español y lo confirma el hecho de que para la validez de la donación de inmueble la misma requiere de la forma escrituraria, o sea, la escritura pública. Posición que, al igual que el antiguo régimen legal, solicita la individualización de los bienes donados con expresión de las cargas y su posible aceptación en otro instrumento público, con lo que, a mi juicio, no habría tal donación, sí oferta de donación. Pero, que más preciso que el anterior Código el nuestro sitúa la donación entre los contratos traslativos del dominio y no sigue el criterio del Primer Cónsul en negarle naturaleza contractual; opinión que por fortuna se impone ya en España, pero que trajo consigo contundentes enfrentamientos por parte de la doctrina científica.

No obstante, lo anterior haría presumir que si ambas donaciones, –la cubana y la española– por las razones a las cuales quedan unidas en su concepción legal y que no es necesario explicar aquí por razones obvias, tienen un similar ADN, entonces, las mismas construcciones dogmáticas que esgrimen la doctrina y jurisprudencia le son perfectamente aplicables a una y otra sin más distinción que la ciudadanía. En este caso no habría más que hablar y cerráramos nuestra posición con la opinión dominante, mas no pienso del todo así.

jurídico coadyuvaría a solucionar alguna que otra duda *v. gr.*, del tracto en el registro público.

Sobre cómo se ha de proceder en la actividad notarial en cuanto al supuesto de ineficacia de un acto jurídico contentivo en documento público remito al artículo 47 de la Resolución núm. 70 de 9 de junio de 1992 "Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales".

Que la donación de bienes inmuebles requiere la forma notarial para surtir efectos jurídicos en el contexto legal, es cierto y no lo niego. Es la donación de viviendas un contrato, hoy por hoy, netamente formal y no tan solemne como antiguamente estaba concebido, si bien se ha desprendido de autorizaciones administrativas previas y en su lugar da riendas sueltas al ánimo liberal del donante frente al notario competente como muestra de flexibilizaciones en el orden político, económico y sociojurídico de nuestro país. Pero que a la corta o a la larga la escritura pública de compraventa simulada no sirva de armadura a una donación disimulada por ser contrario el contenido a la realidad de la calificación del instrumento, no creo sea tan justo.

Es verdad que las partes han simulado el acto y de conformidad a ello habrá que hacer sentir los requisitos descritos para argumentar la validez del negocio disfrazado, siempre y cuando así lo deseen los interesados, pero creo que atendiendo a razones de equidad y sobre todo de conservación del contrato, la donación enmascarada debe valer, aunque en escritura pública de venta. Las que en todo caso tienen un elemento común esencial para su perfección y eficacia, cual es: la forma, como forma de ser (*ad solemnitatem*) y no de valer (*ad probationem*), conectadas por sendas normas imperativas reguladas en los artículos 339 (compraventa de inmuebles) y 374.1 (donación de inmuebles) del Código Civil cubano, llamando la atención en este sentido la última parte de ambos preceptos al remitir la validez de tales contratos al cumplimiento de las disposiciones legales, para el caso de inmuebles apreciadas en la Ley General de la Vivienda, Ley No. 65 de 23 de diciembre de 1988 con las recientes modificaciones que en esta sede introdujo el novedoso Decreto-Ley Núm. 288 de 28 de octubre de 2011 (23), y en su lugar se admite la compraventa de viviendas entre personas naturales de conjunto a otros actos de dominio como la permuta y la donación, pero que coincidentemente entre la compraventa y la donación la ley especial manda a que los interesados formalicen ante fedatario público este acuerdo de voluntades, siendo la escritura pública el documento idóneo para materializar la forma exigida *ex lege*. Por tanto, la ley no distingue entre escritura propiamente de donación o de com-

(23) Cfr. artículo 2 de este Decreto-Ley a fin de ver cómo quedo redactado el artículo 70 de la Ley General de la Vivienda.

praventa, puesto que esa es una sola y para ambos contratos rigen las mismas disposiciones en sede notarial (*cfr.* artículos 13 a) de la Ley 50/84 y 40, 63, 65 y 70 de la Resolución 70/92). De lo cual se deduce, que en el ordenamiento jurídico cubano la forma exigida tanto a la compraventa como a la donación sirve indistintamente de una a otra, aunque se haya disimulado la donación de vivienda tras simulada venta, y en refuerzo a ello viene el artículo 206.3 del propio texto sustantivo civil cubano (24) en el sentido de entender que la forma se refiere más que a la constitución, a la transmisión del dominio (25) sobre la vivienda objeto del contrato y su necesidad de apreciación por las partes descansa en un argumento de mera previsión y de conveniencia de meditación del donante.

Por su parte, la calificación que encabeza el instrumento notarial difiere en gran medida de lo que contiene, llegándose a pensar que la transparencia jurídica que le impregna la fe pública notarial al contrato se ve manchada tras una manifestación de voluntad discordante con lo que en realidad las partes desean. Sin embargo, es de advertir que naciendo la calificación del acto de una mera labor interpretativa del notario en la cual trata de dar *nomen iuris* a la imagen que le manifiestan los comparecientes, éste lo que hace es acoplar esa voluntad abstracta en sí en un tipo de negocio determinado dentro del orden legal, busca asignar una naturaleza jurídica y hacer notar las normas imperativas que respecto al tipo de contrato

(24) Artículo 206.3 del Código Civil cubano: "*Si el acto se formaliza mediante documento público, el otorgamiento de éste equivale a la entrega del bien si de su contenido no resulta lo contrario.*"

(25) Es una posición que comparto con el profesor PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "La donación en el Código Civil cubano: ¿contrato con eficacia promisorio o dispositiva? Notas para atizar una polémica", en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., (coord.), *Contratos Gratuitos*, cit. p. 86, al dejar sentado la *ratio* del artículo 206.3 del Código Civil cubano con respecto a la eficacia traditoria instrumental. Si bien entiende "(...) que el legislador del Código Civil cubano (...) sitúa la llamada eficacia traditoria instrumental, con motivo de regular los diversos tipos de *traditio*, de ahí que el artículo 206.3 tenga efectos con una ola expansiva de más largo alcance que la que tiene el artículo 1462.2 del Código Civil español. Por ello, tal eficacia no solo se predica respecto de la compraventa, sino de otros contratos que persiguen la transmisión del dominio. De ahí que, instrumentada la donación de bienes inmuebles por escritura pública, el otorgamiento y autorización de ésta, al decir del propio legislador, equivale a la entrega del bien (...)"

deben observarse. "Esta calificación es de carácter técnico, pero su importancia es grande, ya que según el negocio de que se trate habrá de calificarse la capacidad y la legitimación de los otorgantes, así como el tratamiento jurídico que habrá de aplicarse al acto o negocio escriturado (...)" (26). Es, en mi opinión, un actuar perfecto por parte del notario, ya que califica atendiendo a la pretensión de los otorgantes sin percibir lo que en el fondo quieren, pues a pesar de sondear a los comparecientes con el objetivo de aconsejar e instruir sobre los derechos que les asisten no tiene modo de recavar en sus pensamientos más íntimos, siendo únicamente destruible la calificación en la vía judicial o registral manteniéndose por sobre todas las cosas la eficacia del documento, si bien, técnicamente, el fedatario no ha incurrido en causales que anulen la validez del mismo. De ahí que, la calificación del contrato se aparta de la voluntad de las partes y de sus declaraciones, es un proceder propio del notario como especialista del Derecho que es y en su defecto del juez o del registrador, porque en definitivas cuentas: 'los contratos son lo que son y no lo que las partes digan'.

A la luz de las recientes modificaciones operadas en el Derecho positivo cubano entiendo que se torna bien difícil, que no imposible, la simulación relativa de una compraventa de vivienda y lo sostengo en virtud de la intrasmisibilidad del cheque de gerencia por el vendedor a otra tercera persona (27). Me explico mejor, partiendo de entender que ese título valor en adelante resultará ser el signo representativo del dinero que entregará el comprador al vendedor al momento mismo del otorgamiento (28) del instrumento y de-

(26) LORA TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro y PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "Estructura del instrumento público notarial: una aproximación desde el Derecho español y el Derecho cubano", en PÉREZ GALLARDO Leonardo B., e Isidoro LORA TAMAYO RODRÍGUEZ, (coord.) *Derecho Notarial*, tomo III, ed. Félix Varela, La Habana, 2007, p. 229.

(27) Resolución 85 de 31 de octubre de 2011 del Banco Central de Cuba, Ordinal Quinto: "*El cheque de gerencia puede ser presentado a los efectos del cobro en cualquier institución bancaria de las autorizadas en esta Resolución, y no podrá transmitirse, ni cederse a terceros.*"

"*El cheque **caduca** a los sesenta (60) días contados a partir de la fecha de su emisión.*"

(28) Aunque el Decreto-Ley 288/2011 insiste en ubicarlo en el acto de formalización del documento público, prefiero sugerirlo en el otorgamiento que es en resumidas cuentas el momento en el cual quedan constreñidas

jando constancia de esto bajo su fe pública notarial el funcionario autorizante, las probabilidades de evadir ese momento son remotas porque la misma la exige la norma con carácter necesario para la configuración técnica del acto que se está realizando, y dudaría mucho que un notario relajase uno de los principales principios del decálogo notarial, como lo es: 'ceñirse a la ley lo más que pueda'.

No obstante, aun cuando la ley prohíbe la transmisión del cheque a favor de tercero y obliga al beneficiario, en este caso vendedor-donante, a reservarse la contraprestación obtenida tras el acto de disposición a título "oneroso" con la única finalidad, digo yo, de desvanecer la posibilidad de un acto simulado, cree que con ello podrá lograr ese propósito. Mas, el legislador cierra todas las puertas, pero deja abierta una ventana por la cual no duda en escapar el fenómeno de la simulación, o mejor, el *animus donandi* maquillado. Lo que sucede es que al dotar al título valor de un período de vida limitado (60 días) no se da cuenta que nada obsta a que el vendedor-donante deje vencer ese término (renuncia al precio) y por tanto no cobre su crédito, con lo cual no obtiene contraprestación económica y en su lugar ha realizado un acto de liberalidad.

Otro supuesto que, en mi opinión, daría cabida a la donación disimulada de inmuebles resulta del propio ordinal sexto de la Resolución 85/2011 del Banco Central de Cuba. Lo que sucede es que esta vez quien simula se puede apoyar en un negocio indirecto para lograr en fin su propósito. Según este ordinal: "*La sucursal bancaria en que se presente el cheque de gerencia, previa identificación del beneficiario, podrá según este disponga, pagarlo en efectivo o transferir el importe a una cuenta bancaria existente o a una nueva cuenta*", de lo cual cabría que, optando por la negativa del cobro, se disponga por el vendedor-donante la apertura de una cuenta bancaria (29) y atendiendo a la figura del beneficiario *mortis causa* en cuenta de ahorro (*cfr.* artículo 545.1 del Código Civil y regla decimocuarta de la Resolución 76/88, de 22 de abril del Presidente del Banco Popular de Ahorro) designe al comprador-donatario como su beneficiario, que aunque restrictiva la porción de la que

las partes por su propio consentimiento y aprobación de todo lo acontecido en el acto de celebración del contrato.

(29) Dentro de las que figura la cuenta de ahorro prevista en el artículo 445.1 del Código Civil cubano.

puede disponerse por esta vía (\$ 5000.00 Moneda Nacional) nada quita a que sea esta la suma total por la que se enajenó el bien, si tenemos en cuenta las características técnico-constructivas que presenta el inmueble y su ubicación geográfica. Cuestiones estas que resaltan hoy en día la valoración pecuniaria de los inmuebles, así *v. gr.*, si la vivienda está ubicada en zona urbana o rural, la composición y distribución de sus locales, la fecha de construcción, el estado técnico-constructivo, las áreas que presenta y la condición que se ostente sobre el terreno, son, sin dudas, elementos de gran valía al momento de fijar un precio entre los contratantes.

IV. SIMULACIÓN EN PERJUICIO DE LA LEGÍTIMA ¿NULIDAD O RESCISIÓN DE DONACIONES ENCUBIERTAS E INOFICIOSAS?

Los actos de disposición que realice en vida el causante en muchas ocasiones persiguen defraudar la legítima de algún especialmente protegido, porque a su entender éstos no merecen la atribución que les impone reservar el sistema de protección cuantitativa de la legítima. A su juicio tales herederos especialmente protegidos no merecen de ese *quantum*, y sus razones tendrán al tratar de esquivarla ino lo niego! Pero la realidad de los sistemas jurídicos ha sido totalmente diferente en su tratamiento, debido a que en algunos se nace *per se* siendo heredero forzoso, en tanto otros son variables y transitorios atendiendo a las especiales circunstancias que la propia ley exige, y mucho más cuando el testador es privado de su facultad de desheredar a uno o todos los legitimarios. En tal virtud se acude a cauces indirectos o ficticios que tratan de hacer valer el ímpetu del disponente en cuanto considera justo dejar sin nada a quien en momento determinado de su vida atentó contra su moral o demostró ser desagradecido.

En nuestro bregar jurídico diario encontramos personas deseadas de saltar esta restricción por considerarlas excesivamente protectoras y limitativas del *ius disponendi*, siendo, más que nunca, abundante y clara la labor asesora por parte del notario, si bien es a él a quien acuden en primer orden los usuarios en busca de consejos por esta razón. Los que al ser francos y manifestar su propósito defraudador de la legítima obtendrán respuestas contundentes y precisas en esta sede, tal vez inmune a sus oídos y amargas a

su conciencia por la imponente protección que la ley confiere a los legitimarios y la obligación de velar por ella que tiene el fedatario, quien deberá abstenerse de actuar en pro de evitación de futura contienda.

Empero, como he hecho notar ya, cuando las partes comparecen de mutuo acuerdo y con la concepción de encubrir la donación que se realiza bajo la forma de un contrato oneroso resultante de una compraventa y logran evadir el ojo clínico del notario, no podrá pensarse ni un solo momento que ya el acto es perfectamente válido, al menos de manera mediata. Si bien, todavía no escapan al contenido de las advertencias legales que sea capaz de redactar el notario, las que a mi juicio, tendrán efectos *ex nunc* y condicionarán la eficacia de la "compraventa".

Un problema nace de lo anterior en la práctica jurídica, y es precisamente el hecho de apreciar el tipo de corrección que habrá de aplicarse en uno u otro caso. Me refiero al tema de si lo que procedería en buena lid sería la nulidad absoluta de ambos contratos, uno por carecer de existencia al no estar presente uno de los requisitos esenciales para su constitución, como es la causa; y el otro, porque a diferencia del anterior sí presenta causa, pero torpe o ilícita al defraudar los derechos legitimarios.

Abundante jurisprudencia se ocupó del problema en España, siguiéndose por lo general dos direcciones diametralmente opuestas (30). Las que en uno u otro sentido ponderaban la nulidad radical de ambos contratos por defraudar la ley o la nulidad de la venta y consiguiente reducción de la donación inoficiosa por resultar dañina a los legitimarios, puesto que en este caso sí se había hecho coincidir consentimientos distintos capaz de crear un contrato lo que solapado en uno irreal, y al no contrariar los presupuestos de forma y aceptación (*cfr.* artículos 633 y 630 del Código Civil español), cabría su admisión y consecuente producción de efectos jurídicos, sólo que estaba sujeta a revisión una vez falleciera el autor del acto.

A mi juicio, es el maestro VALLET DE GOYTISOLO, quien con la excelitud que le caracterizaba, supo clarificar, el remedio jurídico sanador en estos casos y de ello expuso: "Destruído el artificio simulado y descubierto el negocio disimulado, también queda destruido el frau-

(30) *Vid.* VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., "Las donaciones...", *cit.* pp. 716-721, a fin de constatar toda la doctrina jurisprudencial que allí se cita.

de, puesto que cara a cara de la Ley queda el negocio disimulado al que directamente puede aplicársele ésta. En él no hay fraude, el fraude se intentó con la simulación que ha sido descubierta y consiguientemente destruida”.

“Frente a la donación disimulada no parece, pues, que hoy deba ser posible aplicar una nulidad por fraude superior a la que la afectaría de haberse hecho sin disfraz. Si a ésta ya no le son aplicables las normas de la un tiempo discutida inoficiosidad *re et consilio*, no vemos cauce para aplicarlas a las donaciones disimuladas. Cosa distinta sería si la transmisión simulada no tuviera ni siquiera internamente *animus donandi*, sino que únicamente hubiera obedecido a la intención de defraudar alguna legítima, porque entonces no habría donación alguna disimulada y la simulación sería absoluta. Si, además de aquél *animus fraudandi*, hay un *animus donandi*, ambos recaen en la donación, pero aquél queda circunscrito tan sólo a la medida en que ésta sea inoficiosa, puesto que en lo demás, la donación legalmente es posible sin limitación alguna” (31).

Por mi parte, considero prudente examinar en profundidad la función económica que despliega el negocio disimulado y si realmente hubo *animus donandi*, pero sin intención de burlar las disposiciones normativas en materia de legítima. De ahí que si el vendedor-donante simula la venta con el propósito de agraciarse generosamente a un tercero extraño o a uno de sus posibles sucesores (legitimarios, voluntarios o legales), o con la intención de remunerar a quien brindó cuidados y prestó ayuda a su persona o cualesquiera de sus parientes; la donación disimulada debe valer y de hecho lo es, lo único que sucedería es que a la llegada del óbito del vendedor-donante sus legitimarios enfrenten la validez del acto de enajenación de lo cual cabe la reducción por inoficiosidad de ésta al menguar la legítima de algún heredero forzoso. Pero, esto queda sometido a un juicio posterior y cuando ya no esté el autor del simulacro, por lo que la liberalidad disimulada valdrá en tanto no exceda de lo que puede darse o recibirse por testamento.

(31) *Ídem*. p. 723.

3. ¿POSIBILIDAD DE COLACIONARLAS?

Según entiende el profesor REBOLLEDO VARELA (32), "Como cuestión previa ha de decirse que el tratamiento de las enajenaciones onerosas realizadas en vida por el causante y el cálculo de las legítimas es claro: los bienes enajenados no forman parte del *relictum*, si se producen en favor de terceros nada tendrán que responder en la partición y lo mismo sucedería si se trata de un descendiente, pues los bienes estarán integrados en su patrimonio por título oneroso y no habrá que traerlos a la cuenta de la herencia, ni para la "colación" del cálculo de la legítima (art. 818) ni para la "colación" entre legitimarios (art. 1035)".

Juicio que acojo, pero que al ser conectado a las enajenaciones onerosas simuladas deberá brindarse entonces un tratamiento totalmente opuesto dada la existencia de donaciones disimuladas a las cuales habrá que aplicarles las normas imperativas que el ordenamiento jurídico les confina. No es que le atribuya naturaleza imperativa a las normas sobre colación, todo lo contrario, es bien sabido que a esta figura del escenario sucesorio se le imputa esencia dispositiva, pues se deja a juicio del donante la opción de imputarla o dispensarla, en la medida que ella no perjudique legítima alguna, porque la ley ordena a que la dispensa opere únicamente cuando la donación no exceda, de lo contrario sería rescindible en cuanto sobrepase (*cfr.* artículos 378 a) y 492.1, del Código Civil cubano).

Sobre este particular tendrá que detenerse el operador jurídico ha dilucidar, previa adjudicación de la herencia que pretenda hacer, ya que si se demuestra que la venta simulada se realiza a favor de uno de los especialmente protegidos y en el acto de partición concurren otros con idéntica cualidad, *ergo* deberá colacionar al *relictum* el valor de esas enajenaciones a fin de velar por una adecuada justicia distributiva entre legitimarios, tomando de menos quien se le haya anticipado disimuladamente (33).

(32) REBOLLEDO VARELA, Ángel L., "El legitimario ante la desheredación de hecho", en *Consejo del Poder Judicial, Derecho de Sucesiones*, 1995, p. 10.

(33) Téngase en cuenta que en el contexto legal cubano me acojo única y exclusivamente a la letra del artículo 530.1 del Código Civil. Supuesto que hilvana la colación hereditaria vía testamentaria y única posible, a mi juicio, porque la relación jurídica colacional estriba de heredero especialmente protegido a heredero especialmente protegido y estos son exclusivos

V. SUJETOS LEGITIMADOS PARA IMPUGNAR LA COMPRAVENTA SIMULADA. SUS DILEMAS

Convenientemente a cualquier idea que pueda llenar este espacio, es obligado disertar sucintamente sobre conceptos básicos en torno a la delimitación conceptual entre partes y terceros ajenos al negocio simulado. Ello, en mi criterio, coadyuvará a la mejor comprensión del fenómeno.

Las partes de un contrato, tal cual se estudia en las clases de pregrado, son los elementos subjetivos intervinientes en el vínculo contractual al cual quedan supeditados por su propio consentimiento e interés. Pero, por esto no quiere decirse que se limite a la existencia de un sujeto frente a otro, sino que la situación de hecho puede ser simple, como en el primer supuesto, o compleja con unidad o complejidad de sujetos, es decir, donde intervienen dos o más sujetos en diferentes planos. Es, como explica el profesor PÉREZ GALLARDO, "En el supuesto de pluralidad subjetiva (ya mancomunada, ya solidaria) estaríamos ante una única parte, si bien conformada por varios sujetos, sin que ello implicare que el contrato fuera plurilateral" (34).

Según LACRUZ BERDEJO "sólo cabe delimitar a los terceros de forma negativa: quien no es parte, quien no ha contratado por sí o por medio de representante ni es sucesor a título universal" (35). Añade este autor una nota interesantísima en este terreno y lo hace al reconocer al sucesor a título universal como parte del contrato, posición que si bien comparto se contrapone a ella alguna jurisprudencia del Tribunal Supremo español, negándoles legitimación a los herederos voluntarios o legales sobre el absurdo de que no pueden venir contra

de la sucesión testamentaria (artículos 492.1 y 493.1 del Código Civil). Por lo que refiere el Código en sede intestada no deja ser, en mi opinión, una ficción legal.

(34) PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "De la eficacia contractual I. Principios Generales", en OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la C., (coord.), *Derecho de Contratos*, tomo I, *Teoría general del contrato*, ed. Félix Varela, La Habana, 2003, p. 302.

(35) LACRUZ BERDEJO, José L., *cit pos.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *op. cit.*, pp. 313-314.

los actos de su causante, que para el caso en estudio se refiere al vendedor-simulador. Cuestión que volveré sobre ella más adelante.

Por su parte, el propio profesor PÉREZ GALLARDO (36) nos recuerda que en un sentido positivo los terceros son susceptibles de ser clasificados en: absolutos y relativos, siendo los primeros totalmente ajenos al contrato, o sea, frente a ellos prevalece la regla '*res inter alios acta*'; y los segundos, serán aquellos en los que con posterioridad a la concertación del contrato entran a relacionarse con las partes, a saber, los causahabientes a título singular, los acreedores de las partes, los terceros por cuya cuenta se promete una obligación y aquel respecto al cual el contrato surte efectos particulares, dentro de los que me atrevería a situar a los legitimarios.

Esta somera recapitulación teórica nos hace ver el amplio abanico de posibilidades que brinda el tema de la legitimación activa y lo peligroso de utilizar fórmulas restrictivas sin cavar, con la seriedad que merece, los intereses puestos en juego respecto a partes y terceros.

4. PROBLEMAS DE LEGITIMACIÓN Y MOMENTO DE IMPUGNACIÓN

La acción encaminada contra la simulación absoluta es de nulidad radical, por tanto, la acción, como defiende SANTOS CIFUENTES, es *declarativa* (37), no constitutiva, pues no busca crear un derecho nuevo o una situación jurídica que nazca a partir de la sentencia, sino que se reconozca una realidad escondida y que ya había nacido y estaba vigente antes de la demanda. Sin perjuicio de ello, una vez declarada la simulación del acto se puede iniciar otra acción de condena que surge del acto real descubierto o de la anulación del acto aparente que decreta la sentencia. Esta acción de condena, que sí es constitutiva (restitución, reivindicación de la cosa transferida a terceros, liquidación de un bien de la sociedad conyugal, colación, etc.), también se puede pedir acumuladamente a la acción declarativa de simulación, para que el mismo juez que declare inválido el acto simulado, disponga la condena pertinente. Además, se puede acumular a la de simulación la acción revocatoria o pauliana, pero solamente como subsidiaria, es decir, pedir que se declare simulado

(36) Cfr. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "De la eficacia..." cit. p. 314.

(37) Posición que también es compartida por el maestro Federico DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio...* cit. p. 356.

el acto que se denuncia como aparente, pero, para el caso de que no fuera aparente, se revoque por fraude a los acreedores (38).

Importa, pues, detenerse en los aspectos formales de la susodicha acción, o sea, analizar los supuestos necesarios para pedir la acción ante los tribunales, deteniéndonos exclusivamente en la llamada legitimación activa y pasiva (39).

Apuntó con acierto DE CASTRO Y BRAVO que: "(...) La acción de simulación no tiene carácter de acción pública y por ello se limita su

(38) *Apud.* SANTOS CIFUENTES, *Elementos de Derecho Civil. Parte general*, 4.ª edición actualizada y ampliada, ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 380 y 381.

(39) En este sentido ha dicho el Alto Foro cubano en su **Sentencia núm. 56/2001**, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Segundo Fundamento de Derecho, siendo ponente DÍAZ TENREIRO: *"que el principio de oportunidad, que responde básicamente a que es preponderante el interés del individuo, significa que el proceso civil no es el único sistema posible para la actuación del derecho objetivo de las personas ni para la restauración del derecho subjetivo violado o desconocido; aquél se aplica normalmente por los particulares y éstos, en el caso de violación o desconocimiento de su derecho subjetivo pueden acudir a varios medios para su restauración, uno de los cuales consiste en instar la tutela del mismo por los órganos jurisdiccionales del Estado, ejercitando el derecho a la jurisdicción; la incoación del proceso civil queda por tanto sujeta a la voluntad del titular del derecho subjetivo violado o desconocido, siendo ese titular el que debe decidir si es oportuno o no para la defensa de su derecho acudir a instar la tutela jurisdiccional, la cual no puede ser dispensada de oficio por el Tribunal, ni tampoco en virtud de persona distinta del titular del derecho subjetivo; por otra parte si el derecho subjetivo existe, y si la obligación correlativa existe sólo podrá saberse al final del proceso, pero de inicio el proceso sólo tendrá sentido si el que lo insta afirma ser el titular del derecho e imputa la titularidad de la obligación a quien demanda, se puede afirmar que la posición habilitante para formular la pretensión, o para que contra alguien se formule, ha de radicar necesariamente en la afirmación de la titularidad del derecho subjetivo material y en la imputación de la titularidad de la obligación; en el caso, alegado por la recurrente la falta de legitimación activa oportunamente propuesta e indebidamente negada en la sentencia, siendo procedente, no debe tener éxito alguno, ya que la legitimación en este caso le viene dada al que accionó de manera derivada, que a diferencia de la legitimación originaria, es en la que el demandante comparece al proceso afirmando ser el titular de un derecho subjetivo que originariamente pertenecía a otra persona –su hijo– habiéndosele transmitido de manera universal por ser su heredero, y acreditado en el proceso que el titular original."*

ejercicio, como en general todas las de naturaleza civil, a quienes tengan un justificado interés jurídico en su declaración. Como tales se han considerado directamente interesados los mismos que acordaron la simulación y sus herederos; de los terceros ajenos a la simulación, aquellos que por ella sufren un perjuicio o dejan de tener un beneficio conforme a un derecho ya adquirido; por ejemplo, acreedores, legitimarios, caso de doble venta, derecho de retracto (venta disimulada como donación). La legitimación pasiva, es decir, las personas a las que hay necesariamente que demandar para obtener la sentencia, se extiende a todos los que aparecen como partes en el negocio y a sus causahabientes (a título hereditario o por cualquier otro título en los derechos que se pretenden nacidos del negocio impugnado); además, contra cualquier persona que pretenda ampararse jurídicamente de algún modo en el negocio que se trata de impugnar. Dirigida a destruir una apariencia acusada de engañosa, habrá de entablarse la demanda contra todos los que se hayan opuesto (en base de la misma) a las pretensiones del actor" (40).

Es, en resumidas cuentas, un asunto de eficacia indirecta reflejada propiamente en el principio de eficacia provocada u oponibilidad contractual en sus dos manifestaciones: oponibilidad propiamente dicha y utilizabilidad del contrato, según se enfrenten partes contra terceros interesados o éstos y aquéllos (41).

Sin embargo, el problema de la legitimación activa cobra importancia en sede de herederos y legitimarios, debido a que los primeros ven restringido su campo de acción en cuanto la intenten sobre el negocio encubierto. Por su parte, la doctrina científica no parece pacífica al respecto y no es de extrañar que, además, alguna jurisprudencia (42) le niegue rotundamente legitimación sobre la base de los actos propios.

(40) Vid. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *op. cit.* pp. 357-358.

(41) Pero, en el primero de los supuestos es oportuno acotar que no les está permitido invocar la nulidad por los simulantes frente a terceros de buena fe; y que para el segundo, se admite el hecho de que los terceros sí puedan alegar la simulación frente a los simulantes. Vid. *per omnia*, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil... cit.* pp. 664-666; con la abundante jurisprudencia que se cita por el autor.

(42) Vid. *v. gr.*, las sentencias de 11 de marzo de 1960 y 17 de enero de 1973, ambas del Tribunal Supremo español.

La Cámara Nacional Civil de Argentina se ha pronunciado en idéntico

Sin pretender entrar en cuestiones que me alejen del centro del problema resuelvo admitir la tesis que dota al heredero voluntario o legal de capacidad sustantiva y procesal para impugnar la venta simulada por su causante sin que ello constituya un supuesto de *venire contra factum defuncti*, pero sólo en sede de simulación absoluta y no relativa por carecer de la cualidad de legitimario (43), caso que así acontezca; el que, en mi opinión, sí le es dable intentar la acción luego del óbito del causante, de lo contrario pretenderlo en vida del mismo sería adelantar un derecho expectante.

Lo cierto es que al heredero como sucesor a título universal que es de su causante (44), le está permitido arremeter contra un acto del *de cuius* en tanto entienda que ese acto nació contrario a la ley bien por impedirlo una norma de orden público, bien por

parecer al sentenciar: "*Quien participó en una simulación ilícita —sea absoluta o relativa— no puede invocarla tanto por vía de acción como de excepción, salvo que pretenda dejar sin efecto el acto sin obtener ningún beneficio, por lo que lo establecido en el artículo 958 del Código Civil sólo aprovecha a quienes no participaron en el acto simulado, es decir, en el acto ilícito. Interpretar otra cosa sería consagrar una gravísima inmoralidad significando un verdadero aliciente para la ilicitud en ciertas simulaciones, porque los participantes se dirían: arriesguémonos a lograrlo, total, siempre saldremos ganando, puesto que en el peor de los casos nos quedará una buena utilidad*" (CNCiv., sala C, 20-8-81, J.A. 1982-11-284.) *vid.*, Daniel CROVI, "De la simulación en los actos jurídicos", en CÉSAR RIVERA, Julio y Graciela MEDINA (directores), *Código Civil comentado, Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía, Hechos y Actos jurídicos* (artículos 896 a 1065), Rubinzal-Culzoni editores, Argentina, s. f., p. 432.

(43) La falta de legitimación no sólo se hace corresponder a la cualidad de legitimario, sino que figurando exclusivamente en ellos la condición de herederos no les es dable venir contra el negocio disimulado; primero: porque ese derecho le estaba vedado al causante, pues no figuraba en su órbita, y, segundo: porque atentar ahora contra la voluntad real manifiesta en el contrato disimulado supone un quebrantamiento con la teoría de los actos propios, específicamente contra los actos del difunto.

(44) Ha sido SANTAMARÍA ANSA, al decir de VALLET DE GOYTISOLO, *op. y loc. ult. cit.*, pp. 728-729, quien mejor ha explicado el dilema de la legitimación activa de los herederos voluntarios. Para este autor el heredero voluntario o legal "(...) está obligado a respetar los actos propios del causante, eficaces en Derecho, como lo estaría el mismo causante si viviera, y no puede impugnarlos por la simple circunstancia de que por ellos se haya aminorado el patrimonio de la sucesión. Pero, estará legitimado para impugnarlos cuando lo haga en ejercicio de acciones que hubiese podido articular el propio

carecer de algunos de los elementos de fondo o por defecto de forma, o que, habiendo nacido en el tráfico jurídico, después se hizo ineficaz con el consiguiente ejercicio de una acción conseguida a desmoronar el acto por determinado vicio o defecto sujeto a una posibilidad de rescisión –en sentido amplio– comprensivo de los remedios legales de la lesión, el fraude, incluso la inoficiosidad y otros defectos similares. Es a todas luces poseedor de un derecho subjetivo o un interés tutelarmente protegible, o una situación jurídica que el negocio simulado vulnera, por tanto, está legítimamente amparado (45).

No obstante, la opinión anterior precisa ser matizada de cara al Derecho cubano y lo digo en pro de la impugnación por el heredero de una donación disfrazada tras compraventa. En el Código Civil cubano el legislador entendió que el causante tiene poder suficiente para rescindir la donación por inoficiosa y en virtud de ello nada quita a que en nuestros tribunales se intente la pretendida acción, si bien, siguiendo la tesis de SANTAMARÍA ANSA, los herederos tendrán acción para ello cuando hubiese podido ser articulado por el propio causante. Por tanto, tal parece que según la *mens legislatoris* los herederos ordinarios del entorno cubano sí pueden impugnar las

causante, acciones que como heredero de éste le asisten en virtud de la transmisión sucesoria (...)”“(...) Así, podrá ejercitar:

- las acciones de anulabilidad, por vicio del consentimiento, cuando el causante se hubiese prestado por error, dolo, violencia o intimidación, y no mediare confirmación o sanación, ni tales acciones hubieran prescrito;
- las acciones rescisorias por lesión en los casos en que la ley la estuviera establecidas a favor del causante;
- las acciones de impugnación por simulación que hubieran podido asistir al causante cuando se pretendiera dar al acto simulado una realidad jurídica que efectivamente no tuviera, podrán también ser ejercitadas por los herederos;
- las acciones de nulidad por defecto de forma podrán o no ser articuladas por los herederos, según que la naturaleza del defecto de forma imputado al acto constituyera o no para el causante un motivo de impugnación”.

(45) Artículo 68 del Código Civil cubano: “*El acto jurídico nulo no puede ser convalidado y es impugnado en todo momento por parte interesada o por el fiscal*”.

donaciones inoficiosas disimuladas aun cuando en ellos no exista el más mínimo atisbo de legítima ¡Paradójico verdad!

A esta conclusión se llega tras interpretar sistemáticamente la normativa del Código Civil patrio, en razón de que a tenor del artículo 378 b) es rescindible por inoficiosa la donación que: "*comprometa los medios de sustento y habitación del donante conforme a sus necesidades justificadas o el cumplimiento de sus obligaciones*"; luego, el artículo 76 d) del propio texto dispone la rescisión de los actos validamente celebrados por los **causantes** en el caso de donaciones inoficiosas. Así resulta de la combinación de estos preceptos y la utilización del vocablo 'causantes' en sentido tan ambiguo. Consecuencia devenida tras la supresión de la facultad de revocación (46) al donante-causante de la donación disimulada.

Es factible que la norma vele por su seguridad y en defecto de la revocación impone el remedio de la rescisión por lesión, cuestión más alabada que criticable según mi opinión. Lo que sí siempre me ha resultado oscuro es el fundamento en que hace descansar el legislador esta acción del causante: "inoficiosidad", ¿es que acaso el legislador cubano entendió que el donante-causante tendría derechos legítimos en su propia sucesión? ¿Cómo podría probarse que quien dona da más de lo que puede dar o recibirse por testamento si aún no llega su día cierto? (47) Sin lugar a dudas este enrevesado

(46) Artículo 377 del Código Civil cubano: "*La donación no puede realizarse bajo condición ni revocarse después de la aceptación del donatario*".

(47) Con base al momento para determinar la oficiosidad o no de las donaciones se ha pronunciado la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo cubano en su **Sentencia núm. 58 de 23 de marzo de 2009**, bajo la ponencia de Orlando GONZÁLEZ GARCÍA al sostener en el primero de sus Fundamentos de Derecho: "(...) *para determinar si resulta inoficiosa una donación que hubiere en vida efectuado y que en consecuencia no podrá ser impugnada por tal en tanto no se produjere el fallecimiento del donante, puesto que es en ese instante que cabe valorar la ascendencia del caudal hereditario a los efectos de determinar si ese acto de liberalidad ha comprometido o no la parte reservada por el legislador para quienes eventualmente resultaran sus legitimarios especialmente protegidos, de haberse deferido la herencia por testamento, que importa la mitad de la misma, de la que el donante en tal supuesto no podía disponer en virtud de que el artículo cuatrocientos noventa y dos, apartado primero, del Código Civil, limita en tales casos al testador la disponibilidad de la herencia a la mitad de ella, reservando la restante a los mencionados legitimarios, habida*

supuesto atenta contra una correcta interpretación y aplicación del Derecho nacional, pues, qué lógica tiene el hecho de intentar una acción de rescisión por inoficiosidad de la donación si a los herederos ordinarios no se les reserva ninguna legítima.

La acción encaminada en estos predios carece de fundamentación y finalidad, hace inútil cualquier intento posible por parte de los herederos, los que al estar desprovistos de un derecho subjetivo (la legítima) no tienen modo de inutilizar los actos válidamente celebrados por su causante en caso de donaciones inoficiosas disimuladas.

Al legitimario, por su parte, le es dable dirigirse contra la compraventa simulada (simulación absoluta) y consiguientemente respecto a la donación disimulada (simulación relativa), en tanto y en cuanto merme su porción legitimaria, amparándose para ello sobre la base del principio de intangibilidad cuantitativa de la legítima porque en este caso sus derechos no nacen de la voluntad del testador, sino de la propia norma legal que se los otorga (*cfr.* artículo 492.1 y 2 del Código Civil cubano), sin posibilidad de desconocérselos, siquiera disminuíselos, pues a diferencia de los herederos no son continuadores de la personalidad jurídica del *de cuius*, independientemente del vínculo que para otros efectos le ligan con el causante de la sucesión. Es, en este aspecto, un tercero interesado en la impugnación.

La divergencia de legitimación entre herederos y legitimarios se hace corresponder al interés jurídico protegible entre uno y otro sujeto, dependientes, para los primeros, de la actuación del causante, y, los segundos, independientes a esa actuación. De esto se deduce lo siguiente:

*cuenta que obviamente entre el momento del otorgamiento del contrato de donación que se reputa de inoficioso y el deceso del donante es susceptible de variación el monto del haber hereditario y ello podría determinar que una donación que resultare eventualmente inoficiosa al momento de su otorgamiento no lo fuere al instante del fallecimiento del donante en que su herencia es transferida a sus herederos si en el ínterin hubiere experimentado acrecimiento el patrimonio de aquél". Vid., PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "Declaración post mortem de la inoficiosidad de la donación y la protección de la legítima (A propósito de la Sentencia núm. 58 de 23 de marzo de 2009 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo)", en *Revista Cubana de Derecho*, IV época, núm. 34, julio-diciembre, 2009, pp. 144-145.*

— el heredero tendrá las mismas acciones que le asistía al causante, siendo el interés de éste el mismo de aquel a quien ha sucedido;

—en cambio, el interés del legitimario nace de uno libre e independiente de quien sucede, si bien es la norma quien le impone la obligación al *de cuius* de su reserva y consiguiente asignación. Por tanto, el interés del legitimario no está enclavado al de su causante, todo lo contrario, ya que le es propio, ajeno a la voluntad del testador. Empero, la declaración de simulación del acto sólo le aprovecha hasta la integración de su cuota legitimaria, del resto no puede sacar ventajas.

Esa distinción no desaparece cuando en una misma persona se reúne las cualidades de heredero voluntario y de legitimario. Podrá actuar en el primer concepto y en el segundo, puesto que éste no es absorbido por aquél. Pero según cuál sea el concepto en que actúe, vendrán predeterminadas sus posibilidades y el ámbito de su acción (48).

Ahora bien, ¿qué sucede con los acreedores? Los acreedores son terceros por excelencia en la relación contractual que han celebrado los simulantes, pero ellos sólo instarán la participación del ente judicial cuando la simulación perjudique su derecho de crédito, o sea, cuando la simulación amenace su situación de hecho o derecho. Mas, lo que hay que tener presente en estos casos es la posición que asumen los acreedores respecto a los autores del negocio y en relación con sus herederos o legitimarios, es decir, habrá que valorarse si los acreedores lo son de los propios simulantes, de los herederos o los legitimarios, pues su determinación es vital para saber con qué medios cuenta para cobrar su crédito.

La acción de simulación, la revocatoria, incluso la subrogatoria, son acciones denominadas de recomposición del patrimonio, de modo tal que todas ellas poseen un interés práctico para la obtención de la pretensión de los acreedores. No obstante, cabe recordar que muchas veces la acción de simulación sirve de instrumento a la revocatoria y por ende ambas pudieran acumularse, a fin de probar si el acto es incierto o fraudulento procediéndose a declarar la nulidad absoluta o su consecuente rescisión por fraude de acreedores.

(48) VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., "Las donaciones...", *cit.* p. 733.

La situación parece agravarse cuando son los acreedores de los simulantes los que se enfrentan, porque los unos no les convienen la venta realizada por su deudor en cuanto aminora su patrimonio y sea proclive a insolvencia; en tanto los otros le interesa la adquisición obtenida por el fingido comprador. Unos y otros tratarán de abogar entre la nulidad por simulación y la mantención del negocio.

VI. A MODO DE CONCLUSIONES

Los derroteros transitados en este estudio alertan, abren pasos y vislumbran al operador jurídico de estos tiempos de cambios y reformas en el sistema socioeconómico y jurídico cubano, especialmente al cuerpo notarial, signatarios *per se* de una fe pública autenticadora de la legalidad que envuelve este tipo negocio jurídico.

Ofrecer los medios interpretativos y defensivos de cada momento a cavilar desde la concertación de la compraventa simulada, en las unidades notariales, y su necesario desenlace ante la Sala de lo Civil y de lo Administrativo de los Tribunales Provinciales Populares, así como el fino tacto con que habría de atenderse a la donación encubierta en simulada venta, para la que valdría la pena dar un voto favorable siempre que reúna los requisitos exigidos para su existencia y validez, daría muestra de una legalidad precavida, a tono con el orden legal, se rendiría culto a la voluntad de los otorgantes, conservaríamos el negocio realmente querido de cara con esa declaración y ahorraríamos jurisprudencia a costa de los usuarios; siempre que con ello no se dañe derechos subjetivos o estados de hecho de terceras personas ajenas al negocio, que no por eso quedan impotentes frente a los efectos jurídicos que éste despliega. Y aunque por lo general, en suelo patrio, se celebraban donaciones con ánimo de encubrir compraventas, la ecuación jurídica bien pudiera revertirse tal cual he apuntado en este artículo, debilitando otros intereses (herederos especialmente protegidos o convivientes con especial protección), quedando a salvo de la nulidad radical el negocio disimulado en tanto no perjudique legítima alguna o menoscabe derecho.

BIBLIOGRAFÍA

I. Fuentes doctrinales:

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil I, Introducción y parte general*, 15.^a edición, puesta al día de legislación y jurisprudencia, Ed. Bosch, Barcelona, 2002.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*, 9.^a edición, revisada y puesta al día, Tomo-I, *Introducción y Parte General*, Vol. II, *Teoría de la relación jurídica y los derechos subjetivos. Los derechos de la personalidad*, Ed. Reus, Madrid, 1955.
- CASTILLO FREYRE, Mario, *El precio en el contrato de compraventa y el contrato de permuta*, 2.^a edición, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XIV, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996.
- CÉSAR RIVERA, Julio y Graciela MEDINA (directores), *Código Civil comentado, Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía, Hechos y Actos jurídicos* (artículos 896 a 1065), Rubinzal-Culzoni editores, Argentina, s. f.
- DÍAZ ALABART, Silvia, "La nulidad de las donaciones de inmuebles simuladas bajo compraventa de los mismos en escritura pública", en *Revista de Derecho Privado*, 1980.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, Madrid, 1985.
- DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Volumen I, Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- DÍEZ PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, *Introducción, Derecho de la Persona, Autonomía Privada, Persona Jurídica*, 11.^a edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2003;
- OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la C., (coord.), *Derecho de Contratos*, Tomo I, *Teoría general del contrato*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2003.
- PERAL COLLADO, Daniel, *Obligaciones y Contratos Civiles*, Curso Dirigido, Ministerio de Educación Superior, La Habana, 1980.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "Declaración *post mortem* de la inoficiosidad de la donación y la protección de la legítima (A propósito de la Sentencia Núm. 58 de 23 de marzo de 2009 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo)", en *Revista Cubana de Derecho*, IV época, Núm. 34, julio-diciembre, 2009; "_____", (coord.) *Contratos Gratuitos*, Ed. Temis SA, Ubijus, Reus, Zavalía, Bogotá, México, DF, Madrid, Buenos Aires, 2010.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., e Isidoro LORA TAMAYO RODRÍGUEZ, (coord.) *Derecho Notarial*, Tomo III, ed. Félix Varela, La Habana, 2007.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel L., "El legitimario ante la desheredación de hecho", en *Consejo del Poder Judicial, Derecho de Sucesiones*, 1995.
- ROTONDI, Mario, *Instituciones de Derecho privado*, (Prólogo, traducción y concordancias al Derecho español por Francisco F., VILLAVICENCIO), Ed. Labor, SA, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Río de Janeiro, México, Montevideo, 1953.

- SANTOS CÍFENTES, *Elementos de Derecho Civil. Parte general*, 4.^a edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999;
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., "Las donaciones de bienes inmuebles disimuladas según la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXV, Fascículo III, julio-septiembre, MCMLXXII; "_____", "Negocios en fraude de ley, simulados, fiduciarios e indirectos", en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 14, abril-junio, 1995.

II. Fuentes legales

- Código Civil de la República de Francia** de 21 de marzo de 1804, 6.^a edición, Petit Codes, Dalloz, 1976-1977.
- Código Civil de la República de Argentina** de 25 de septiembre de 1869.
- Código Civil del Reino de España** de 6 de octubre de 1888, 16.^a edición, Cívitas, Madrid, 1993.
- Código Civil de Puerto Rico** de 1930, edición a cargo de Ramón Antonio GUZMÁN, Santa Fé de Bogotá, septiembre de 1993.
- Código Civil de la República de Italia** de 16 de marzo de 1942, Casa Editrice La Tribuna, Piacenza, 1993.
- Código Civil de la República de Bolivia**, Decreto-Ley núm. 12760/1975 de 6 de agosto, edición de 1998.
- Código Civil de la República del Perú**, promulgado por Decreto Legislativo núm. 295/1984 de 24 de junio, en vigor desde el 14 de noviembre de 1984, edición a de Jorge PALMA MARTÍNEZ, Ediciones y Distribuciones "Palma", Lima, 1994.
- Código Civil de la República de Cuba**, Ley núm. 59/1987 de 16 de julio, vigente desde el 12 de abril de 1988, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1988.
- Código Civil de la República de Venezuela**, reformado en julio de 1992, PANAPO, 1986.
- Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económica** con modificaciones introducidas por **Decreto-Ley Núm. 241/2006** de 26 de septiembre en Gaceta Oficial Extraordinaria de la propia fecha y año.
- Ley Núm. 50/1984** de 28 de diciembre, **Ley de las Notarías Estatales**, MINJUS, 1986 y su Reglamento, Resolución 70/92 de 9 de junio;
- Decreto-Ley 288 (modificativo de la Ley No. 65, de 23 de diciembre de 1988 "Ley General de la Vivienda")** de 28 de octubre de 2011, en Gaceta Oficial extraordinaria núm. 35, de 2 de noviembre de 2011, ISSN 1682-7511;
- Resolución Núm. 85 del Banco Central de Cuba**, de 31 de octubre de 2011, en Gaceta Oficial extraordinaria núm. 35, de 2 de noviembre de 2011, ISSN 1682-7511.

EL LEGADO DE EMPRESA FAMILIAR

(Primera parte)

Juan Faustino Domínguez Reyes

Doctor en Derecho

*Al Profesor Don Gabriel García Cantero
Con mi reconocimiento y gratitud*

Resumen: El presente trabajo aborda las formas que nuestro Código Civil regula para legar una empresa. Una vez que se ha optado por una de ellas, planteamos los problemas comunes a cada una: el protocolo familiar y su publicidad registral, el testamento del empresario y la asunción de deudas.

Palabras clave: Legado, empresa, familia, asunción de deuda, protocolo familiar, testamento y pactos sucesorios.

Abstract: This paper addresses the ways that our Civil Code regulates to leave a company. Once you have chosen one of them, we propose the problem common to each: family protocol and public registers, the will of the employer and the assumption of debt.

Key words: Legacy, business, family, debt assumption, family protocol, will and inheritance agreements.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. PRESUPUESTOS DEL LEGADO DE EMPRESA FAMILIAR EN EL CÓDIGO CIVIL
 - 2.1. Aproximación sustantiva
 - 2.1.1. Estudio del artículo 821 del Código Civil: el legado de incómoda división
 - 2.1.2. Estudio del artículo 829 del Código Civil: el legado de cosa cierta
 - 2.1.3. El artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil: la partición en interés de la familia
 - 2.1.4. El artículo 831 del Código Civil: la fiducia sucesoria
 - 2.2. La adquisición y pago de los legados
 - 2.2.1. La aceptación de los legados: Los artículos 881 y 882 del Código Civil
 - 2.2.2. La inscripción del legado: El artículo 81 del Reglamento Hipotecario
 - 2.2.3. El pago de las legítimas
 - 2.2.4. El pago a los acreedores: previo
 - 2.2.4.1. La asunción de deuda
 - 2.2.4.1.1. La asunción de deuda liberatoria
 - 2.2.4.1.2. La asunción de deuda cumulativa
 - 2.2.5. Recapitulamos
- III. EL PROTOCOLO FAMILIAR
 - 3.1. Contenido y estructura del protocolo familiar
 - 3.1.1. Introducción
 - 3.1.2. La importancia del testamento
 - 3.1.3. Concepto de empresa familiar
 - 3.1.4. El Protocolo familiar: concepto y naturaleza jurídica
 - 3.1.4.1. Concepto
 - 3.1.4.2. Naturaleza jurídica
 - 3.1.5. Estructura del protocolo
 - 3.1.5.1. Parte dispositiva
 - 3.1.5.2. Órganos de carácter familiar
 - A) Junta familiar
 - B) Consejo familiar
 - 3.1.5.3. Órganos de gobierno y dirección
 - A) El consejo de administración
 - B) El gestor
 - 3.1.5.4. La cláusula sobre el acceso y salida de los miembros de la empresa familiar

- 3.1.5.5. Cláusula relativa a la propiedad de la empresa
- 3.1.5.6. Cláusula sobre disposiciones testamentarias
- 3.1.6. La publicidad registral del protocolo familiar

IV. EL LEGADO DE EMPRESA FAMILIAR EN EL DERECHO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

- 4.1. La transmisión de la empresa en el Derecho de las Comunidades Autónomas
 - 4.1.1. Introducción
 - 4.1.2. Los pactos sucesorios en el Código de Derecho Foral de Aragón
 - 4.1.3. Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de las Islas Baleares
 - 4.1.4. El legado de empresa familiar en el Código Civil de Cataluña
 - 4.1.5. Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia
 - 4.1.6. El legado de la empresa familiar en el Fuero Nuevo de Navarra
 - 4.1.7. Los pactos sucesorios en el Derecho Civil Foral del País Vasco

ABREVIATURAS

A.C.	Actualidad Civil.
A.A.M.N.	Anales de la Academia Matritense y del Notariado.
A.R.A.J.L.	Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
A.D.C.	Anuario de Derecho Civil.
A.H.D.E.	Anuario de Historia del Derecho español.
A.D.G.R.N.	Anuario de la Dirección general de los Registros y del Notariado.
A.F.D.U.D.C.	Anuario de la Facultad de Derecho da Universidade da Coruña.
Art. (s)	Artículo (s).
A.P.	Audiencia Provincial.
B.A.V.D.	Boletín de la Academia Vasca del Derecho.
B.C.A.M.	Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.
B.O.C.G.	Boletín Oficial de las Cortes Generales.
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado.
B.G.B.	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán).
C.C.	Código Civil.
C.C.C.	Código Civil de Cataluña.

C. Com.	Código de Comercio.
C.G.P.J.	Consejo General del Poder Judicial.
C.E.	Constitución Española.
C.C.J.C.	Cuaderno Cívitas de Jurisprudencia civil.
C.D.C.	Cuadernos de Derecho y Comercio.
Dto. L.	Decreto Ley.
D.	Digesto.
E.D.J.	El derecho jurisprudencia.
E.J.B.	Enciclopedia Jurídica Básica.
E.J.E.	Enciclopedia Jurídica Española.
J.U.R.	Jurisprudencia de T.S.J. y A.P.
L.E.C.	Ley de Enjuiciamiento Civil.
L.H.	Ley Hipotecaria.
N.E.J.	Nueva Enciclopedia Jurídica.
P.	Partidas del Rey Alfonso X, El Sabio.
Pág. (s).	Página (s).
R.D.	Real Decreto.
R.H.	Reglamento Hipotecario.
R (s).	Resolución (s).
R.C.D.I.	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
R.D.C.A.	Revista de Derecho Civil Aragonés.
R.D.E.A.	Revista de Derecho Español y Americano.
R.S.	Revista de Derecho de Sociedades.
R.D.F.H.P.	Revista de Derecho Financiero Hacienda Pública.
R.D.M.	Revista de Derecho Mercantil.
R.D.N.	Revista de Derecho Notarial.
R.D. Patrimonial.	Revista de Derecho Patrimonial.
R.D.P.	Revista de Derecho Privado.
R.D.F.	Revista de Empresa Familiar.
R.E.J.E.S.	Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales.
R.G.D.	Revista General de Derecho.
R.G.D.R.	Revista General de Derecho romano.
R.G.L.J.	Revista general de Legislación y Jurisprudencia.
R.J.C.	Revista Jurídica de Cataluña.
E.J.E.	Revista Jurídica Española
R.J.Not.	Revista Jurídica del Notariado.
S.	Sentencia (s).
T.S.	Tribunal Supremo.
T.S.J.	Tribunal Superior de Justicia.

INTRODUCCIÓN

Nuestro ordenamiento jurídico no regula el legado de empresa familiar, salvo el art. 427-29 del Código Civil de Cataluña y la ley 246 del Fuero Nuevo de Navarra, que sin crear la universalidad la regulan cuando se produce. Tampoco existe un concepto de empresa familiar. Por tanto, cuando hay que transmitir una empresa tenemos que acudir a las normas de Derecho Civil.

La empresa familiar es aquella en que el capital, trabajo y propiedad están controlados por los miembros de una misma familia, cuyo propósito es la permanencia y continuidad en las siguientes generaciones como uno de los requisitos de la empresa. Así que el legado de empresa familiar sería la disposición testamentaria por la que el testador (empresario) designa a un legitimario (a título de legado) o un tercero para que continúe al frente de la empresa.

El presente trabajo se divide en tres capítulos. El primero desarrolla los arts. 821 (el legado de incomoda división), el 829 (el legado de cosa determinada), el 1056-2.º (la partición en interés de la familia) y el 831 (la fiducia sucesoria). Preceptos que permiten legar una empresa familiar.

Abordamos a continuación el mecanismo de aplicación a cada precepto cuando una vez atribuida una cosa determinada el mejorado debe pagar en metálico a los demás interesados, con la particularidad del art. 1056-2.º donde se pretende preservar indivisa una unidad orgánica: empresa o explotación económica en interés de la familia, en donde el beneficiario paga en metálico a los demás legitimarios, siendo posible el abono con efectivo extrahereditario. El art. 831 supone otorgar al cónyuge superviviente la facultad de distribuir los bienes por cualquier título. Concluimos el capítulo aludiendo a la asunción de deuda que el testador impone al legatario con liberación del heredero (asunción liberatoria) siempre que el acreedor lo consienta o el heredero pague las deudas pudiendo repetir contra el legatario (asunción cumulativa).

El capítulo segundo lo hemos dedicado al Protocolo familiar por entender que estamos ante una declaración de principios dirigida a los miembros de la empresa a continuar con la gestión de la misma. En el mismo capítulo tratamos el testamento del empresario, cuya finalidad es garantizar la continuidad de la empresa, designando

sucesor único respetando los derechos de los demás legitimarios. Hemos propuesto un concepto de empresa amplio y multívoco, sin encuadre determinado y sometido a dos características: existencia de la empresa y titularidad de la misma. Concluimos el capítulo aludiendo a la publicidad registral del protocolo, estimando su posibilidad como un supuesto de publicidad-noticia.

Por último el capítulo tercero lo hemos dedicado al Derecho de las Comunidades Autónomas en materia de empresa familiar, en donde Aragón, Baleares, Galicia y el País Vasco a través de los pactos sucesorios es posible transmitir la empresa familiar. Pero Cataluña, además del mencionado pacto sucesorio, heredamientos y atribuciones particulares, regula el legado universal de empresa, así como Navarra, que junto a los repetidos pactos sucesorios, también prevé el legado de empresa universal.

II. PRESUPUESTOS DEL LEGADO DE EMPRESA FAMILIAR EN EL CÓDIGO CIVIL

2.1. Aproximación sustantiva

2.1.1. Estudio del artículo 821 del Código Civil: el legado de incómoda división

El art. 815 del C.C. recoge la acción de suplemento de la legítima (*vid. Vallet de Goytisolo* 1991a: 2013), cuya finalidad consiste en que el heredero forzosos, a quien el testador haya dejado menos de la legítima, podrá ejercer la acción de suplemento (*actio ad supplemendam legitima*), que tiene su antecedente en la Novela 115 de Justiniano (*vid. O'CALLAGHAN MUÑOZ* 1971: 258) (1), y que, desde entonces, consiste en reclamar cualquier atribución patrimonial realizada por el testador que perjudique la legítima de los herederos forzosos. Como afirma DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (1983: 134), si por el art. 815 el testador es libre de dejar la legítima a título de legado, respetando el principio de igualdad cualitativa, se puede asignar en metálico el

(1) Los herederos no preteridos ni desheredados justamente podían ejercer la acción de impugnación, la *querella inofficiosi testamenti*, según la Novela 115 de Justiniano.

pago de la legítima (SSTS de 28-9-2005 [RJ\2005\154]; 20-6-1986 [RJ\1986\4558]; 9-5-1990 [RJ\1990\3696]).

Por otro lado, el art. 817 del C.C. dispone que “las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas”. Ambos preceptos (arts. 815 y 817), conjuntamente con el art. 821 del C.C., permiten al testador que no prive a los herederos de la legítima que le corresponde, pero sí puede [el testador] designar como legatario de una empresa familiar a un legitimario, como a un tercero (2). En ambos casos se aplicará lo previsto en el art. 821 del C.C. Frente a los que estiman que lo dispuesto en los arts. 1056-2.º y 829 atribuye el pago en metálico por voluntad del testador, en cambio, el art. 821 lo hace por voluntad legal (*vid. Domínguez Luelmo* 1989: 43). Para VALLET DE GOYTISOLO (1970: 92) y REAL PÉREZ (1988: 57), el asignado, el mejorado u ordenado legatario el pago en dinero de la legítima deriva de la voluntad del causante.

El art. 821-1.º del C.C. contempla una excepción al principio general según el cual las reducciones inoficiosas han de realizarse “*in natura*” (*vid. DOMÍNGUEZ LUELMO* 1989: 43). Así que, el legatario testamentario se queda con la cosa legada, siempre que dicha asignación sea indivisible o, al efectuarse la división, cause un detrimento económico. Así, como escribe LACRUZ (2009: 389), la reducción del art. 821-1.º del C.C. descansa en la naturaleza del objeto legado o en el deseo del legislador de evitar reducciones inoficiosas que puedan desembocar en subasta pública, a instancia de cualquiera de los interesados, que están previstos en el art. 821-3.º del C.C.

El art. 821 del mismo cuerpo legal regula la reducción del legado indivisible, al disponer que “Cuando el legado sujeto a reducción consiste en una finca que no admite cómoda división, quedará ésta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario para los herederos forzosos; pero aquél y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero.

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

(2) *Vid.* Díez PICAZO (1980: 319); SIMÓ SANTOJA (2005: 54) y POLO (1972: 21).

Si los herederos o legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en este artículo se venderá la finca en pública subasta, a instancia de cualquiera de los interesados" (3).

Este precepto se conoce como el "legado de incómoda división", que, en principio, está referido a bienes inmuebles; pero, en opinión de VALLET DE GOYTISOLO (1970: 89-90) (4), es extensible a cualquier bien e, incluso, compuestos o universales. El legado de incómoda división consiste en pagar en metálico la legítima de los descendientes o, como señala DOMÍNGUEZ LUELMO (1988: 40-41), el art. 821-1.º concede al legatario de finca inmueble sujeta a reducción la posibilidad de quedarse o no con la totalidad de la misma, debiendo abonar el exceso en dinero.

El legado sujeto a reducción porque no admite cómoda división, consiste en una facultad *ex lege* otorgada al legatario frente al legitimario, cuando concurra el supuesto previsto en el art. 821-1.º

(3) El art. 821 del C.C. tiene su precedente legislativo en el art. 650 del Proyecto de Código Civil de 1851, sirviendo este último de modelo al art. 806 del Anteproyecto de 1882-88. Dichos preceptos coinciden plenamente en su párrafo 1.º, pero, el párrafo 2.º del vigente art. 821 se redactó conforme al derogado art. 826 del Código Civil italiano de 1865. Sin embargo, el párrafo 3.º del mencionado art. 821 se inspiró en parte en el art. 651 del Proyecto isabelino. Ya que la redacción del vigente art. 821-3.º se aplica a los dos supuesto que regula: el legado de incómoda división y el supuesto del legatario de cosa indivisible de que sea a la vez un legitimario, en cuyo caso autoriza al mencionado art. 821-2.º a retener toda la finca. No obstante, ni el legatario ni el heredero hacen uso del derecho de la cosa, se venderá en pública subasta (art. 821-3.º).

GARCÍA GOYENA (1974: 99) en sus comentarios al art. 650 del Proyecto de 1851, no alude a los antecedentes españoles, sino a los extranjeros. Sin embargo, VALLET DE GOYTISOLO (1982: 363) estima que existe un antecedente en la P. 6.ª, tít. 11.º, Ley 2.ª, que dispuso: "La manera en que los herederos deban bajar de las mandas su parte legítima, a que llaman en latín *falcidia*". Esta ley que data del año 40 a C. (GAYO 2, 227) PAULO D. 35,2,1, reconoció plena libertad al testador para ordenar los legados, con tal que dejara a salvo una cuarta parte de la herencia para los herederos (*cuarta falcidia*). Así que, cuando el legado sobrepase de dicha cuota, era nulo por exceso; pero, si la cosa era indivisible, correspondía al legatario, pudiendo el heredero ejercer una *exceptio doli* a los efectos de ser compensado con dinero (*vid.* JÖRS Y KUNKEL [1965: 500] y VALLET DE GOYTISOLO [1982: 563]).

(4) Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ (2008: 827); SÁNCHEZ ROMÁN (1910: 966); SANTAMARÍA (1958: 811); DOMÍNGUEZ LUELMO (1988: 42); LACRUZ (2009: 389) y RIVERA FERNÁNDEZ (2011: 889).

del C.C. o, como sostiene VALLET DE GOYTISOLO (1970: 89), el mentado art. 821-1.º se fundamenta en dos límites: inoficiosidad e incómoda división. Si la inoficiosidad produce la reducción de una cosa indivisible, la ley permite que el legatario pueda quedarse con todo la cosa, previo pago en metálico del exceso habido.

El párrafo 2.º del mencionado art. 821 del C.C. contiene una regla especial dirigida al legatario, pues añade que además sea legítimo. Como se desprende de la dicción del referido art. 821, este ha de ser interpretado conjuntamente (*vid.* VALLET DE GOYTISOLO 1970: 74, DOMÍNGUEZ LUELMO 1988: 40), pues, de lo contrario, quedaría el legatario legítimo en peor situación respecto de un legatario extraño. Así que, el legatario que tenga derecho a la legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima.

Por último, si tanto los herederos como los legatarios no hacen uso del derecho que les reconoce este artículo, se venderá la finca en pública subasta (art. 821-3.º).

2.1.2. Estudio del artículo 829 del Código Civil: el legado de cosa cierta

El art. 829 del C.C. dispone que "la mejora podrá señalarse en cosa determinada. Si el valor de ésta excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados" (5).

(5) El art. 829 del C.C. tiene su precedente legislativo en el art. 814 del Anteproyecto de 1882, que dispuso: "El que hace la mejora podrá señalarla en cosa cierta, con tal que el valor de ésta no exceda del tercio destinado a mejora, de la cuota disponible y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, debiendo éste abonar a sus hermanos la diferencia, si la hubiere, en metálico o en valores". Es decir, se podrá imputar en cosa cierta no solo al tercio, y a la legítima del mejorado, sino también al tercio de libre disposición, además de compensar a los hermanos, y el resto, si lo hubiere, en dinero o valores. Este precepto tiene a su vez como precedente legislativo el art. 661 del Proyecto de Código Civil de 1851, que tomó como antecedente las Leyes 19 y 20 de Toro, que compiló el Derecho visigodo (*Dum Inlicita*), recogido por el Fuero Juzgo y sancionado por el Fuero Real y las Leyes de Estilo (Ley 213) (*vid.* LÓPEZ JACOISTE 1961: 25 y 49; VALLET DE GOYTISOLO 1982a: 563 y 568).

El profesor GARCÍA CANTERO (1955: 109-110) escribe que la cosa determinada puede ser una empresa, en donde el testador puede atribuir a título de mejora a un hijo, compensando a los demás. Ciertamente, de la lectura del precepto se puede plantear dos cuestiones: la primera es que la mejora puede señalarse en cosa determinada; y, la segunda, el mejorado deberá compensar en metálico a los demás interesados (*vid.* DE LA CÁMARA ÁLVAREZ 1964: 914; PALAZÓN GARRIDO 2003: 205), como se explica a continuación.

A) Hay que distinguir dos tipos de mejora: la mejora de cuota o mejora sin señalamiento de cosa determinada (art. 832), y la mejora en cosa determinada (art. 829) (*vid.* PUIG BRUTAU 1991: 53-54). El problema que plantea el art. 829 es que excluye el orden de imputación (*vid.* VALLET DE GOYTISOLO 1982a: 327; VELÁZQUEZ VIOQUE 2003: 81), lo que conlleva que el causante puede asignar una mejora de cuota con asignación de cosa determinada o una mejora de cosa determinada con señalamiento de cuota (*vid.* ROCA SASTRE 1976: 177). La diferencia estriba, escribe O'CALLAGHAN MUÑOZ (2008: 838), en que la primera cuota funciona como un tope máximo y mínimo; en la segunda, la cuota funciona como máximo de la asignación (*vid.* VALLET DE GOYTISOLO 1954: 76-77; Díez PICAZO y GULLÓN 1992: 466)(6).

De acuerdo con lo expuesto, habría que preguntarse cuál de las dos es la acogida por el art. 829 (7), o, como escribe LÓPEZ JACOISTE

(6) La doctrina no se pone de acuerdo a la hora de determinar el objeto de la mejora. Así, VALLET DE GOYTISOLO (1954:75) distingue tres modos: a) expresando la cuota; b) de cosa cierta; c) con asignación de una cosa determinada. LÓPEZ JACOISTE (1961: 12) distingue: a) la mejora en cosa pura y simple; b) la mejora en cosa determinada con asignación de cuota; c) la mejora en cuota con asignación de cosa; y d) la mejora en suma de dinero. Para SÁNCHEZ ROMÁN (1910: 1204), la mejora en fines determinados puede ser de tres especies: a) de cosa cierta; b) de cuota con asignación de cosa cierta; c) en bienes reservables. Para ROCA-SASTRE MUNCUNILL (1991: 212), se pueden distinguir tres formas: a) la mejora de cosa determinada; c) la mejora de cuota con asignación de cosa; c) la mejora de cosa determinada con señalamiento de cuota. Por su parte, ALBALADEJO (2003: 129) señala que la verdadera mejora en cosa determinada no consiste en una cuota con asignación de cosa, ni cosa con señalamiento de cuota, sino la mejora se puede imputar al tercio, si excede de la mejora, o al tercio de libre antes que a la legítima.

(7) Parece que la doctrina mayoritariamente está de acuerdo en que

(1961: 162), "se trata de saber si, a pesar de la letra del art. 829, el orden a seguir en la imputación de ese exceso es siempre el que indica dicho precepto o sí, por el contrario, cabe referirlo al tercio de libre antes que a la parte de legítima del mejorado". La imputación del mencionado art. 829 no alude al tercio de libre disposición, sino al tercio de mejora y a la parte de legítima, lo que ha llevado a la doctrina a si cabe dicha imputación en el tercio de libre. Sobre el particular han existido dos interpretaciones: a) la llamada literalista (8), que defiende la aplicación rígida del art. 829, y, por tanto, no cabe la imputación del exceso en el tercio de libre disposición; b) la llamada voluntarista (9), que sostiene que cabe la imputación no solo en el tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima, sino también al tercio de libre disposición y, en el supuesto de que excediera del límite, se procederá al pago de la diferencia en metálico.

B) El abono de suplemento en dinero constituye una reducción especial (*vid.* MORELL 1893: 264), o, como escribe LÓPEZ JACOISTE (1961: 182), "reducir, en general, es anular en parte las disposiciones del causante cuando resulte que fueron abusivas, en nuestro supuesto no hay anulación de parte de la disposición, sino, únicamente, de parte de un aspecto de la disposición otorgada en beneficio del mejorado". Ciertamente, en virtud del suplemento en metálico, se logra atribuir por entero al mejorado con los derechos pertenecientes a los demás interesados en la herencia. Este mecanismo de sustituir una cosa por su equivalente económico, a los efectos de satisfacer a los demás herederos, consiste en la desconexión del aspecto cualitativo respecto del cuantitativo de la mejora, que, en opinión de LÓPEZ JACOISTE (1961: 9), la mejora en

la mejora dispuesta en tal forma es la que está sometida al régimen del art. 829.

(8) SÁNCHEZ ROMÁN (1910: 1205); CLEMENTE DE DIEGO (1932: 241); CASTÁN TOBEÑAS (1979: 607-608); ROMERO VIEITEZ (1936: 113); y ESPÍN CÁNOVAS (1979: 310).

(9) ROCA SASTRE (1976: 362); LÓPEZ JACOISTE (1961: 117 y 167); DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (1964: 914-915); PUIG BRUTAU (1973: 70); VALLET DE GOYTISOLO (1954: 77); LACRUZ (2009: 371); PALAZÓN GARRIDO (2003: 213-217); MORELL (1893: 578-579); NANCLARES VALLE (2008: 118); HUERTA TRÓLEZ (2004: 115); y ALBALADEJO (2003: 127).

una cuota no altera su estructura cuantitativa; por el contrario, la mejora en una cosa concreta supone una ventaja cualitativa. De acuerdo con lo expuesto, la mejora en cosa cierta con asignación de cuota supone una auténtica mejora en cosa cierta, cuya atribución se efectúa mediante el suplemento en metálico, donde el mejorado se puede quedar con la cosa, cuando el importe señalado es superior a la cuota asignada (*vid.* LÓPEZ JACOISTE 1961: 192-193), y RDGRN de 9-3-2009 (RJ\2009\1861).

Si el testador hace uso del mencionado art. 829, la mejora de cosa cierta hace dueño al mejorado de bienes individualizados sin tener que pasar por el estado de indivisión de la herencia (*vid.* LÓPEZ JACOISTE 1961: 58); de ahí que la doctrina (10) estime que el legado de cosa cierta pueda abarcar a explotaciones industriales, comerciales, agrarias o fabriles, así como universalidades o complejos. Esto corrobora la amplitud que tiene la expresión "el legado de cosa determinada", cuando la SAP de A Coruña de 23-3-1985 (AC 2004/1866) dice: "El negocio de "pompas fúnebres" objeto de la cláusula testamentaria litigiosa ha de configurarse como un valor patrimonial consustancialmente unitario, susceptible de transmisión "mortis causa" en su integridad, respecto del que precisamente en aras de su conservación como unidad económica productiva e impidiendo su disgregación material como consecuencia de la sucesión hereditaria, resulta posible que constituye el objeto de una mejora en cosa determinada (también, en su caso, de un legado de cosa cierta). En efecto, la consideración del negocio objeto de la cláusula testamentaria litigiosa como unidad económica y funcional (integrada por todos los bienes inmuebles, muebles y derechos vinculados al ejercicio del mismo), resulta acorde con la jurisprudencia que se ha pronunciado en materia de transmisión de una empresa mercantil de carácter familiar, habitualmente a propósito de su consideración como una unidad indivisible a efectos de la partición hereditaria".(11)

(10) LACRUZ (2009: 371); VALLET DE GOYTISOLO (1982a: 393); LÓPEZ JACOISTE (1961: 93 y 294); ROCA-SASTRE MUNCUNILL (1994: 216); DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (1964: 925); y O'CALLAGHAN MUÑOZ (2008: 839).

(11) *Vid.* STS de 19-5-1951 (RJ\ 1951\1618).

2.1.3. El artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil: la partición en interés de la familia

El informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la Empresa familiar (BOCG, Senado, n.º 312, de 23 de abril de 2001, pág. 29), destacó que el fundador puede hacer uso de la facultad del art. 1056, párrafo 2.º, del C.C., cuando desee asegurar la sucesión a favor de uno de sus hijos.

El art. 1056, párrafo 2.º, del C.C., conforme a la Ley 7/2003, de 1 de abril (Ley Sociedad Nueva Empresa) (12), faculta al testador a que en interés de su familia o en atención a la conservación de la empresa quiera preservar indivisa una explotación económica o mantener el control de una sociedad de capital, pueda abonar en metálico la legítima de los demás interesados. El pago se podrá efectuar, incluso, en efectivo extrahereditario, siempre que no exceda de cinco años a contar del fallecimiento del testador. De no establecerse la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir la legítima *in natura* (13).

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

(13) El modificado art. 1056, párrafo 2.º, del Código Civil tiene su precedente legislativo en el art. 1073, párrafo 2.º, del Anteproyecto de 1882-88, que dispuso: “El padre que en interés de su familia quiera conservar indivisible una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos”. Este precepto pasó con idéntica redacción al Código Civil de 1889, pero con el ordinal 1056, párrafo 2.º, que ha estado vigente hasta su modificación por la Ley 7/2003, de 1 de abril (esta última fue derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital). Además influyó en la redac-

A primera vista, puede resultar que los supuestos contemplados en los arts. 841-1.º y 1056-2.º son coincidentes (*vid.* PANTALEÓN PRIETO 1984: 1381; BELTRÁN DE HEREDIA 1989: 46), pero en la práctica son diferentes. En este sentido, RUEDA ESTEBAN (2003: 111) y PARRA LUCÁN (2009: 530), escriben que, originariamente, el art. 1056-2.º supuso una excepción, pero después de la reforma de 13 de mayo de 1981, perdió dicha excepcionalidad para transformarse en un supuesto especial, cuyo resultado es igual a lo dispuesto en el art. 841. Pero como ha puesto de relieve el profesor LACRUZ (2009: 350), el art. 841 y ss. están referidos al conflicto sobre legitimarios descendientes; en cambio, el art. 1056-2.º regula la reducción a metálico de la legítima de los demás descendientes en aras de conservar la empresa mercantil, o, como señala DOMÍNGUEZ LUELMO (1989: 46), el art. 1056-2.º supuso una novedad en cuanto a la conmutación en metálico de la legítima; sin embargo, el art. 841 está referido a la legítima de los descendientes.

Desde mi punto de vista, la verdadera función del art. 1056-2.º es el pago de la legítima de los hijos no adjudicatarios; por otro lado, al gozar el testador en nuestro sistema de la libertad distributiva, el art. 841 permite de manera generalizada la posibilidad de pago en metálico a los descendientes, siempre que uno de los hijos sea el encargado de abonar la legítima a los demás.

Conforme a lo dispuesto en el art. 1056, párrafo 2.º, del C.C., el testador que quiera preservar indivisa una explotación económica o mantener el control de una sociedad de capital, podrá disponer de ella en atención a la conservación de la empresa o en interés de su

ción del art. 1073-2.º; por un lado, en Derecho romano clásico se permitió que los padres por actos entre vivos puedan distribuir sus bienes entre los hijos, considerándose una división y no una donación (*testamentum parentum inter liberos*), y la llamada *divisio inter liberos* (según una conocida constitución del emperador León), que consistía en una distribución hereditaria del patrimonio, manteniendo íntegra la legítima; por otro lado, el Derecho castellano, Leyes 19 y 20 de Toro (Ley 3.º, tít. 6.º, Libro 10.º, de la Novísima Recopilación), facultaba al testador a señalar las cosas objeto de mejoras de tercio o de quinto, además de la P. 6.º, tít. 1.º, Ley 7.º y P. 6.ª, tít. 15.º, Ley 9.ª, que dispuso: "Pero si el padre o el testador partiese el mismo la heredad, en su vida, entre los herederos, o en su testamento, si después que él finase, venciesen alguno de ellos en juicio alguna de las cosas que le vinieron en su parte, entonces los otros herederos no serían obligados de hacerle enmienda ninguna".

familia. Nuestro ordenamiento jurídico no define lo que, en opinión de GARCÍA HERRERA (2011: 1947), se denomina "causa de adjudicación: la conservación de la empresa o el interés de la familia", a pesar de que los arts. 67, 70, 103-3.º y 1379 del C.C. aluden al interés familiar como principio programático que inspira las normas que no tienen regulación expresa. Por otro lado, no existe unanimidad en la doctrina a la hora de determinar en qué consiste el "interés de su familia" o la "conservación de la empresa". Así, para MILLÁN SALAS (2003: 1181), el "interés familiar" es un concepto subjetivo encaminado a preservar la unidad de la explotación económica o el control de una o varias sociedades de capital. Este móvil lleva implícito otro: "la conservación de la empresa" en la que el testador puede hacer la partición de sus bienes atendiendo a dicha conservación. En opinión de RUEDA ESTEBAN (2003: 118-120), el "interés familiar" hace referencia a la continuidad de la cosa en beneficio de los hijos o descendientes. La "conservación de la empresa" será lo que subjetivamente estime el testador, añadiendo que ya han dejado de ser requisito *sine qua non* para pasar a ser un motivo especial acogido por el testador. Por otra parte, GARCÍA HERRERA (2011: 1948), apoyándose en la tesis anterior, añade que la disyuntiva de los motivos determina la independencia de ambos; así que, el "interés familiar" es todo aquello que evita un posible perjuicio; en cambio, la "conservación de la empresa" debe entenderse como todo aquello que garantiza el concreto funcionamiento de la explotación económica o la sociedad de capital. Más adelante añade que, para que sea válida la partición por el art. 1056-2.º, "es necesario la conmutación a metálico de la legítima en base al interés de la familia o bien para conservar la explotación". Por su parte, O'CALLAGHAN MUÑOZ (2008: 1027), determina que el móvil del testador puede ser el "interés familiar" o la "conservación de la empresa", pero en ningún caso necesitará fundamentarlo. A colación de lo expuesto, cabe preguntarse, siguiendo a Díez Pícazo y Gullón (1992: 474), si es requisito de validez que la adjudicación se haga en "interés familiar". Es dudosa la respuesta porque la disposición testamentaria en este género, generalmente, no se exterioriza. Torres García (2006: 1662), corrobora dicha opinión cuando dice que no es imprescindible que las disposiciones testamentarias tengan como fundamento los principios de interés familiar o conservación de la empresa, en todo caso, añade, ambos pueden quedar incluidos en la transmisión.

Con todo, entiendo que el testador que hace uso del art. 1056-2.º actúa motivado en “interés de su familia” o en atención a la “conservación de la empresa” de modo independiente y, en ningún caso, deberá fundamentarlo, ya que, como escribe DOMÍNGUEZ LUELMO (1988: 51), son conceptos polivalentes que, en mi opinión, excluyen toda posibilidad de impugnar la partición por dicho motivo. El fin último del testador que quiera preservar una explotación económica o mantener el control de una sociedad de capital es, en previsión del art. 1056, párrafo 2.º, del C.C., transmitir la empresa de forma unitaria quedando el adjudicatario obligado al pago en metálico extrahereditario de las legítimas de los demás interesados.

El repetido art. 1056-2.º, en principio, atribuye la facultad de disponer al testador, cuando tiene herederos forzosos (*vid.* O’CALLAGHAN MUÑOZ 2008: 1027; GARCÍA HERRERA 2011: 1930); MILLÁN SALAS (2003: 1181), corrobora la tesis expuesta cuando afirma que “el sujeto activo es la persona a la que el Código Civil atribuye la facultad prevista en el art. 1056-2.º, ésta facultad no es otra que la de hacer la partición de sus bienes, y dicha facultad se concede al testador, pero no se trata de cualquier testador, sino de un testador que tiene herederos forzosos”. Por el contrario, RUEDA ESTEBAN (2003: 113) sostiene que dicha facultad la ostenta cualquier testador (no solo el padre), que puede adjudicar tanto a un legitimario como a un extraño, para que pague la legítima a los demás interesados.

Ciertamente, el testador a que alude el mencionado art. 1056-2.º puede ser cualquier persona con capacidad dispositiva y que le motive el interés familiar o la conservación de la empresa, es decir, el padre o el cónyuge viudo. Como señalamos más arriba, el art. 1056-2.º tiene carácter excepcional. Dicha excepcionalidad se fundamenta en conservar la unidad de la empresa o el control de una o varias sociedades de acciones o participaciones, en donde el mencionado precepto admite transmitir a un solo adjudicatario, ya sea legitimario o un tercero (legatario), en previsión de que dicha explotación económica o el control de una sociedad de capital agoten el caudal, hereditario, disponiendo que dicho adjudicatario pague en metálico las legítimas de los demás legitimarios o en efectivo extrahereditario (*vid.* TORRES GARCÍA 2006: 1663-1664).

Por último, el repetido art. 1056-2.º establece que el testador ordenará el pago en metálico de la legítima de los demás interesados, siempre que no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del

testador. De no establecerse la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima *in natura*. En opinión del profesor GARCÍA CANTERO (1955: 99), la sucesión por causa de muerte de una empresa creada por uno de los cónyuges, o por ambos, permite al testador atribuir a uno de sus herederos, siempre que los demás perciban su legítima, según el valor real de la empresa, efecto compensatorio, dice MILLÁN SALAS (2003:1187-1188), será a favor de los legitimarios en su totalidad con dinero de la herencia y, cuando no exista, se pagará con dinero extrahereditario. Esta opinión la corrobora GARCÍA HERRERA (2011: 1950). A mi modo de ver, creo que en la transmisión de una empresa no hay más bienes que la explotación económica. Se transmite unitariamente y su verdadera función, como escribe DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (1964: 943), es autorizar el pago de las legítimas de los hijos no adjudicatarios con metálico extrahereditario. En efecto, el art. 1056-2.º deja claro que el pago de la legítima debe satisfacerse en metálico; de lo contrario, no se mantendría el interés económico social de conservar la explotación y la posibilidad de su transmisión unitaria, si no concurre en el beneficiario la obligación de abonar las legítimas a los demás interesados, ya que, de no ser así, pueden los legitimarios exigir su cuota en bienes de la herencia. Con ello, quiebra la facultad del testador de asignar bienes en pago de la legítima en dinero, que es, posiblemente, la mejor manera de atenuar las desigualdades entre el disponente y sus herederos forzosos.

En cuanto a quién corresponde fijar la cuantía de la legítima, el art. 1056-2.º no dice nada. Si el testador ha designado contador-partidor, este será el autorizado para cuantificar las legítimas de los demás interesados (*vid.* GARCÍA HERRERA 2011: 1951; TORRES GARCÍA 2006: 1669); si no se ha llevado a cabo dicho nombramiento testamentario, en opinión de MILLÁN SALAS (2003: 1188), el testador está sujeto a lo dispuesto en el art. 818 del C.C. En este sentido, FOSAR BENLLOCH (1963: 395) sostiene que, al estar sometido el testador al mencionado art. 818 y al asignar una cantidad en metálico inferior a la legítima, el testamento puede ser impugnado y la partición, en su caso, rescindible por lesión (*vid.* GARCÍA HERRERA 2011: 1951; REVERTE NAVARRO 2004: 101-102). No obstante, VALLET DE GOYTISOLO (1970: 97-99) estima que en dicho supuesto, esto es, cuando no ha sido designado partidor-contador, es de aplicación al art. 15 de la LH, pues constará en la inscripción la autorización testamentaria de pagar las legítimas en efectivo o, como señala DE LA CÁMARA ÁL-

VAREZ (1964: 878), es inscribible en el Registro de la Propiedad la mención de los derechos de los legitimarios (*vid.* LACRUZ 1953: 309; FOSAR BENLLOCH 1971: 248). Por el contrario, GONZÁLEZ PALOMINO (1946: 547-549 [nota a pie de pág. 1]); y SANZ FERNÁNDEZ (1945: 6-7 [nota a pie de pág. 6]), sostienen que es un precepto pensado para el Derecho foral y, cuando el testador establezca el pago en metálico, el legitimario puede promover el juicio voluntario de testamentaría para obtener el evalúo de dicha legítima. Nos mostramos partidarios de aplicar los art. 15 de la LH y 83 a 87 del RH, ya que, el mencionado art. 15-1.º a) habla de que se practicará la mención durante los cinco primeros años a los efectos del pago de las legítimas todos los bienes de la herencia, cuya mención quedará sin efecto, si el legitimario hubiese aceptado bienes determinados, cantidad cierta o concreción de garantía.

En lo relativo al momento de la tasación, existen dos opiniones contrapuestas: una formulada por ROCA SASTRE (1976: 127) y ALBALADEJO (1985: 8), para quienes el valor de los bienes se tomará al tiempo del fallecimiento del testador; otra, defendida por VALLET DE GOYTISOLO (1991a: 2021) y GARCÍA-BERNARDO LANDETA (2006: 239-240), quienes tomando como referencia lo establecido en la Ley de 13 de mayo de 1981 y los arts. 841 y 847 del C.C., se dará en el momento de la liquidación, criterio que ha sido asumido por la STS de 22-11-1991 (RJ\1991\8477). En mi opinión, el criterio más justo es el del valor de los bienes al tiempo del fallecimiento del causante. Sin embargo, entre la fecha de adjudicación y el pago de las legítimas transcurre un período de tiempo que, por lo general, afecta al valor de los bienes adjudicados, por lo que dicho valor debe tenerse en cuenta.

2.1.4. El artículo 831 del Código Civil: la fiducia sucesoria

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección de las personas con discapacidad, dio nueva redacción al art. 831 del C.C. (14),

(14) El art. 831 tiene su antecedente inmediato en el art. 663 del Proyecto de Código Civil de 1851, que decía: "Sin embargo de lo dispuesto en los artículos anteriores, podrá válidamente pactarse en capitulaciones matrimoniales, que muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o viuda que no ha repetido matrimonio, distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de su

cuyo objetivo consiste en otorgar al cónyuge supérstite la facultad testamentaria para distribuir los bienes del causante entre los hijos comunes y por cualquier título.

En principio, el art. 831 constituye una excepción a lo dispuesto en los arts. 830, 670 y 1057 del C.C., pues, como apunta LÓPEZ BEL-

legítima y de las mejoras hechas en vida por el difunto". Como antecedente remoto, SECO CARO (1960: 60-63), cita el Fuero Real (Ley 7.^a, tít. 4.^o, Libro 3.^o), que justifica el testamento comisario mediante persona determinada. Pero las Leyes de Toro aportaron una regulación detenida, en donde el comisario puede mejorar por delegación del causante (Ley 31 de Toro). De este modo pasó a la Nueva y Novísima Recopilación hasta la codificación que suprimió el testamento por comisario.

Este precepto pasó con idéntica redacción al Anteproyecto de Código Civil de 1882-88, art. 816, salvo que se sustituye la adversativa inicial "sin embargo" del 663 por "no obstante" del 816, quedando definitivamente redactado en el Código Civil de 1899, art. 831, hasta la reforma de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que dio nueva redacción al repetido art. 831 en los términos siguientes.

"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá ordenarse en testamento o en capitulaciones matrimoniales que muriendo el cónyuge otorgante, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante.

Si no hubiere señalado plazo, el viudo o viuda tendrá el de un año, contado desde la apertura de la sucesión, o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes".

Con dicho precepto se pretendió evitar que una herencia sin testamento se atribuya y divida por los causes de la sucesión intestada, además de evitar la indivisión del patrimonio familiar (*vid.* SECO CARO 1960: 114-115; RUEDA ESTEBAN 2005: 157), siendo necesario para su aplicación, añade VALLET DE GOYTISOLO (1982b: 408): la existencia de un matrimonio que el sobreviviente no haya contraído nuevas nupcias; y la existencia de hijos comunes. Por otro lado, MIQUEL GONZÁLEZ (1984: 1312) comenta que el mentado art. 831 tiene dos importantes modificaciones: una, la posibilidad de ordenar la delegación en testamento o en capitulaciones matrimoniales en el plazo de un año, salvo disposición en contrario o desde la emancipación del último de los hijos comunes; otra, se sustituye la palabra "pactarse" por "ordenarse" y suprime la palabra "intestado".

TRÁN DE HEREDIA (2005: 1118-1120) (15), estamos ante una facultad personalísima y autónoma de inequívoca inspiración foralista, que no reproduce el sistema que le sirvió de precedente. No obstante, el precepto está creado con la intención, como dice MILLÁN SALAS (2006: 407), (16) de transmitir por causa de muerte el patrimonio familiar, otorgando testamento y encomendando al cónyuge sobreviviente unas facultades que el causante no ejerció en vida.

Hasta la reforma de 13 de mayo de 1981 se mantuvo el acuerdo capitular entre cónyuges de delegar la facultad de distribuir los bienes del difunto entre los hijos comunes y sin perjuicio de las legítimas y mejoras. Por dicha reforma, se otorgaba la mencionada facultad mediante testamento o en capitulaciones matrimoniales los bienes del finado, sin perjuicio de las legítimas, las mejoras y demás disposiciones (*vid.* REY PORTALÉS 1982: 575). En la vigente reforma de 18 de noviembre de 2003 se confiere de forma unilateral la repetida facultad de protección patrimonial indirecta de mejorar a los hijos comunes con cargo al tercio de libre y, en general, adjudicar o atribuir bienes concretos por cualquier título (*vid.* O'CALLAGHAN MUÑOZ 2008: 841).

Por otro lado, no existe unanimidad en la doctrina a la hora de calificar en qué consiste "delegar en el cónyuge superviviente la facultad de distribuir los bienes del finado". Para los profesores LACRUZ (2009: 346) y ROCA GUILLAMON (2004: 4285) se trata de una "fiducia limitada a la distribución, dentro de un círculo restringido de personas"; por su parte, VALLET DE GOYTISOLO (1982b: 405-406); y ALBALADEJO (2003: 65) estiman que el contenido del art. 831 (según la modificación de 13-5-1981), "es una delegación con posibilidades de mejorar (designar las porciones desiguales en que hayan de suceder los hijos comunes), y la distribución con prudente arbitrio del propio delegado de los bienes del finado"; para ALPAÑÉS (1953: 294) estamos ante una titularidad dispositiva limitada a la extensión dada por el causante (*vid.* DOMÍNGUEZ RODRIGO 1953: 522-523; y BERMEO PUMAR 2001: 287 y 302); LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA ((2005: 1122) escribe que se trata de una delegación que abarca la posibilidad de mejorar, atribuir porciones desiguales o distribuir los bienes del finado; para GARCÍA RUBIO (2008: 64-65); DÍAZ FUENTES (1965: 877);

(15) *Vid.* GARCÍA RUBIO (2008: 68 y 73); y DÍAZ FUENTES (1965: 880).

(16) *Vid.* RUEDA ESTEBAN (2005: 161); y DOMÍNGUEZ RODRIGO (1983: 311-313).

y RUEDA ESTEBAN (2005: 164), se trata de una norma anómala y extravagante, pues en ningún momento protege al incapacitado, sino amplia las facultades del cónyuge delegado. A mi juicio, estamos ante una fiducia ilimitada de adjudicaciones o distribuciones. Así lo entiendo porque las facultades otorgadas pueden ser por cualquier título o concepto sucesorio, que podrá realizar en uno o varios actos, inclusive, en propio testamento.

A renglón seguido exponemos los supuestos que, en mi opinión, deben concurrir para que pueda ser aplicado el art. 831:

a) Por la concesión de las facultades testamentarias.

El recurso del art. 831 del C.C., en opinión de NANCLARES VALLE (2008: 117), constituye otra forma de mantener la cohesión de la empresa familiar, o, como lo expresa DÍAZ FUENTES (1965: 880), el propósito del mencionado art. 831, después del óbito del causante, es designar al continuador de la explotación familiar. En opinión del profesor GARCÍA CANTERO (1955:107), "la fiducia sucesoria del art. 831, atribuye al viudo amplias facultades de distribución de los bienes del difunto de los que este no haya dispuesto".

Así que, por virtud del mentado art. 831, el cual delega en el cónyuge superviviente la facultad de mejorar, que abarca tanto al tercio de mejora como al de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones. Sin embargo, el repetido art. 831 en su redacción de 1981 empleó la expresión "podrá ordenarse en testamento o en capitulaciones matrimoniales que muriendo el cónyuge otorgante pueda [...] distribuir, a su prudente arbitrio". Esta última expresión, afirma GARCÍA PÉREZ (2010: 343), supuso un límite a las facultades del cónyuge supérstite, pero, aunque no se expresa en la vigente redacción, debe ser observada porque, en esencia, no opera como un límite, sino como una autorización para distribuir y mejorar, sin perjuicio de las legítimas y mejoras hechas en vida del finado. La facultad, por tanto, no ha variado, sino que se ha sustituido por voces como "mejorar", "adjudicar" o "atribuir", que suponen facultades más amplias por causa de muerte.

b) Porque se produzca el fallecimiento del testador.

Este criterio viene repitiéndose desde 1889 y es lógico que así sea, pues no cabe que el delegado ejecute las disposiciones testa-

mentarias en vida del delegante. Así lo expresa O'CALLAGHAN MUÑOZ (2008: 843), cuando dice "que el cónyuge o persona a quien delegó la facultad de mejorar no premuera al causante, ni haya sido declarado indigno. Tratándose del cónyuge supérstite es preciso que no haya sido justamente desheredado por el cónyuge delegante". Es decir, es preciso que el matrimonio sea válido, además de subsistir al tiempo del fallecimiento de su otorgante. No obstante, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (2005: 1124) estima que la facultad puede concederse recíprocamente por los cónyuges, de igual contenido o diferente, en cuyo caso, al fallecimiento de uno de los esposos, el supérstite será el encargado de ejecutar la fiducia.

c) Porque las disposiciones sean en beneficio de los hijos comunes sin perjuicio de los derechos de los hijos no comunes.

Así lo entiende FLORENSA Y TOMÁS (2005: 119), cuando dice que "el supuesto de hecho consiste en que un progenitor concede en su testamento amplias facultades para que el otro progenitor, generalmente su cónyuge o pareja de hecho, realice mejoras y/o atribuciones y adjudicaciones de bienes concretos del causante testador a favor de alguno o algunos de los hijos o descendientes comunes, en atención a las circunstancias y necesidades que puedan darse en los escogidos". Ciertamente, la regla de distribuir los bienes entre los hijos comunes ha sido una constante desde su inicio en 1889, pero en la reforma de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, se incorporó el párrafo 4.º al art. 831, en el sentido de que las facultades expresadas no alterarán el régimen de las legítimas, cuando el favorecido no sea descendiente común. Con ello, afirma MILLÁN SALAS (2006: 417), la vigente redacción zanja la polémica en el sentido de que los beneficiarios comprenden a los hijos o descendientes comunes, sean legítimos o no del causante. En este sentido, la norma es clara cuando dice: "En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuanta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones".

De lo expuesto CÁMARA LAPUENTE (2011: 943) comenta que estamos ante una nueva facultad que refuerza la posesión del cónyuge en la dirección familiar y en aras de evitar conflictos entre hermanos, pero también supone, como dice FLORENSA Y TOMÁS (2005: 128), ejercer la

facultad de mejorar y, por extensión, la de atribuir o adjudicar que conlleve elegir a aquel en detrimento de los demás consanguíneos.

d) Porque el cónyuge sobreviviente no contraiga nuevas nupcias, relación de hecho o haya tenido algún hijo no común.

Así consta en el párrafo 5.º, del art. 831, del C.C., como causa de cesación de las facultades, cuando se ha pasado a la situación descrita. Su precedente de 1981, por el contrario, empleó la expresión “puede el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias”, lo que, como ha comentado VALLET DE GOYTISOLO (1982b: 409), suscitó perplejidad en los autores. Si lo comparamos con el art. 793, que declara prohibida la condición de no contraer ulterior matrimonio, en opinión de SECO CARO (1960: 154), la expresión “matrimonio ulterior es un límite para distribuir”; por su parte, ALPAÑÉS (1953: 316) justifica dicha relación en la figura de “la reserva viudal” del art. 972: a lo que está obligado el cónyuge casado por segunda vez es a reservar a favor de los hijos comunes del primer matrimonio. Posteriormente, ha prevalecido la teoría de que no estamos ante un requisito formal, sino ante la confianza para la que fue requerido el cónyuge supérstite. No obstante, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (2005: 1125) estima que frente al eventual supuesto de ejercer las facultades antes de contraer nuevo matrimonio o una relación de hecho, o tener un hijo no común, los actos no quedarían invalidados, pues estamos ante hechos posteriores que no atañen a la confianza depositada. En efecto, el requisito aludido, como señala FLORENSA Y TOMÁS (2005: 129), debe producirse no después de testar, sino después de fallecer, porque durante su vida puede revocar la delegación.

e) Por delegar las facultades a la pareja de hecho, pero con descendientes comunes.

Así reza en el párrafo 6.º del mentado art. 831 del C.C., es decir, se suprime el requisito del matrimonio y se atiende a una realidad social (*vid.* FLORENSA Y TOMÁS 2005: 127). Esta redacción por otro lado, es de nuevo cuño, pues en su precedente legislativo de 1981 no consta tal posibilidad.

Para LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (2005: 1152), no es preciso la existencia del matrimonio, sino la descendencia en común, aunque eso sí constituya una pareja de hecho y no esté separada en el momento de testar o en el otorgamiento de las facultades sobre

los bienes habidos en común o, como afirma LÓPEZ FRÍAS (2007: 51 y 54), la fiducia sucesoria puede concederse a las parejas de hecho con hijos comunes basada, en todo caso, en la confianza. Estamos, ante parejas no casadas con descendencia común, donde el delegado, por disposición testamentaria, queda investido de las mismas facultades que el fiduciario sucesorio (*vid.* ROCA GUILLAMÓN 2004: 4298-4299).

f) Por conferir la facultad de testar al cónyuge supérstite.

El supuesto de hecho del art. 831, párrafo 1.º, apartados 2.º y 3.º, del C.C., como ha puesto de relieve FLORENSA Y TOMÁS (2005: 120), consiste en que "el causante puede conferir facultades a su cónyuge supérstite para que mejore y, en general, realice adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos de la herencia de aquel a favor de descendientes comunes, de tal manera que el beneficiado o favorecido por la designación del cónyuge supérstite suceda directamente al causante en dicha atribución". En efecto, la delegación de mejorar, adjudicar o atribuir los bienes del cónyuge premuerto se puede realizar por el viudo o viuda sobreviviente en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos, aunque, en opinión de LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (2005: 1128), este último no resulta muy convincente, pues, de existir deudas, todos los herederos son responsables, no solo con lo propio, sino con lo heredado, a excepción de que se acepte a beneficio de inventario, ya que, la delegación es una facultad que, de no ejercitarse, puede llevar a los acreedores a reclamar sus créditos ante la herencia yacente. Sin embargo, los referidos actos están sometidos al plazo de dos años a contar desde la apertura de la sucesión o de la emancipación del último de los hijos comunes, salvo que el testador le confiera al cónyuge delegado la facultad de testar. En este sentido, MILLÁN SALAS (2006: 427) afirma que prevalece la voluntad del testador, otorgando un plazo, y, supletoriamente, confirmandole la posibilidad de ejecutar su propio testamento. Así, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (2005: 1128) afirma que el reparto de los bienes en testamento propio no está sujeto a plazo, sino hasta su fallecimiento. Con todo, ROCA GUILLAMÓN (2004: 4288-4289) deduce que la expresión del art. 831 "distribuir los bienes de la herencia [...] en su propio testamento" se aproxima al "testamento comisario", pero, en realidad, es un instrumento elegido por el causante para que el cónyuge supérstite distribuya sus bienes.

Por otro lado, las disposiciones propias del delegado, como las ejecuciones del delegante de bienes específicos y determinados, le confieren por la aceptación la propiedad, así como la posesión al favorecido o, como señala LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (2005: 1139), se trata de adjudicaciones particionales que atribuyen al beneficiario la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados. A mi juicio, queda zanjada la polémica de que el legatario adquiere la propiedad de la cosa legada por el art. 882 y la posesión por el art. 885, al otorgarle el mencionado art. 831-1.º, apartado 3.º, al cónyuge sobreviviente que disponga de bienes específicos y determinados de la propiedad, como la posesión al favorecido por el hecho de la aceptación.

g) Por la rescisión.

El art. 831, párrafo 3.º, establece el deber del cónyuge delegado de respetar las legítimas estrictas de los hijos comunes y las mejoras y demás disposiciones. De no respetar lo dispuesto anteriormente, el perjudicado podrá pedir la rescisión de los actos del cónyuge, en cuanto sea necesario, para dar satisfacción al interés lesionado. No obstante, el mencionado art. 831, párrafo 3.º, apartado 3.º, define el deber del cónyuge en cuanto a las legítimas y mejoras en los términos siguientes: "Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades".

La reforma de 1981 no regulaba la rescisión por incumplimiento del deber de respetar las legítimas o las mejoras de los hijos o descendientes comunes. Sin embargo, la reforma de 2003 admite la impugnación de los actos propios del delegado, pero no los actos de administración, por lo que, en opinión de GARCÍA PÉREZ (2010: 321), se acude a la causa rescisoria por inercia y, por tanto, plantea si la acción a la que alude el art. 831 es la rescisoria, o, por el contrario, estamos ante la acción complementaria del art. 815. Efectivamente, el art. 831 habla de rescindir, cuando no se respete por parte del cónyuge delegado las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante, pero la rescisión está referida a la partición (arts. 1073 a 1081 del C.C.). Concretamente, el art. 1073 remite a las causas de rescisión de las obligaciones (arts. 1290 a 1299 del C.C.); en cambio, el

art. 815 regula la acción de complemento, cuando por cualquier título le hayan dejado menos de la legítima que le corresponda al heredero forzoso. En este sentido, MILLÁN SALAS (2006: 405-406) y RUEDA ESTEBAN 2005: 182), afirman que el art. 831, párrafo 3.º, apartado 2.º, del C.C., se presta a confusión; ya que, si el viudo no respeta las legítimas se procedería a ejercer la acción de suplemento del art. 815 del C.C. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (2005: 1142-1143); y GARCÍA RUBIO (2008: 99), señalan que cuando se rescinde un acto de distribución o de adjudicación, estamos ante un acto de partición (art. 1073 y ss. del C.C.); sin embargo, optan por la rescisión por causa de lesión, si se perjudica las legítimas, o cuando, racionalmente, se presuma que fue otra la voluntad del testador (art. 1057 del C.C.). Por tanto, estiman que es aplicable por analogía la rescisión a los actos del cónyuge que perjudica las legítimas o las mejoras de los hijos comunes. Por su parte, ROCA GUILLAMÓN (2004: 4295) opta por una solución intermedia cuando afirma que ante el fiduciario, que ejecute la voluntad del testador, puede darse una rescisión que corrija el interés lesionado, indemnizando el daño o, simplemente, impugnando la actuación del habilitado. A mi juicio, la rescisión del art. 831 está más cerca de los arts. 1077 y ss., que del art. 815, ambos del C.C., porque si prospera la acción de suplemento, hay que sufragarlo con los bienes de la herencia, salvo que se admita el pago en metálico; en cambio, la rescisión del 831 debe corregir una situación que satisfaga el interés lesionado, sin anular el acto.

2.2. La adquisición y pago de los legados

2.2.1. La aceptación de los legados: los artículos 881 y 882 del Código Civil

i) Al interpretarse conjuntamente los arts. 881 y 882 del C.C., destacamos que el primero supone un “derecho a los legados” y el segundo un “derecho de propiedad de cosa legada”. Así, por el hecho de la muerte del testador, el legatario adquiere el derecho a los legados puros y simples de cosa específica y propia del testador, sin necesidad de la adquisición desde la muerte del causante, pudiendo desde ese momento transmitirlo a sus herederos (*vid.* SCAEVOLA 1945: 407; RIVAS MARTÍNEZ 1992: 522-523). En este sentido ha tenido ocasión de pronunciarse la jurisprudencia, STS de 11-

12-1913 (17), cuando dice: "no se infringe los arts. 881 y 882 del C.C. porque adquiriendo los legados desde la muerte del testador, derecho a los legados puros y simples y la propiedad con sus frutos pendientes, en los de cosas específicas y determinadas propias del testador, y teniendo aquellos, por el art. 885, acción para pedir su entrega y posesión a los albaceas facultados para hacerlo, al reconocerlo así la Sala, conforme a la reiterada jurisprudencia del TS, y por no existir precepto que atribuya facultad a los contadores para que demore dicha entrega hasta ultimar la partición, aplica acertadamente aquellos preceptos y con ello se cumple la voluntad expresa del testador". Más recientemente, la STS de 27-6-2000 (AC 2000/1041), afirmó que "en todo caso no hay que olvidar que el legatario deviene *ipso iure* en el momento de la muerte del causante (art. 881), sin perjuicio de que pueda renunciar al mismo, es decir, que en el legado no se sigue el sistema romano de adquisición de la herencia que exige aceptación. Si el legado es de cosa propia del testador (art. 882), el legatario deviene propietario de la cosa legada desde la muerte del mismo, tal como han destacado, entre otras, las SSTs de 7-7-1986 (RJ\1986\4416), 30-11-1990 (RJ\1990\9220), 25-5-1992 (RJ\1992\4378), STSJ de Asturias de 16-5-2001 (JUR\2001\213665). Por su parte, la Resolución de la DGRN de 19-9-2002 (RJ\2002\9937) dispuso que "la incompatibilidad entre los artículos 881 y 882, al regular éste las consecuencias que se producen "cuando el legatario no quiere o no puede adquirir el legado ha de salvarse interpretado aquél en el sentido de que lo que realmente quiere decir es que la propiedad de la cosa legada se entiende adquirida por el legatario desde la muerte del testador", con la consiguiente transmisibilidad que proclama el 881, como contrapuesto a lo que dispone el 1068 en orden a remarcar las diferencias entre la adquisición a título universal del heredero, que sólo se concreta en bienes determinados mediante la liquidación y, en su caso, partición de la herencia, y la del legatario como beneficiario de un acto de disposición a título singular. En otro caso, resultarían difícilmente explicables las normas del Código que se refieren a la aceptación o repudiación del legado (cfr. los arts. 863 y 888-890), o las que repetidamente hacen referencia al pago de los legados (cfr. los arts. 902 y 1026-1032), a la ineficacia del mismo si la cosa

(17) Colección legislativa, tomo 46.º, pág. 938, Gaceta de 17-6-1914.

perece después de la muerte del testador sin culpa del heredero (art. 869-3.º), o las que prevén la intervención del legatario en el acuerdo de prórroga del albaceazgo (art. 906) o en el nombramiento de contador-partidor dativo y la confirmación de lo por el actuado (art. 1067)” (18).

ii) Interpretados por separado, el art. 881 tiene su antecedente inmediato en el art. 866 del Anteproyecto de 1882 y el art. 679 del Proyecto de 1851 y, como antecedente mediano, la P. 6.ª, tít. 9.º, Ley 34.º y D. 26,2,9. En el Derecho romano sobre la adquisición del legado se distinguió dos momentos: a) la adquisición del derecho al legado (*dies cedit*); b) la adquisición del derecho legado (*dies venit*). En el primero, el legatario adquiere la cosa legada una vez fallecido el causante; en el segundo, el heredero aceptaba la herencia y el legado se hacía efectivo. *Dies cedit* era el instante en que el derecho al legado se consideraba adquirido y se podía transmitir; *Dies venit* está el momento en que se podía exigir su ejecución (vid. SCAEVOLA 1945: 407; MANRESA Y NAVARRO 1973: 534, RIVAS MARTÍNEZ 1992: 543). En opinión de ALBALADEJO (1998: 354), la distinción propuesta ha desaparecido en el Derecho moderno y, concretamente, se puede hablar de que en los legados puros y simples se confunden y, por tanto, a la muerte del testador nace el derecho del legatario a la cosa legada (vid. MANRESA Y NAVARRO 1973: 534). El legado puro y simple no necesita de la aceptación, lo que realmente se produce es un derecho al legado de forma *ipso iure*, una vez fallecido el testador (vid. SÁNCHEZ CALERO 1991: 2150; GARCÍA RUBIO 1989: 153). Como comenta O’CALLAGHAN MUÑOZ (2008: 887), la esencia del art. 881 está en que el legatario deviene como titular de forma automática, una vez fallecido el testador, sin perjuicio de que pueda renunciar, según la STS 27-6-2000 (AC 1041/2000).

Por lo que se refiere al art. 882, “Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquel muere”. En este sentido, la generalidad de la doctrina (19) relaciona el mencionado art. 882 con el art.

(18) Vid. las RDGRN de 19-5-1947 (RJ\1947\1044); y 13-4-2009 (BOE n.º 109, de 5-5-2009).

(19) Vid. SCAEVOLA (1945: 440-441); MANRESA Y NAVARRO (1973: 538), ALBALADEJO (1998: 362); MARÍN CASTÁN (2000: 998); LACRUZ (2009: 240); DÍAZ

885, que desde el Derecho romano permitía al heredero reclamar mediante *quod legatorum* (interdicto de retener o recobrar), cuando el legatario ocupa la cosa legada sin consentimiento del heredero (D. 43,3,1). Así que, a pesar de lo determinante que resulta el art. 882 en cuanto a lo que supone adquirir la propiedad el legatario por lo dispuesto en el art. 885, no puede adquirir por su propia autoridad la cosa legada, sino que deberá solicitarlo al heredero o, en su defecto, al albacea debidamente autorizado. OSSORIO MORALES (1957: 375-376) señala que la STS de 3-6-1947 (RJ\1947\903) "explica la necesidad impuesta por el art. 885, de que el legatario de cosa determinada, no obstante, sea dueño de ella desde el momento de la muerte del testador, tenga que pedir su entrega y posesión", cuando dicha resolución dice: "En el Derecho patrio el art. 440 del C.C. dispone que la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, por donde se ve que en caso de herencia se produce para el heredero la posesión llamada civilísima, que es la que se adquiere por ministerio de la ley [...] aunque el legatario tenga derecho al legado desde el momento de la muerte del testador, y aunque adquiera desde ese momento la propiedad de la cosa legada cuando es específica, determinada y propia del testador, conforme al art. 882 del C.C. le falta la posesión transmitida de derecho al heredero, y de ahí el precepto del art. 885". Este criterio jurisprudencial se ha visto mediatizado por la STS de 8-4-1902(20) y la Resolución de la DGRN de 24-5-1930 (21), cuando afirmaron que el "legatario es titular de un derecho subordinado a la liquidación de la masa hereditaria", que, en opinión de ALBALADEJO (1998: 362-363), no debe entenderse como una limitación, sino como una expresión del Alto Tribunal que en ningún caso supone "reducir o invalidar por inoficioso o por no alcanzar los restantes bienes de la herencia para pagar a los acreedores". Posteriormente, el criterio expuesto ha sido sustituido por el denominado "requisito complementario". Así, la STS de 29-5-1963 (RJ\1963\3589) señaló que, "aunque el

CRUZ (1951: 72-73); ROYO MARTÍNEZ (1951: 168); OSSORIO MORALES (1957: 374); SÁNCHEZ CALERO (1991: 2152); VALLET DE GOYTISOLO (1982a: 178); MARTÍN PÉREZ (2003: 5324); DE LOS MOZOS (1962: 870).

(20) Colección legislativa, tomo 11.º, pág. 565, Gaceta de 26-6-1902.

(21) ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL (1953: 69).

legatario adquiera la propiedad de la cosa legada desde la muerte del testador a tenor de lo dispuesto en el artículo 882 del Código sustantivo, ello no le afecta por sí ocupar la cosa, sino que conforme a lo previsto en el 885 ha de pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, lo que constituye un requisito complementario para la efectividad del legado", cfr. las SSTs de 7-7-2003 (AC 2003/3079), 21-4-2003 (AC 2003/513), Resolución de la DGRN de 27-3-1982 (RJ\1982\8065).

De acuerdo con lo expuesto anteriormente existen dos líneas jurisprudenciales contrapuestas: a) aquella en que el legado de cosa específica y determinada adquiere la propiedad, pero no la posesión, inicialmente estimada como un derecho subordinado y, posteriormente, como un requisito complementario; b) aquella doctrina que afirma "la posibilidad de que el legatario pueda ser autorizado para ocupar por sí solo la finca legada, tal como entre otros casos, declaró la sentencia de 26 de octubre de 1928, fundándose en que la voluntad del testador, Ley de sucesión, no puede quedar coartada por lo preceptuado en el art. 885 del C.C., que solo ha de tener aplicación cuando aquél no haya usado de la libre facultad de permitir que se poseione directamente el legatario de los bienes legados", RDGRN de 25-5-1971 (22). La STS de 26-10-1928 (23), a la que aludía la anterior resolución, dispuso que "es principio reiteradamente establecido en la jurisprudencia, como consecuencia de diversos artículos del Código civil, que la voluntad del testador válidamente expresada, es ley obligatoria para todas las personas que el testamento derivan sus derechos [...]. Que el artículo 885 del Código civil no puede coartar al testador, para ordenar que el legatario ocupe por sí la cosa legada, y que el heredero no le estorbe".

Por nuestra parte, proponemos como solución intermedia y que viene abriéndose camino por un importante sector de la doctrina (24) que dice "el testador manifiesta testamentariamente su voluntad de que el legatario adquiera para sí el objeto legado", o que

(22) CARRETERO GARCÍA *et al* (1967: 257).

(23) Colección legislativa, tomo 103, serie 141, parte 8.ª, págs. 603-619.

(24) LACRUZ (2009: 240); ROCA SASTRE (1978: 566); VALLET DE GOYTISOLO (1982b: 179); ALBALADEJO (1998: 328); Díez PICAZO y GULLÓN (1992: 419); PUIG BRUTAU (1977: 418-419); y ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR (1947: 599).

el causante ordene la posesión civilísima al legatario, en lugar del heredero, y así adquiere directamente la cosa legada. En palabras de Alonso PÉREZ (2003: 5113), el legatario es fruto inmediato de la voluntad del testador con eficacia tras su muerte, o, como escribe el profesor GARCÍA CANTERO (1973: 788), citando a LACRUZ (1998: 317), "el legatario adquiere *ipso iure* la propiedad de la cosa legada, de suerte que la titularidad pasa recta vía del causante al legatario".

2.2.2. La inscripción del legado: el artículo 81 del Reglamento Hipotecario

Conforme a lo dispuesto en el art. 81 del Reglamento Hipotecario (según redacción dada por el Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre [BOE n.º 285, de 27 de noviembre]), se establece que "la inscripción a favor del legatario de inmuebles específicamente legados se practicará en virtud de: apartado b) Escritura de partición de herencia o de aprobación y protocolización de operaciones particionales formalizadas por el contador-partidor en la que se asigne al legatario al inmueble o inmuebles legados". La Exposición de Motivos de la reforma de 1982 aclaró que en la inscripción de los legados el Reglamento "se atiene a las soluciones marcadas por la jurisprudencia y basadas en la imposibilidad de perjuicio a los legatarios". (25)

El repetido art. 81 b) del RH alude al contador partidor como persona encargada de las operaciones particionales, pero el art. 885 del C.C. señala que la entrega y posesión del legado corresponde al heredero o albacea (este último cuando esté autorizado por el testador). El albacea no viene definido en nuestro Código Civil, pero el Diccionario de la Real Academia Española (1992: 81) dice que se trata de "persona encargada por el testador o por el juez de cumplir la última voluntad y custodiar los bienes del finado", estableciendo el art. 901 del C.C. que "los albaceas tendrán todas las facultades

(25) La inscripción del legado en la legislación hipotecaria data de 1959, cuando se incorporó el art. 83 inspirado en las Resoluciones de la DGRN de 30-12-1916, 19-5-1947 y 19-11-1952. Posteriormente, por Real Decreto de 12-11-1982, se dio nueva redacción al mencionado art. 83, pasando al vigente art. 81, que contempla dos supuestos: a) los legados de bienes inmuebles determinados, b) cuando toda la herencia se distribuye en legados.

que expresamente les haya conferido el testador". Por tanto, es un ejecutor testamentario según la voluntad del causante que, de no estar determinadas dichas facultadas, el albacea tendrá las previstas en el art. 902 del C.C.

Por otro lado, RIVAS MARTÍNEZ (1992: 535-536) ha señalado que la redacción del art. 81 b) del RH ha generado una crítica favorable, pues el contador partidor no es esencialmente distinto al albacea, sino más bien un encargado o, como escribe ALBALADEJO (1969: 333), "el albacea es un ejecutor testamentario nombrado por el causante, el contador partidor que esté designado para ejecutar el testamento no es sino un albacea con la misión de contar y partir". En opinión de GARCÍA RUBIO (1989: 167), el contador partidor cuenta y parte para entregar legados, si el testador lo ha autorizado, quedando equiparado a un albacea (*vid.* ALBALADEJO 1969: 333; DE LOS MOZOS 1962: 915). Corrobora lo expuesto SÁENZ DE SANTA MARÍA (1950: 439), cuando dice: "si una persona ha sido designada albacea y tiene conferida facultades para hacer la partición, es también contador-partidor; por el contrario, si el designado es un contador-partidor, además de facultado para entregar legados, es también albacea" (*vid.* REY PORTALÉS 1983: 979). Sin embargo, como señala RIVAS MARTÍNEZ (1992: 535), existe una crítica desfavorable que implica una modificación de la doctrina del art. 885 del C.C. En efecto, ROCA SASTRE (2008: 42) y PUIG BRUTAU (1973: 416), comentando el art. 81 b) del RH, estiman que el contador-partidor es una persona facultada para entregar la escritura de bienes inmuebles que, al no estar incluido en el art. 885 del C.C., resulta poco ortodoxa, pues el precepto del Reglamento hipotecario modifica al antedicho art. 885 del C.C. No obstante, la reforma se ha estimado práctica y en aquellos testamentos en que es designado contador-partidor, se debe ordenar la facultad de entregar legados. Otro sector de la doctrina, como Camy SÁNCHEZ-CAÑETE (1975:72) y SÁENZ DE SANTA MARÍA (1953: 438), estiman que el contador y el albacea son dos figuras jurídicas distintas: el contador cuenta y parte; el albacea ejecuta el testamento. Al sustituir este criterio el art. 81 b) del RH, en opinión de GARCÍA RUBIO (1989: 167), adiciona una figura como posible encargado de la entrega de legados.

A colación de lo expuesto, traemos la opinión de DE LA RICA Y ARENAL (1976: 68-69), versando sobre el derogado art. 83 –antecedente legislativo del vigente art. 81 b) del RH–, cuando dice que, dándose el supuesto de que los herederos y los albaceas rehúsen de la entrega

del legado, en su opinión, la reforma operada en la línea tradicional y ortodoxa de nuestro Derecho histórico (P. 6.^a, tít. 9.^o, Ley 37.^o y P. 6.^a, tít. 10.^o, Ley 2.^a) exige que para inscribir legados se debe estar en posesión de la escritura pública otorgada por el propio legatario, previa aceptación por el contador-partidor o el albacea autorizado o, en su defecto, el heredero. Este sería el supuesto normal. Pero cabe que el contador-partidor haga como acto propio la partición, adjudique el legado y el legatario acepte; pero, si se trata de un albacea, este deberá ser expresamente autorizado por el causante.

2.2.3. El pago de las legítimas

i) El art. 821, párrafo 1.^o, del C.C., es de aplicación ante el supuesto de finca que no puede ser dividida o distribuida *in natura*, proporcionando dicho precepto la siguiente solución: cuando la reducción del legado no absorbe la mitad del valor de la cosa el legatario podrá quedarse con ella pagando la reducción ad *valoren*; por el contrario, si la reducción afecta a más de la mitad, quedará para el heredero forzoso, abonando al legatario la porción que le corresponde (*vid.* O'CALLAGHAN MUÑOZ 2008: 827; DOMÍNGUEZ LUELMO 2012, 128). Y, esto es así, comenta VALLET DE GOYTISOLO (1982b: 2031), porque el art. 821 atribuye facultades al legatario, frente al legitimario cuando se da la hipótesis descrita por la voluntad del testador, aunque el causante puede invertir el orden de la prelación prevista en el repetido art. 821 (*vid.* O'CALLAGHAN MUÑOZ 2008: 827).

El art. 821-1.^o alude a una "finca que no admite cómoda división", pero puede ser extensiva a otros bienes que, de igual modo, son indivisibles: una empresa familiar (*vid.* SIMÓ SANTOJA 2005: 54-55). El párrafo 2.^o del mencionado art. 821, en opinión de VALLET DE GOYTISOLO (1982b: 2032), hay que ponerlo en relación con el párrafo 1.^o, pues no tiene mucho sentido que el legatario, además de legitimario, solo pueda quedarse con la finca, si su valor no supera la legítima como la porción disponible, mientras que un legatario extraño pueda optar, con tal que su participación no exceda de la mitad.

ii) De la literalidad del segundo inciso del art. 829, distingue LÓPEZ JACOISTE (1961: 122) una primera parte: "si el valor de la [cosa] excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima

correspondiente al mejorado (imputación) y de otra, deberá [el mejorado] abonar la diferencia en metálico a los demás interesados (reducción)". La imputación hereditaria, como operación liquidatoria del caudal, va orientada a mantener válidas y sin reducción las disposiciones del causante (*vid.* LÓPEZ JACOISTE 1961: 125). No obstante, existe una doble interpretación sobre la imputación: una propiciada por los llamados literalistas (*vid.* pág. 13, nota pie de pág. 8), que excluye de la mencionada imputación el tercio de libre disposición o, como escribe ALBALADEJO (2003: 121), sus partidarios sostienen que el exceso de la mejora y la legítima corta se satisface en metálico por el mejorado a los demás interesados; otra, por los denominados voluntaristas (*vid.* pág. 13, nota pie de pág. 9), que, con alusión a la STS de 19-5-1951 (RJ\1951\1618), señalan que cabe imputar al tercio de mejora, al de libre disposición (en este orden o a la inversa) y a la legítima del mejorado. Por otro lado LÓPEZ JACOISTE (1961: 134) propone: el art. 829 no siempre es el que señala dicho precepto, sino el formado "por el tercio de mejora, el tercio de libre disposición en la medida en que, en su caso, no esté afectado por otras disposiciones, y la parte de legítima corta del mejorado". Este criterio ha sido corroborado por O'CALLAGHAN MUÑOZ (2008: 838); PUIG BRUTAU (1991 54-55), y PALAZÓN GARRIDO (2003: 215). Por otro lado, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (1964: 915) estima que cualquiera que sea la solución lo que no ofrece duda es que no será "in natura" y dependerá de la voluntad del testador. RIVAS MARTÍNEZ (1991: 293) suscribe esta opinión.

La reducción, por el contrario, consiste en el abono en metálico de los derechos de los demás interesados, operación especial, que ha de realizarse *ad valorem* y no *in natura* (*vid.* PALAZÓN GARRIDO 2003: 218). Dicho pago dependerá de lo dispuesto por el testador, además de quien concurra con el mejorado (*vid.* PALAZÓN GARRIDO 2003: 218), cuya operación consiste en sustituir la cosa por su estimación económica o, como señala LÓPEZ JACOISTE (1961: 185), atribuir dicha cosa por entero al mejorado y el pago en dinero a los demás interesados.

Para fijar el valor objetivo, según lo dispuesto en el art. 818, se atenderá al tiempo de fallecer el causante, pero, si se dilata por cualquier circunstancia, se atenderá al momento del pago; de tratarse de una empresa, se entenderá el valor global (*vid.* LÓPEZ JACOISTE 1961: 189-190). ALBALADEJO (2003: 138) entiende que el abono

de la diferencia en metálico tiene el carácter de cumplimiento de un modo, de tal manera que si no paga, cabe exigir, como cualquier acreedor modal insatisfecho, el pago o devolución de la cosa.

iii) El párrafo 2.º, del art. 1056, del C.C., en su versión original contempló el supuesto de que no hay más bienes en la herencia que la explotación agrícola, industrial o fabril, lo que no impide, según PALAZÓN GARRIDO (2003: 255), que a la enumeración propuesta se pueda añadir cualquier tipo de explotación, por ejemplo, una empresa o negocio mercantil (*vid.* DE LA CÁMARA ÁLVAREZ 1963: 951; DOMÍNGUEZ LUELMO 1989: 50).

Con la vigente redacción se pretende preservar indivisa una explotación económica o mantener el control de sociedades de capital, beneficiando a uno de los legitimarios o a un tercero (legatario), mediante la conservación de la empresa o en el interés de la familia, pagando en metálico la legítima de los demás interesados.

Comparando ambos preceptos, resulta que el legitimario tiene la misma posición, es decir, el dinero en que se ha de pagar la legítima en metálico consiste en una valoración en dinero de la *pars bonorum*, sin que se tenga que acudir a los arts. 841 y ss. del C.C. Por tanto, FERNÁNDEZ-TRESGUERRES (2008: 262) afirma que la posición del legitimario en el art. 1056 equivale a la que posee en los arts. 821 y 829 del C.C.

Lo que se transmite es una unidad orgánica empresa o explotación económica perteneciente al testador, beneficiando a un solo legitimario y quedando este obligado al pago de la legítima de los demás no adjudicados, sin que se requiera comunicación a los perceptores, ni confirmación de los mismos, ni aprobación judicial (*vid.* O'CALLAGHAN MUÑOZ 2008: 1027; MILLÁN SALAS 2003: 1193). Como establece el repetido art. 1056-2.º, se puede efectuar el pago en metálico hereditario o extrahereditario (*vid.* GARCÍA HERRERA 2011: 1950), siempre que no exceda de cinco años a contar desde la fecha del fallecimiento del testador, pudiendo además aplicar cualquier otro medio de extinción de las obligaciones, como, según FERNÁNDEZ-TRESGUERRES (2008: 271), cabe la dación o la adjudicación de pago. Sin embargo, O'CALLAGHAN MUÑOZ (2008: 1027) y GARCÍA HERRERA (2011: 1954) entienden que las obligaciones se extinguen por lo dispuesto en el art. 1156 del C.C.: compensación o confusión. Nótese que todos pueden ser de aplicación, cuando el testador no haya estable-

cido la forma de pago o, en su defecto, no haya nombrado albacea o contador-partidor autorizado, pues ante la falta de los anteriores designados y por transcurso de plazo de cinco años, cualquier legionario puede exigir su legítima en bienes de la herencia.

In itinere se puede plantear la posibilidad de una garantía, aunque el repetido art. 1056-2.º no aluda a ello. En este caso, si se adjudica acciones o participaciones sociales, no cabe garantía registral; si la adjudicación es en beneficio de un legatario o legitimario, si lo que se transmite es una empresa familiar, cabe aplicar el art. 15-3.º de la LH (*vid.* GARCÍA HERRERA 2011: 1956; RUEDA ESTEBAN 2003: 129).

2.2.4. El pago a los acreedores: previo

La empresa familiar en cifras macroeconómicas supone un fenómeno normal y corriente y no una excepción. Este hecho, en opinión de ALONSO ESPINOSA (2012: 2), ha producido en los países de nuestro entorno cultural reformas legislativas para regular los intereses de los titulares de la empresa familiar. En particular, propone el autor dos tipos de intereses: a) el interés en la conservación de la empresa a través del fenómeno sucesorio; b) el interés de reforzar las relaciones jurídicas societarias de la empresa familiar.

En Derecho nos encontramos con grandes dificultades para conceptualizar la empresa (*vid.* MIÑAMBRES PUIG 1995: 2724), como señala VÉLAZ NEGUERUELA (2012: 1), con muy buen criterio, cuando dice que la empresa familiar no la define el tamaño ni la extensión en que intervienen, sino el origen y el control de la empresa que se aproxima a la idea familiar.

El primer presupuesto del que debemos partir está en la delimitación del tipo de empresa, es decir, se trata de identificar, configurar o catalogar el modelo de empresa con arreglo al Derecho. En este sentido, ha señalado ALONSO ESPINOSA (2012: 3) varios tipos: un empresario persona física, una sociedad conyugal, una sociedad matrimonial en forma mercantil, una microempresa familiar entre cónyuges y descendientes, o la pequeña y mediana empresa. No obstante, la empresa familiar se manifiesta como aquella bajo la titularidad de una persona física o empresario individual.

De acuerdo con lo expuesto y como primera aproximación nos podemos preguntar qué es una empresa familiar. Si prescindimos

del adjetivo "familiar", nos encontramos que la empresa en nuestro ordenamiento jurídico carece de un concepto técnico jurídico. En este sentido, como dice MIÑAMBRES PUIG (1995: 2724-2725), estamos ante un término equívoco que el legislador ha omitido, posiblemente, porque su concepto llevará aparejado las normas en que incide, resultando de este modo un concepto operativo dentro del derecho de que se trata. Pero, ello no impide que la relación de la empresa y la economía resulten frecuentemente objeto de tráfico jurídico, además de poder ser enajenada, usufructuada, hipotecada e, incluso, ser objeto de transmisión por causa de muerte, en cuyo caso la empresa aparece como una unidad patrimonial: "un todo unitario y complejo diferenciado de los elementos que singularmente lo integran" (*vid.* MIÑAMBRES PUIG 1995: 2725; CALVO MEJIDE 2001: 1266). Concretamente, CALVO ALFAGEME (1943: 534) señala que, atendiendo al art. 401 en relación con el art. 1056 (añadiendo por nuestra parte los arts. 821, 829 y 831 del C.C.), se puede sostener que en nuestro primer Cuerpo legal no se admite la división de la cosa común, si ella resulta inservible para su uso o su destino y, más concretamente, cuando esté referida a una empresa como unidad orgánica orientada hacia la continuidad, según reconoció la STS de 13-3-1943, donde se destaca la empresa como un todo objeto de relaciones jurídicas de carácter obligacional (*vid.* POLO 1943: 317-321). Este criterio ha sido corroborado por la STS de 13-2-1992 (RJ\1992\842). Si bien el supuesto de hecho versó sobre una compraventa de una empresa, el Alto Tribunal entendió que es posible transmitir una empresa en su totalidad en total conjunto o solo parcialmente. Por su parte, HERNANDO CEBRIÁ (2001: 1891), comentando la STS de 8-4-2000 (RJ\2000\2354), señala que dicha resolución aporta un concepto unitario de empresa, pero dicho criterio no es unánime, pues la STS de 13-10-1987 (RJ\1987\6937), declaró que en "nuestras leyes desconocen el concepto de empresa como una universalidad".

Desde mi punto de vista, el art. 1056 del C.C. es un claro ejemplo de conservación de la empresa, cuando dicho precepto le otorga al testador la facultad no solo de fijar la cuota del heredero o legatario, sino de señalar los bienes que la componen en aras de conservar la empresa. La continuidad y conservación de una empresa, como señalan Díez PICAZO (1980: 316); SIMÓ SANTOJA (1959: 128); y DÁVILA GARCÍA (1959: 583-584), son los dos principios que deben presidir la transmisión de una empresa. La conservación pasa primeramen-

te por proveer la sucesión. Esto consiste en designar la persona adecuada y el reparto equitativo de los bienes. Como escribe REYES LÓPEZ (1993: 5483), las consecuencias del fallecimiento inesperado del empresario provocan, entre otras, la apertura del proceso intestado y, con ello, la aparición de una comunidad hereditaria, que en nada favorece la continuidad de la empresa. La conservación de la empresa familiar está en considerar la voluntad testamentaria del testador. El fenómeno sucesorio de una empresa familiar consiste en que el empresario-testador debe designar a título de legatario a uno de sus hijos o descendientes y, a continuación, establecer la obligación de abonar en metálico la cuota legitimaria de los demás interesados y la asunción de las deudas. De este modo, el heredero o legatario recibe una universalidad o una unidad compuesta de objetos susceptibles de tráfico jurídico por su particular o singular naturaleza (*vid.* BROSETA PONT (1968: 69); SIMÓ SANTOJA (1959: 127]). Esta particularidad, comentan Díez Pícazo (1980: 329) y REYES LÓPEZ (1993: 5492), está en la asunción de deuda que el testador puede imponer al legatario con liberación del heredero, si el acreedor consiente o si el heredero ha pagado cuenta con una acción de repetición contra el legatario.

2.2.4.1. La asunción de deuda

No existe un concepto de asunción de deuda en nuestro Código Civil, salvo lo dispuesto en la ley 512 del Fuero Nuevo de Navarra, que asume y define dicha figura jurídica (*vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE 2011: 283; GÁLVEZ CRIADO 2007: 25). La STS de 16-3-1995 (RJ\1995\2659), corrobora lo expuesto cuando dice: "La institución de la asunción de deudas, si bien carece de regulación precisa en nuestro Código, salvo la referencia genérica de sus preceptos 1112 y 1205, ha sido integrada doctrinalmente por la jurisprudencia de esta Sala, ya que se ha declarado que opera ocasionando la sustitución del deudor originario por el posterior, que voluntariamente acepta y asume la obligación de satisfacer la deuda, con lo que se alcanza estado liberatorio para el primero".

La doctrina se ha encargado de su concepto, como es el caso de MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2011: 283), cuando manifiesta en sentido amplio: "La asunción de deuda es la modificación de las obligaciones que afecta a su lado pasivo"; para Díez Pícazo (1998: 833), "es el

contrato celebrado por el deudor primitivo con un nuevo deudor, que asume la obligación de aquel”, por su parte, GÁLVEZ CRIADO (2007: 22) “la asunción de deuda es un efecto o resultado jurídico que deriva de un acuerdo de voluntades en virtud del cual un tercero (asumente) se obliga a cumplir una deuda que habitualmente ya existe”.

En Roma no fue posible la transmisión de las obligaciones a terceros sujetos, pero de forma indirecta un nuevo deudor se obliga a pagar en lugar del anterior (expromisión), extinguiendo la deuda procedente y, en su lugar, nace una nueva obligación (*vid.* DÍEZ PICAZO 1988: 835; GÁLVEZ CRIADO 2006: 3). En la *expromissio* se puede sustituir a un deudor por otro, en donde el acreedor se hace prometer por el nuevo deudor, quedando el anterior liberado de la deuda formalizada mediante una estipulación (*vid.* DÍEZ PICAZO 2008: 1015). En la delegación se encarga a un tercero la misma prestación mediante estipulación novatoria (*delegatio obligationis*), que supone un cambio del sujeto pasivo entre el acreedor y el nuevo deudor (*vid.* DÍEZ PICAZO 2008: 1016; GÁLVEZ CRIADO 2006: 3). La diferencia, apunta FUENTESECA (2000: 79), está en que en la *expromissio* el acreedor toma la iniciativa de estipular el cambio del deudor, sustituyéndole por otro; mientras que en la *delegatio* es el deudor el que encarga a un tercero, mediante *iussus*, prometiendo la misma deuda ante el acreedor. En las Instituciones de JUSTINIANO (3,29,3) la *transfusio atque translatio obligationis* de una deuda procedente a otra obligación se realizaba mediante la voluntad de partes, es decir, se sustituye la *stipulatio* como instrumento formal por el *animus novandi* (*vid.* GÁLVEZ CRIADO 2006: 6).

En nuestro Derecho de Partidas (P. 5.^a, tít. 14.^o, Leyes 15.^a-19.^a), se recoge la obligación como forma de extinción y la novación como ánimo de extinguir o modificar la primera, reemplazándola por otra nueva. En el Proyecto de Código Civil de 1851, en donde el art. 1134 define la novación del contrato (concepto que no se corresponde con la tradición romana), el art. 1136 alude a la delegación y el art. 1137 parece querer regular la expromisión. En el vigente Código Civil en su art. 1156, dentro de las formas de extinción de las obligaciones, está la novación y se remite a los arts. 1203-1213 del C.C. para su desarrollo. En su art. 1203 las obligaciones pueden modificarse, lo que, en opinión de SANCHO REBULLIDA (1991: 600), no se corresponde con el concepto romano.

FUENTESECA (2000: 231) entiende que puede considerarse como un residuo de la novación justiniana: no es que exista la novación modificativa, sino que se puede novar una obligación alterando algunas condiciones, si con ello se extingue la procedente para crear una nueva en su lugar. En todo caso, la doctrina (26) admite la novación modificativa. En cuanto a la asunción de deuda, se admite como un contrato atípico (*vid.* DÍEZ PICAZO 2008: 1033), que, por las estipulaciones convenidas entre las partes, se puede establecer que el primitivo deudor queda sustituido por otro (asunción liberatoria) o bien que ambos deudores frente al acreedor quedan acumulados (asunción cumulativa). Pero también nos aclara GÁLVEZ CRIADO (2007: 45) que no estamos ante un contrato predeterminado y unitario, sino que supone un punto de encuentro de diferentes operaciones jurídicas para asumir una deuda ajena y preexistente por un tercero como nuevo deudor ante el acreedor, siempre que el mencionado acreedor la consienta.

2.2.4.1.1. La asunción de deuda liberatoria

La sustitución del deudor tiene dos modalidades: a) la expromisión, cuando un tercero sustituye al deudor principal tomando para sí la deuda de la que el acreedor es consiente; b) la delegación, cuando existe un acuerdo entre el asumente y el deudor primitivo que procede a la oferta al acreedor, según la STS de 21-5-1997 (RJ\1997\4235), SAP de Asturias de 30-9-2004 (EDJ 2004/150999), (*vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE 2011: 285).

En el presente epígrafe solo desarrollaremos la asunción de deuda en forma expromisoria. Ciertamente, la forma expromisoria es un acuerdo de intervención de un tercero en una relación preexistente celebrada entre el deudor y el acreedor, en cuya virtud dicho tercero se incorpora a la relación con la intención de obligarse frente al acreedor a cumplir la prestación que le corresponde al primitivo obligado (*vid.* ADAME MARTÍNEZ 1996: 178). El tercero, que libera al deudor primitivo, si el acreedor lo consiente, denota una relación de

(26) DÍEZ PICAZO (1998: 800); ÁLVAREZ JOVEN (2012: 293); HERNÁNDEZ GIL (1961: 81); AZURZA (1950: 597), GARCÍA CANTERO (1988: 81); ROGEL SÁNCHEZ (1990: 571); SANCHO REBULLIDA (1991: 634); CRISTÓBAL MONTES (1973: 1177-1178); y GETE-ALONSO CALERA (1989: 305).

valuta (*vid.* ADEME MARTÍNEZ 1996: 187), entre el tercero y el acreedor, pero no cabe una relación de cobertura; así, lo que se destaca de dicha relación es su espontaneidad (*vid.* ADEME MARTÍNEZ 1996: 183; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO 2003: 113).

El parágrafo 414 del BGB dispone: "Una deuda puede ser asumida por un tercero mediante contrato con el acreedor, de modo que el tercero se subroga en lugar del deudor procedente". En nuestro Derecho el art. 1205 del C.C. prevé la llamada novación subjetiva y pasiva en forma expromisoria, que, en opinión de GÁLVEZ CRIADO (2007: 54), "autoriza a que un tercero, con consentimiento del acreedor, se inmiscuya en la esfera jurídica ajena *inaudita parte debitoris*" desde el momento de la celebración del contrato o, como dice STORCH DE GRACIA (1987: 1110), aunque el art. 1205 del C.C. señale la novación a partir de la STS de 22-2-1946 (RJ\1946\254), se entiende que "aun cuando nuestro Código Civil no haga referencia expresa a la asunción de deuda, únicamente regulada en el Código civil alemán, un importante sector doctrinal estima la posibilidad de aplicar sus normas fundamentales utilizando las disposiciones referentes a la novación de las obligaciones por cambio en la persona del deudor".

MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2011: 287) escribe que en la expromisión el deudor queda liberado, cuando el acreedor haya consentido su liberación, de tal manera que el acreedor puede reclamar del nuevo deudor y este queda obligado a cumplir frente aquel. Estamos, por tanto, ante un contrato atípico, según la STS de 27-6-1991 (RJ\1991\4631), en que libremente las partes lo han formalizado (*vid.* DÍEZ PICAZO 2008: 1023; PUIG BRUTAU 1996: 344; SSTs de 7-11-1986 [RJ\1986\6217]; 22-3-1991 [RJ\1991\2428]), consentido por el acreedor, cuya exigencia tiene su respaldo en nuestro Derecho positivo en los arts. 1205 del C.C. y 118 de la LH, que puede ser expresa (declaración de voluntad) o tácita (inducido por actos llevados a cabo por el acreedor) (*vid.* DÍEZ DE PICAZO 2008: 1025). MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2011: 286; y BASOZÁBAL (2000: 136), afirman con base en el art. 118 de la LH, que el consentimiento es expreso, y que debe constar claro y, con ello, excluyen la forma presunta, sin perjuicio de que se efectúe en tiempo y forma para que la liberación del primitivo deudor sea efectiva, STS 6-6-1991 (RJ\1991\4421). La SAP de Asturias de 30-9-2004 (EDJ 2004/150999), señaló: "Para que la asunción produzca plena eficacia liberatoria es imprescindible el

consentimiento del acreedor, no cabe de forma tácita o presunta, sino expresa y decidida, no siendo preciso que coincida con el acto asuntivo, ya que puede ser posterior”.

El consentimiento es un requisito esencial y no una mera formalidad o, como señalan BASOZÁBAL (2000: 134); y PUIG FERRIOL (1996: 341), se trata de una declaración de voluntad negocial y recepticia anterior o posterior, cuya función es liberar al deudor principal y dejar en su lugar a un nuevo deudor que se obliga ante el acreedor, no pudiendo [el acreedor] impugnar ni reclamar al deudor primitivo, ya que, la liberalidad confirma la asunción de la relación existente. El consentimiento libera al deudor primitivo y, por tanto, asume el nuevo deudor la deuda tal y como se encontraba en manos del deudor originario, ya que, el contenido de la asunción asumida puede ser dinero, cosas específicas, genéricas o determinadas, servicios o cualquier prestación (*vid.* BASOZÁBAL 2000: 133-134). El consentimiento liberatorio puede coincidir con el acuerdo entre el nuevo deudor y el acreedor, pero Díez PICAZO (2008: 1025; y BASOZÁBAL (2000: 134), estiman que puede ser anterior (el acreedor previamente autoriza al deudor para trasladar dicha deuda a un nuevo deudor), o puede ser posterior (el acreedor presta el consentimiento, una vez conocido el convenio entre las partes).

En el supuesto de una insolvencia sobrevenida y una vez perfeccionado el contrato de asunción de deuda, puede no presentarse problemas, si estamos ante una asunción cumulativa, ya que, el nuevo deudor refuerza el crédito junto con el deudor primitivo ante el acreedor. Si este último aprecia que el nuevo deudor no es solvente, puede dirigir su acción contra el deudor originario. No pasa lo mismo con la asunción de deuda liberatoria, porque el primitivo deudor queda sustituido por otro; si resulta que es insolvente no puede el acreedor reclamarle la deuda al deudor primitivo, sino al asumente de la deuda, salvo que la insolvencia, como dice el art. 1206 del C.C., sea anterior, pública y conocida en el momento de formular la asunción. En cuanto a las obligaciones accesorias y, concretamente, en la asunción liberatoria, si el acreedor ha consentido, subsisten las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hayan prestado consentimiento (art. 1207 del C.C.). Por el contrario, PUIG FERRIOL (1996: 350), estima que los fiadores quedan obligados, si prestan consentimiento coetáneo o posterior.

2.2.4.1.2. La asunción de deuda cumulativa

El término “asunción cumulativa” cuya construcción se debe a la jurisprudencia que, en opinión de ADEME MARTÍNEZ (1996: 195-196), resume en tres características: a) la asunción cumulativa funda una obligación independiente de un tercero en los términos establecidos entre dicho tercero y el acreedor; b) posee unanimidad en configurar la responsabilidad solidaria; c) generalmente, se denomina asunción cumulativa, acumulativa o de refuerzo a cualquier intervención que no libere al deudor primario. Con todo, podemos definirla según ADAME MARTÍNEZ (1996: 199) como “un acuerdo entre el acreedor y un tercero por el que éste asume la deuda colocándose solidariamente junto al primitivo deudor”. La STS de 15-12-1989 (RJ\1989\8832) declaró que “conforme a las SS. de 22-2-1946 (RJ\1946\254), 10-2-1950 (RJ\1950\194), 7-6-1975 (RJ\1975\3263), 9-6-1981 (RJ\1981\2518) y 8-10-1984 (RJ\1984\4765) la asunción liberatoria del primitivo deudor hay que distinguirla de la asunción cumulativa, acumulativa o de refuerzo, en la que un tercero se une al deudor originario con vínculo solidario SSTS de 7-12-1971 (RJ\1971\5154) y 17-6-1985 (RJ\1985\3277)”. La STS de 22-3-1991 (RJ\1991\2428), manifestó que “como se dice muy concretamente en la doctrina de esta Sala –SS de 7-11-1986 (RJ\1986\6217) y 15-12-1989 (RJ\1989\8832)–, cuando la asunción de deuda se hace por introducción de un nuevo deudor en la relación obligacional del pago de un contrato en el que no es parte el que asume tal compromiso, lo que no requiere la liberación del primitivo deudor, sino que se adhiera con vínculo solidario a la obligación contraída por éste no se está en presencia, ni mucho menos, de las previsiones del art. 1206 del C.C., ni técnicamente en las figuras delimitadas en los arts. 1203 y 1204 del mismo Cuerpo legal, porque ni se extingue ni se modifica la obligación que se mantiene intacta, sino que se añade una nueva obligación libérrimamente contraída por un tercero que refuerza el resultado final del pago en los términos, condiciones, circunstancias y modos que ese tercero ofrezca, con lo que coadyuva al propósito de feliz término y cumplimiento de la primitiva obligación y que tan solo precisa para su vinculación de la aceptación expresa o tácita del acreedor, como incuestionablemente lo es el dirigirse en reclamación judicial de la deuda por el tercero asumida, siendo el caso, por tanto, que esa nueva obligación, es decir, la asunción de deuda

acumulativa es un negocio atípico en nuestro derecho positivo que, como tal ha de regirse por los pactos establecidos por las partes y consentidos por el acreedor y que han de respetar todos los interesados”.

En el Derecho romano la expresión “obligación cumulativa” se reservaba para supuestos desprovistos de forma y que no pertenecían a la categoría de los contratos (*vid.* GÁLVEZ CRIADO 2007: 222-224). La llamada *intercessio cumulativa* consistía en un “acto por el cual una persona respondía voluntariamente de la deuda de otro”. En el Derecho romano clásico la intercesión consistía en cualquier forma de asumir una obligación ajena (27). En dicha época existían dos formas: a) intercesión cumulativa (adhesión a la deuda), cuando el asumente se obliga conjuntamente con el deudor principal y frente al acreedor (la fianza); b) la llamada intercesión privada, cuando se sustituía a un tercero mediante novación o *litis contestatio* (28).

Inicialmente, con relación a la fianza, existían dos tipos: una, la *adspromissio* o fianza estipulatoria, resultado de la refundición de dos formas que coexistían en dicha época –*sponsio* y *fidepromissio*–, (*vid.* Reyes LÓPEZ-BUIGUES OLIVER 1996: 1456-1468), cuando el deudor se yuxtapone al principal para garantizar una obligación; la otra es la denominada *fideiussio*, fianza verbal y accesoria por la que el asumente promete lo mismo que el deudor principal (no más ni otra cosa), teniendo el fiador las mismas excepciones que el deudor, y siendo solidario ante el acreedor (*vid.* REYES LÓPEZ-BUIGUES OLIVER 1996: 1469).

En el Derecho justiniano en relación con los garantías personales, se caracterizó por la simplicidad (*vid.* GÁLVEZ CRIADO 2007: 229; SAIZ LÓPEZ 1991: 2006). El emperador Justiniano en el año 535 d. C. introduce el *beneficium excussionis* (*vid.* ARIAS RAMOS-ARIAS BONET 1981: 664), por cuya virtud el fiador puede exigir que el acreedor

(27) La *intercessio* englobaba, entre otros, negocios de garantía reales, personales, obligatorios, solidarios, tanto privativos como conmutativo, en la que los jurisconsultos tenían que interpretar, conforme al Senadoconsulto Velejano de mediados del siglo I d. C., los supuestos de fianza en que la mujer intercedía (*vid.* ARIAS RAMOS-ARIAS BONET (1981: 664); D'ORS (1991: 505-506); Reyes LÓPEZ-BUIGUES OLIVER (1996: 1472); INFANTE RUIZ (2004: 111-114); GÁLVEZ CRIADO (2007: 223); y LATORRE (2007: 223).

(28) *Vid.* JÖRS-KUNKEL (1965: 310); SCHULZ (1960: 544); IGLESIAS (1992: 472); ROCA SASTRE-PUIG BRUTAU (1948: 189); y OLIVER SALA (2002: 102).

reclame primeramente el cobro al deudor (*vid.* Reyes LÓPEZ-BUIGUES OLIVER 1996: 1487). Para los supuestos en que existan varios fiadores obligados solidariamente, por una epístola del emperador Adriano (*epistolae Hadriani*), se obligó al acreedor a fraccionar su demanda en el momento de la *litis contestatio* D. 46,1,28; GAYO 3,121 (*vid.* Reyes LÓPEZ Y BUIGUES OLIVER 1996: 1472-1474; DÍAZ BAUTISTA 1980: 686-688).

Los juristas del Derecho intermedio, escribe GÁLVEZ CRIADO (2007: 232), tuvieron que enfrentarse al problema de decidir cuándo la voluntad del fiador de una deuda tiene efectos novatorios, o cuando mediante dicha voluntad y en beneficio del acreedor, se produce una acumulación de deudores. Concretamente, en nuestro Derecho de Partidas aparecen formuladas las principales reglas del contrato de fianza: P. 5.^a, tít. 12.^o, Ley 1.^a, que dice: “Fiador tanto quiere decir, como hombre que da su fe o promete a otro de dar o de hacer alguna cosa”; la P. 5.^a, tít. 11.^o, Ley 3.^a, señala: “Queriendo un hombre a otro obligarse por pagar deudas ajena [...]”.

En el Proyecto de Código Civil de 1851, art. 1733, se dice que “La fianza es la obligación de pagar o cumplir por un tercero, en caso de que este no lo haga”. El vigente art. 1822 del C.C. dispone: “por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste”.

En la doctrina alemana la “Interzession”, “asunción de una obligación por otro”, históricamente supuso un concepto genérico, en donde se incorporaban figuras heterogéneas y donde los Pandectistas alemanes, basados en el inveterado Derecho romano, otorgaron naturaleza jurídica a la asunción por un sujeto que asume una obligación ajena sin alterar la relación (*vid.* INFANTE RUIZ 2004: 120 y 142). Quedó de este modo conceptualizada la asunción cumulativa de deuda como “el contrato por el cual el asumente (*Schuldübernehmer*) se compromete frente al acreedor de una obligación ya existente a la misma prestación que el deudor originario de esa obligación colocándose a éste sin liberarlo” (*vid.* INFANTE RUIZ 2004: 143).

Sin embargo, la doctrina española (29) desarrolló un concepto

(29) CARRASCO PERERA *et al.* (2008: 162-163), CARRASCO PERERA (1992: 65,70, 165-175), GUILARTE ZAPATERO (1990: 42), FERNÁNDEZ VILELLA 1996: 808); PUIG BRUTAU (1956: 533); BADOSA COLL (1970: 479); LATORRE (1970: 118); GÁLVEZ CRIADO (2007: 238-239); BASOZÁBAL (2000: 121,129); ADAME MARTÍNEZ (1996: 209, 228); y ROCA SASTRE-PUIG BRUTAU (1948: 188); escriben que en

amplio de intercesión, que ADAME MARTÍNEZ (1996: 199) define como "un acuerdo entre el acreedor y un tercero por el que éste asume la deuda colocándose solidariamente junto al primitivo deudor". No obstante, un sector de la doctrina estima que "asunción cumulativa" y "fianza" son equivalentes. Concretamente, CARRASCO PERERA (1992: 85) define la fianza como un "negocio jurídico bilateral de carácter consensual entre el acreedor y el fiador, en virtud del cual nace la obligación (unilateral) del fiador de cumplir por un tercero". La fianza es un título contractual, creador de obligaciones que concurren con otros contratos como fuente generadora de obligaciones. Pero, añade, que en su encuadre sistemático la fianza se presenta como una institución sustancial, independiente de su calificación contractual (30).

La asunción cumulativa de un crédito ajeno puede ser en forma expromisoria, delegatoria o como contrato entre el deudor y el tercero por el que este se adhiere a la deuda. Por tanto, en la asunción cumulativa el tercero "asume", pero no "garantiza la deuda", mientras que la fianza se garantiza el interés del acreedor; en la asunción no existe una acción de regreso, pero, si se pacta estamos ante una fianza.

los Comentarios al Código Civil alemán de Staudinger (*Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, Leipzig, 1929, II-3.º, pág. 1469), tratando el tema de la fianza se dice que, genéricamente, la intercesión consiste en "la asunción de una obligación por otra", que a su vez puede ser: a) intercesión primitiva o liberatoria, en donde el deudor primitivo quedaba liberado quedando subrogado el nuevo deudor; b) intercesión cumulativa o de refuerzo, que se subdivide en 1.- asunción de cumplimiento, contrato por el cual un tercero se obliga con el deudor a cumplir la obligación; 2.- asunción cumulativa o de refuerzo (adhesión a la deuda), en donde un tercero asume la deuda junto con el deudor originario en concepto de deudor solidario.

(30) CARRASCO PERERA (1992: 37), parte de la existencia de tres tipos: en primer lugar, el tipo ejemplar; en segundo, lugar el tipo básico, y, en tercer lugar, la obligación de refuerzo y, en consecuencia, la garantía personal. El tipo ejemplar (*op. cit.* 1992: 38-49), es "aquella relación jurídica entre el deudor y el fiador que posibilita una acción de regreso"; el tipo básico (*op. cit.* 1992: 65-83), distingue la fianza y la obligación fideusoria. La fianza no es una obligación ni un modo de obligarse, sino un título del que surge la obligación fideusoria; por último, la asunción acumulativa (*op. cit.* 1992: 165-175), es un "convenio entre deudores" con el que se haya dado lugar a la creación de una obligación de refuerzo por entrada de un nuevo deudor en la situación del antiguo, sin carácter liberatorio".

Por tanto, la fianza queda constituida como una garantía personal, accesoria y subsidiaria (31), características que no se corresponde con una asunción de deuda cumulativa o de refuerzo, que consiste en "ser cualquier forma de intervención que no libera al primitivo obligado" (*vid.* ADAME MARTÍNEZ 1996: 194- 197), o, como afirma la STS de 22-3-1991 (RJ\1991\2428), se produce "cuando la asunción de deuda se hace por intromisión de un nuevo deudor en la relación obligacional del pago de un contrato en el que no es parte el que asume tal compromiso, lo que no requiere la liberación del primitivo deudor, sino que se adhiere con vínculo solidario a la obligación contraída por éste".

2.2.5. Recapitulamos

El legatario de una empresa familiar debe ser designado mediante disposición testamentaria. En dicho acto deberá constar la designación a título de legado de la totalidad de la empresa, se ordenará el pago en metálico de las legítimas a los demás legitimarios y, por último, la asunción por el legatario de las deudas de la empresa. Si no existe dicho testamento, no cabe el legado de empresa familiar (STS 2-3-1972 RJ\1973\894). Por otro lado, la empresa como patrimonio hereditario, sobre el que no se haya dispuesto por vía testamentaria, forma al fallecimiento de su titular una comunidad hereditaria constituida por tantos herederos como hijos tenga el empresario que, en modo alguno, favorece a la empresa (*vid.* REYES LÓPEZ 2000: 160), pues estamos ante un patrimonio en liquidación que requiere saldar deudas para después adjudicar los bienes a los herederos. Por tanto, se trata de una situación transitoria, salvo que se gestione en comunidad.

El mayor problema que tiene un legado de empresa familiar son las deudas de dicha empresa, que, al transmitirse, forman un todo. La solución que proponemos consiste en que el testador deje dispuesto que el legatario debe asumir las deudas. En este supuesto estamos ante una "asunción de deuda en forma expromisoria", porque al fallecer el titular de las deudas (el empresario) y disponer que el legatario asuma las relaciones jurídicas preexistentes, el asumente se compromete ante el acreedor (*vid.* ROCA-SASTRE MUNCUNILL 1980:

(31) *Vid.* ADAME MARTÍNEZ (1994: 659); Díez PICAZO (2008: 482); DELGADO ECHEVARRÍA (1986: 502); PÉREZ ÁLVAREZ (2011: 791); GILARTE ZAPATERO (1990: 16, 41); MARTÍNEZ CALCERRADA (1992: 818); y DE ROVIRA MOLA (1958: 692, 695).

201; SIMÓ SANTOJA 2005: 53), salvo que el asunto (el acreedor) no acepte el supuesto, que, por otro lado, estimo poco probable, pero no imposible. En este caso estaríamos ante una "asunción cumulativa", donde junto al legatario (asumente), se presenta un tercero que refuerza la deuda ante el acreedor.

No obstante, cabe la posibilidad de que el testador no haga mención alguna sobre las deudas de la empresa. Sobre el particular existen dos posturas doctrinales: a) el legatario no responde de las deudas y los créditos anteriores al fallecimiento del testador (*vid.* ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR 1947: 599); que según Díez Pícazo (1980: 320-323), no existe un traspaso de las deudas al legatario, sino fallecido el deudor pasan al heredero; o, según Reyes López (2000: 158) las deudas de la empresa no se traspasan al legatario, sino a los herederos que responderán solidariamente; b) el legatario debe asumir el activo y pasivo de la empresa. Así, Dávila García (1946: 587-588) afirma que el pago de las deudas lo decide el testador, pero, ante el silencio del mismo, el nuevo empresario (el legatario) asume el pago de las deudas; Puig Brutau (1960: 851) entiende que, de tratarse de deudas inherentes a la explotación, corresponderá al legatario, como le corresponde, de igual modo, si la empresa está empeñada o hipotecada; Simó Santoja (2005: 53) señala que la legitimación pasiva corresponde al heredero, salvo que el testador imponga el pago al legatario mediante una asunción liberatoria o pague el heredero y después repita contra el legatario.

Con todo, creo que, como escribe el profesor Lacruz (2009: 240), corroborado por el profesor García Cantero (1973: 789), los legatarios están subordinados al pago de las deudas y a la satisfacción de las legítimas, pues la dispersión de los bienes perjudicaría la integridad de la masa, que, en vida del causante, como después de su muerte, sirve de garantía a los acreedores.

III. EL PROTOCOLO FAMILIAR

3.1. Contenido y estructura del protocolo familiar

3.1.1. Introducción

En el presente capítulo "El protocolo familiar" abordamos el con-

tenido de dicho protocolo como "cultura de la empresa familiar". Antes queremos proponer un concepto de empresa familiar que, por otro lado, no existe en nuestro ordenamiento jurídico, pero a los efectos de transmitir una empresa unipersonal, debemos entenderla como una unidad, pues desde el punto de vista de la transmisión por causa de muerte, le son de aplicación las normas del Derecho sucesorio. Como ha puesto de relieve PALAZÓN GARRIDO (2003: 105), "la empresa se transmite *mortis causa* como una unidad, sin que la muerte del causante suponga la desintegración de lo que, en su vida, era unidad económica funcional". Por tanto, aquí se considera la empresa como una propiedad, cuya titularidad privada es objeto de tráfico jurídico. La empresa como complejidad económica, cuando se transmite por causa de muerte, los bienes que la componen no se toman de forma singularizada, porque su agregación carece de relevancia.

ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR (1956: 413) escribe a cuento de la polémica suscitada en la doctrina italiana sobre el concepto de pequeña empresa, el Derecho Mercantil se había olvidado o, por lo menos, solo tenía en cuenta a las grandes empresas. En principio, la polémica quedó zanjada cuando se dijo que, si tal cosa ocurrió, fue por dispensar de ciertas obligaciones a las que estaban obligadas las empresas mayores. No obstante, el vigente Código Civil italiano de 1942 recogió en el art. 2083 un concepto de pequeña empresa.

Por nuestra parte, hemos propuesto un concepto amplio y multívoco, sin encuadre determinado y sometido a dos características: la existencia de la empresa y la titularidad de la misma.

La continuidad de la empresa familiar está justificada, afirma Alonso ESPINOSA (2012: 2), en las cifras macroeconómicas que supone un fenómeno normal y corriente, además de que sus fundadores, personas que, antes o después, están unidas por vínculos familiares y, la empresa así fundada, no solo prospera, sino subsiste a sus fundadores a través del testamento, medio por el cual heredan y se generaliza la continuidad a través de sus sucesores a la muerte de su fundador.

La segunda cuestión que desarrollamos en el presente capítulo es el testamento y su importancia, ya que la perdurabilidad de la empresa se garantiza mediante el testamento: acto formal, revocable y personalísimo, basado en la autonomía de la voluntad del testador. Por último, abordamos el protocolo familiar como "cultura de la

empresa familiar”, la declaración de principios dirigidos a los miembros de la empresa y los llamados sucesores, que, como denomina Alonso ESPINOSA (2012: 3), “Código de buenas conductas” entre el titular y sus descendientes regulados a través de un marco jurídico proyectado sobre la empresa, su continuidad y su prosperidad.

3.1.2. La importancia del testamento

El tema capital del testamento del empresario estriba en hacer compatible la dirección unitaria de la empresa con la pluralidad de participaciones en sus beneficios (*vid.* PUIG BRUTAU 1960:852). Los presupuestos para la transmisión por causa de muerte de una empresa familiar son: que exista la empresa y que fallezca su titular (*vid.* GARCÍA CANTERO 1995: 101-105). A lo largo de la vida empresarial es necesario el adecuado asesoramiento que contemple las variantes de la empresa, así como sus perspectivas económicas. Por ello, que una forma de actuar jurídicamente en la empresa familiar está en el otorgamiento de un testamento, utilizando el mecanismo sucesorio y, en todo caso, respetando los derechos de los legitimarios.

La sucesión testada es la que ha sido dispuesta por el causante en testamento. El art. 658 del C.C. dispone: “La sucesión se difiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento”, que, como ha puesto de relieve O’CALLAGHAN MUÑOZ (1999: 110-113), por la vocación se produce el llamamiento de los posibles herederos y, por la delación, se produce el ofrecimiento de la herencia, con la posibilidad de aceptarla. En nuestro sistema se recoge el principio *favor testamenti* sin que por ello pueda coexistir con la intestada, cuando el testador no ha dispuesto de todo su patrimonio. El fundamento de la sucesión testada está en la propiedad privada consistente en la transmisión por causa de muerte y en la autonomía de la voluntad del testador (*vid.* O’CALLAGHAN MUÑOZ 1999: 117-118).

La ordenación sucesoria supone una atribución patrimonial. Así que, ordenación y atribución por causa de muerte se corresponden con los títulos de la empresa familiar mediante un instrumento básico: el testamento, como expresión de la voluntad de quien dispone de sus bienes, derechos, obligaciones y cargas para después de su muerte. Nos valemos del ejemplo que propone PUIG BRUTAU (1960: 847) al “atribuir a todos sus hijos el mismo beneficio patrimonial y

conservar, a pesar de ello, la unidad de la empresa. Para el primero bastaría instituir herederos a todos por partes iguales; para el segundo, convendría atribuir la empresa a uno solo". VALLET DE GOUTISOLO (1991b: 573) añade que es esta la finalidad del testamento: hacer compatible la unidad de dirección de la empresa con la posibilidad de participación en sus beneficios. De este modo, el patrimonio empresarial no constituye un patrimonio separado, pues la única manera de liberarse de la responsabilidad que tiene frente al deudor es manteniendo el consentimiento del acreedor.

Como escribe REYES LÓPEZ (2010: 270), generalmente se viene entendiendo por patrimonio "al conjunto de relaciones jurídicas de contenido económico sometido a un régimen unitario de gestión y responsabilidad". La empresa familiar supone un conjunto de derechos, obligaciones, cargas y bienes integrado en el patrimonio del empresario, que, cuando falta su titular, hay que acudir al régimen sucesorio. Para que el patrimonio sobreviva es necesario su perdurabilidad (*vid.* REYES LÓPEZ 2010: 272), o, como señala HUERTA TRÓLEZ (2004: 107), el testamento es un instrumento que asegura la continuidad y cohesión de la empresa, por lo que es necesario la adopción de una serie de medidas que aseguren el tratamiento de bienes y deudas integradas en el patrimonio familiar. A estos efectos, Díez Soto (2010c: 146), añade que, mediante el testamento el testador puede designar herederos o legatarios, así como distribuir sus bienes, ordenar legados, imponer condiciones, cargar obligaciones, nombrar administradores, albaceas, contador-partidor y, en general, adoptar un régimen de sucesión por causa de muerte a las singulares características de la empresa familiar.

Cuando existe un único heredero, por lo general, la continuidad y conservación de la empresa es pacífica. Pero, cuando son varios los llamados, surge una comunidad que, en principio, puede plantear problemas. Así, *v. gr.*, cuando el testador impone que la empresa sea explotada en comunidad, se plantea la cuestión de si es aplicable el art. 1051, precepto que establece la regla de que ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión, en consonancia con lo dispuesto en el art. 400 del C.C., en cuya virtud ningún copropietario estará obligado a permanecer en comunidad. Esta regla tiene una excepción: el testador lo prohíba expresamente, o puede venir señalado con plazo o sin él, No obstante, el art. 1051-2.º se remite a lo establecido en el art. 1700 del C.C. si

acaecen los supuestos del mencionado art. 1700, el testador no podrá evitar que se disuelva la comunidad. Otra cosa será, como escribe FUENTES MARTÍNEZ (2010: 245), si el testador impone la constitución de una sociedad entre los llamados, es decir, se transforme en una sociedad mercantil, haciendo a todos los coherederos partícipes de conservar y mantener la empresa. Por su parte, GOMÁ LANZÓN (2010: 454), escribe que "otra posibilidad de actuar jurídicamente sobre la empresa familiar será el otorgamiento de un testamento en el que se utilicen los mecanismos sucesorios que la ley nos concede como medio para preservar la empresa familiar, sin perjuicio del respeto de los derechos legitimarios".

Como hemos expuesto más arriba, el art. 821 del C.C. permite mantener el legado que recaiga sobre finca que no admite cómoda división, quedando para el legatario, si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y si es abonado a los legitimarios el resto en metálico. El art. 829 del C.C. permite la eficacia de la mejora en cosa determinada, de tal manera que, si excede del tercio destinado a mejora, de la parte de legítima [del mejorado], además del tercio de libre disposición, es decir, hechas las imputaciones, el exceso, si existe, se abonará en metálico a los demás interesados. El art. 831 del C.C. regula la denominada "fiducia sucesoria" por su marcada influencia floral, que admite la posibilidad de que el cónyuge pueda realizar a favor de los hijos mejoras y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio. Por último, según el art. 1056-2.º del C.C. el testador podrá conservar la empresa en interés de la familia y mantener indivisa o llevar el control de una sociedad, disponiendo el pago en metálico a los demás interesados (*vid.* VALLET DE GOYTISOLO 1991b: 580-581; Huerta Trólez 2004: 110-116).

Desde mi punto de vista, los preceptos señalados suponen la posibilidad de que el testador deje el título de legatario a uno de sus herederos o a un tercero, y a los demás legitimarios el pago en metálico de sus legítimas, con el fin de evitar la división de la explotación familiar.

3.1.3. Concepto de empresa familiar

En nuestro ordenamiento jurídico no existe un concepto de empresa familiar, salvo lo previsto en la legislación tributaria (*vid.* CERDÁ

ALBERO 2004: 67), pero no cabe duda que estamos ante una realidad económica. La empresa de cualquier dimensión parte de una organización que presenta un factor económico (capital y trabajo) para ofrecer bienes y servicios al mercado, pero en el ámbito familiar no es posible un concepto rígido de la empresa familiar por estar sometida a dos variantes: a) preeminencia del trabajo sobre el capital; b) mayor participación del grupo familiar sobre el grupo ajeno (*vid.* ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA 1999: 12). En opinión de VICENT CHULIÁ (2000: 25), la empresa familiar se fundamenta en dos valores: a) la empresa que se rige por el rendimiento y los resultados; b) la familia que se rige por la protección y la lealtad. Dicha acepción provoca, como ha puesto de relieve REYES LÓPEZ (2003: 5482), la delimitación entre el empresario individual y el empresario societario. Como es notorio en el ámbito del Derecho sucesorio, a la empresa individual se le aplican las normas propias de las personas físicas que, específicamente, concurren en el régimen matrimonial; mientras que, el empresario societario está sometido al régimen de responsabilidad limitada, sociedad anónima, en comandita o comanditaria por acciones.

El concepto de que partimos, sin tomarnos licencia en el tema, como dice ÁLVAREZ LATA (2010: 556), es en sentido amplio y multívoco, sin identificarlo con ningún modelo determinado, siempre que reúna dos características: a) la existencia de un conjunto de elementos materiales e inmateriales dirigidos al desarrollo de una actividad económica productiva; b) la titularidad y gestión reservada al ámbito familiar.

Después de la publicación de la Ley 17/1973, de 21 de julio, resultaron equivalentes las expresiones "comerciante" o "empresario individual", así como por la Ley 19/1989, de 25 de julio, quedó definitivamente la referencia "empresario individual", aunque actualmente coexisten en el C.Com. Según escribe el profesor ROJO (2001: 82) el comerciante de antaño es el empresario de hoy. Así que, cuando el art. 2 del C.Com. declara que el comerciante es una persona capacitada y se dedica al comercio habitualmente, subyace la idea del empresario, el que siempre estuvo al frente del desarrollo profesional de una actividad organizada. En palabras del profesor GARCÍA CANTERO (1995: 83-84), después de la reforma de 1981 se tiene sobreentendido bajo una variada nomenclatura un concepto jurídico de empresa donde existe una variedad sustancial entre "empresa" y "explotación", que tomada en sentido objetivo, sería lo

mismo que "establecimiento". En definitiva, como en el tráfico hay conjuntos orgánicos que funcionan unitariamente, los efectos jurídicos han de ser considerados como una unidad.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el concepto de empresa. Así tenemos la STS de 13-3-1943 (RJ\1943\308), que dispuso: "la empresa, es, en suma, una verdadera organización de actividades, de bienes y de relaciones de muy variada condición, que, pese a la condición de cada uno de ellos, puede ser, en su conjunto, objeto de tráfico jurídico". De dicha sentencia el profesor POLO (1943: 319-321) ha comentado que el Alto Tribunal abordó por primera vez el tema de la "naturaleza jurídica de la empresa como objeto del tráfico jurídico", destacando, entre otros aspectos, que dicha naturaleza se plantea desde el punto de vista de la construcción unitaria de la empresa como objeto del tráfico. Esta cuestión se alza frente a las tendencias, aparentemente contradictorias: una, consistente en la desvinculación de la empresa de la persona del empresario; otra, basada en la vinculación de la empresa a la persona de su propietario. Añadimos que, solo el empresario como persona física es capaz de ser titular de los deberes empresariales. La STS de 23-3-1946 (*R.D.M.* 1946: 478), citando las SSTs de 13-3, 3-5-1943, y 7-12-1945, añade que "estimando como elementos integrantes de ella el trabajo, el capital y la organización de ambas a los fines de producción económicos, el último de estos elementos, o sea la organización, creación exclusiva del empresario, es el señalado únicamente como esencial para qué el conjunto de bienes y trabajo tenga el carácter de empresa mercantil". De dicha sentencia, comenta GIRÓN TENA (1946: 480), que el Tribunal Supremo tomó la idea de organización para ser objeto del tráfico jurídico como disciplina jurídica unitaria, basada en la armonía de los elementos que lo forman. La STS de 5-2-1954 (*R.G.D.* 1955: 951) declaró que "la transmisión constituye una unidad patrimonial, y que el adquiriente, al recibirla, no adquiere solo los elementos materiales que la informan, sino una entidad dotada de vida, según la actividad que la anima en sus relaciones jurídicas, derivadas de derechos y obligaciones que les corresponde, como objeto de derecho y elemento económico social". En la STS 13-10-1987 (RJ\1987\6937) se planteó una reclamación de cantidad basada en una enfermedad de origen profesional, donde no hay identidad de los órdenes jurisdiccionales, laboral y civil, pues las fuentes indemnizatorias tienen apoyo diferente. Los fundamentos

fácticos son los siguientes: se plantea una demanda en reclamación por la cantidad (indemnización por daños) contra una entidad mercantil. El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 8 de Sevilla dictó sentencia el 30-6-1988, estimando la reclamación. Fue apelada la sentencia de instancia ante la Sección Quinta de la Audiencia Provincial, que, por sentencia de 17-9-1990, desestimó el recurso. Se interpuso recurso de casación por la actora-epelada ante el Tribunal Supremo, quien desestimó el recurso. La sentencia del Alto Tribunal proporcionó el siguiente concepto de empresa: "frente a la concepción puramente organicista de la empresa, se suele distinguir en los momentos actuales la actividad del organizador, como aspecto meramente subjetivo, de imposible transmisión, puesto que, siempre que se reemplaza un empresario por otro en el ejercicio de su actividad económica, profesional y organizada, desaparece una empresa, naciendo otra nueva, aunque esta se valga de los mismos medios instrumentales que la anterior, que constituyen, como conjunto coordinado de bienes y servicios (aspecto objetivo), lo que se suele denominar establecimiento comercial, industria, negocio, explotación o, en la concepción jurídica francesa, "fonds de commerce", y, en la italiana, "azienda", que es, por el contrario, lo que realmente se puede transmitir. Mas el establecimiento, el fondo de comercio, así entendido, está formado por innumerables elementos, como el trabajo del personal asalariado, los bienes inmuebles, los bienes muebles, corporales o incorporeales, los fungibles o no fungibles, la propiedad comercial, la propiedad industrial, los derechos reales o de crédito, la clientela, las marcas, los rótulos, las patentes, etc. De forma sobre cada uno de ellos puede recaer una relación jurídica, distinta, a la que es la propiedad, el usufructo, el arrendamiento, el préstamo, el comodato u otros diferentes, pudiendo transmitirse el conjunto total o solo parcialmente, sin que, en la realidad, cuando se excluya algún elemento, pueda hablarse de que no se transmitió el establecimiento o fondo comercial".

3.1.4. El Protocolo familiar: concepto y naturaleza jurídica

3.1.4.1. Concepto

La Disposición Final segunda 3. de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de sociedad limitada Nueva Empresa (BOE n.º 79, de 2 de abril),

dispone: "Reglamentariamente se establecerán las condiciones, formas y requisitos para la publicidad de los protocolos familiares, así como, en su caso, el acceso al Registro Mercantil de las escrituras públicas que contengan cláusulas susceptibles de inscripción". Dicha norma ha sido desarrollada por el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero (BOE n.º 65, de 16 de marzo), por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, cuyo art. 2, párrafo 1.º, define el mencionado protocolo familiar en los términos siguientes: "a los efectos de este real decreto se entiende por protocolo familiar aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad". El informe de la Ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar (BOCG, Senado [VII Legislatura], n.º 312, de 27 de septiembre [2001: 37-38]), recomendó que con que, con anterioridad al cambio generacional, se llevara a cabo una planificación estratégica, separando los criterios familiares de los empresariales para garantizar con ello las tareas de las generaciones venideras. En este sentido, el protocolo familiar es un punto de salida y no de llegada por medio de un acuerdo documentado que delimita el desarrollo, las reglas de actuación y el comportamiento familiar. En definitiva, hablamos de un documento estratégico empresarial de gestión y planificación.

Sobre el concepto de protocolo familiar no existe unanimidad en la doctrina (*vid.* ÁLVAREZ LATA 2010: 586); no obstante, añade, que ha sido configurado como un "documento suscrito entre la familia del empresario que tiene como objetivo o función establecer las líneas maestras de lo que es la empresa familiar y cómo se concibe en la actualidad, y las directrices que se entienden convenientes *ad futurum*, con especial énfasis en la sucesión". Por su parte, FERNÁNDEZ-TRESGUE- RRES (2002: 91) entiende que el protocolo familiar es una herramienta para la autorregulación de la empresa familiar, especialmente el aspecto sucesorio y cuando deje de ser empresa; para VICENT CHULIÁ (2004: 17-18-21) el "Protocolo Familiar es un instrumento de Buen Gobierno de la sociedad familiar para hacer viable la armonización entre los valores y las funciones de dos instituciones básicas de la sociedad, como son la empresa y la familia, mediante la constitución

de una sociedad de capital"; RODRÍGUEZ APARICIO (2004: 295), lo define como "un acuerdo entre accionistas familiares titulares de bienes o derechos que desean gestionar de manera unitaria y preservar a largo plazo, cuyo objeto es regular la organización corporativa y las relaciones profesionales y económicas entre la Familia y la Empresa o el patrimonio"; GARRIDO DE PALMA (2010: 406) afirma que el protocolo es "el acuerdo entre los familiares propietarios de la empresa por el que se comprometen a organizar –con proyección de continuidad– la propiedad y el gobierno de la misma, así como su dirección y gestión y las relaciones profesionales-laborales de la empresa familiar y su conjunto"; para Díez Soto (2010b: 170) consiste en una especie de "acuerdo o convenio marco" dotado de un cierto carácter "constituyente", en cuyo otorgamiento participan los miembros de un grupo familiar vinculado a la empresa a los efectos de planificar las relaciones entre la familia y garantizar la continuidad y la permanencia"; para la Guía de la pequeña y mediana empresa familiar del Ministerio de Economía (2003: 15), se trata de un "acuerdo marco entre los miembros de la familia que regulan: a) las relaciones económicas y profesionales entre los miembros de la familia, que ostentan la condición de socios y la propia empresa; b) la gestión y organización de la empresa. Todo ello con el fin de asegurar la continuidad de la empresa de una manera eficaz". Por su parte, EGEA FERNÁNDEZ (2007: 2) considera que "el protocolo familiar es un instrumento jurídico que, con independencia de la regulación societaria, pretende ordenar las relaciones entre la empresa y familia, evitando que ambas esferas se confundan y, sobre todo, constituye una herramienta que permite diseñar el correcto relevo generacional en la sucesión de la empresa familiar"; finalmente SERRANO CAÑAS (2010: 160-161) dice que el protocolo familiar es un negocio jurídico atípico, complejo, que desarrolla la organización de la empresa familiar.

De lo expuesto se deduce claramente que no existe unanimidad en la doctrina a la hora de definir el protocolo familiar, pues o se considera como una "herramienta que pretende la ordenación", como "un instrumento de buen gobierno", como "acuerdo entre familiares", "documento suscrito entre la familia empresaria", "convenio marco", "instrumento jurídico", o, por último, "negocio jurídico". Todos, salvo algunas excepciones, coinciden en que se pretende ordenar las relaciones entre la empresa y la familia; además del correcto relevo generacional a través de la sucesión.

3.1.4.2. Naturaleza jurídica

Antes de adentrarnos en la naturaleza jurídica del Protocolo Familiar, es conveniente señalar que su complejidad es debido a que empezó a proliferar en las consultorías como herramienta que proporcionó compromisos sociales, además de organizar la Empresa y la sociedad familiar, como medio de subsistencia y continuidad.

En principio, el Protocolo familiar tiene naturaleza jurídica contractual (32), a pesar de que conceptualmente se usa otro tipo de expresión. Ello es debido, señala EGEA FERNÁNDEZ (2007: 7), a la particularidad que presenta de ser un "documento jurídico imperfecto", pues necesita de un ulterior desarrollo, es decir, se formaliza a través de una variedad de fórmulas (herramienta, instrumento, acuerdo, convenio, negocio, etc), pero requiere, como decimos, un desarrollo a través de un testamento, de capitulaciones matrimoniales, o de estipulaciones.

Por otro lado, BADENAS CARPIO (2001: 2-4), a pesar de estimar que el protocolo familiar es un "instrumento jurídico característico de la empresa familiar", afirma que su naturaleza es contractual y que sirve para dotar de seguridad jurídica las bases y principios de las relaciones familiares que, a la vez, es un estatuto jurídico en donde se entremezclan su naturaleza jurídica y su carácter moral. En opinión de RODRÍGUEZ APARICIO y AGUSTÍN TORRES (1999: 42-43), los protocolos familiares no son puros o de un tipo determinado, sino responden a un conjunto de normas para organizar y desarrollar la empresa. GARRIDO DE PALMA (2010: 408-409), escribe que la auténtica naturaleza del protocolo familiar consiste en un contrato normativo, pues en el protocolo ha de fijarse el régimen uniforme y general en que ha de ajustarse los negocios futuros, sin perjuicio de los principios y normas organizativas de trabajo, dirección y gestión. Por el contrario, GOMÁ LANZÓN (2010: 464-467) no aprecia los requisitos (sujeto, objeto y eficacia), para otorgarle la naturaleza contractual, sino que se pregunta si puede estar encuadrado en un contrato posmoderno. Se trata, añade, de resolver el choque de dos instituciones empresa y familia, y los principios por el que se rigen nos llevaría a un contrato posmoderno en el que se puede modificar según las circunstancias.

(32) FERNÁNDEZ GIMENO (2000: 200); RODRÍGUEZ APARICIO (2004: 296); ÁLVAREZ LATA (2010: 588); y SERRANO CAÑAS (2010: 168).

A mi juicio es contractual la naturaleza del protocolo familiar. Sin olvidarnos de las imperfecciones en su formulación, como luego veremos, se debe establecer un clausulado de común acuerdo, que, después de ser elevado a público, se presenta ante el Registro de la Propiedad para su inscripción-noticia como información publicada y no oponible. Volveremos sobre este punto más adelante. Ahora concluimos señalando que el protocolo es una norma contractual para garantizar la permanencia y la continuidad de la empresa en el ámbito del Derecho de Familia a través del Derecho de Sucesiones para lograr mantener su carácter mercantil.

3.1.5. Estructura

El Protocolo Familiar no tiene un contenido preceptivo ni tampoco se ajusta a ningún modo o forma determinada: es voluntario. Por lo general se combinan meras declaraciones de buenas intenciones con cláusulas contractuales suscritas por los miembros de la familia relativas a los derechos y obligaciones que, generalmente, se ajustan a un contrato (efectos entre partes), precisando, como hemos indicado más arriba, de un desarrollo posterior para dar plena eficacia al contenido protocolario (efecto frente a terceros). Todo ello conlleva el impacto del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, relativo a la publicidad que se pretende otorgar al protocolo familiar y las cláusulas que surjan y que encuadren en el concepto legal del art. 2, párrafo 1.º, cuando dice: "pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan o tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre la familia, propiedad y empresa".

Como señala EGEA FERNÁNDEZ (2007: 11), siguiendo las recomendaciones del European Forum on the Transfer of Business, celebrado en Lille en 1957, se "puso sobre la mesa la necesidad de evitar la desmembración y de alcanzar unas tasas más de continuidad empresarial facilitando que, en caso de muerte, enfermedad o incapacidad, el empresario pudiese transmitir la empresa al miembro de su familia que le pareciese más idóneo para continuar en el negocio y, a la vez, que este último pudiera ver garantizada, con la irrevocabilidad de la institución, dicha atribución, incorporándose activamente ya desde aquel momento a la gestión de la empresa".

De acuerdo con lo expuesto el protocolo familiar es de contenido tan amplio y variado como las necesidades de la empresa, por lo que proponemos el desarrollo de uno de los más frecuente.

3.1.5.1. Los sujetos del protocolo familiar

En este apartado se hace constar las partes intervinientes (*vid. GOMÁ LANZÓN 2010: 459*). También pueden participar otros miembros vinculados a la empresa (*vid. Díez Soto 2010b: 171*). Otra fórmula propuesta por VICENT CHULIÁ (2005: 39) sería aquella que dice: "con el fin de regular las relaciones patrimoniales entre los padres e hijos y el régimen de los bienes patrimoniales para asegurar una sucesión establecen". Por su parte, RODRÍGUEZ APARICIO (2004: 298) propone la siguiente fórmula: "el fundador o fundadores y todos sus descendientes por naturaleza o adopción, que sean a su vez titulares". En definitiva, como dice GARRIDO DE PALMA (2010: 406), se trata de un "acuerdo entre los familiares propietarios de una empresa por el que se comprometen a organizar la propiedad y el gobierno". Sin embargo, SERRANO CAÑAS (2010: 176), denomina este apartado "preámbulo", aunque su contenido es análogo al descrito con ligeras variantes.

3.1.5.2. Parte dispositiva

En esta parte del protocolo es común que se haga uso de una introducción sobre las cualidades del fundador y el origen de la empresa (*vid. GOMÁ LANZÓN 2010: 459*), o, como lo entiende Díez Soto (2010b: 172), una exposición de los tradicionales valores que identifican a la empresa y su fundador. Puede ser utilizado este apartado para destacar las líneas maestras, así como se concibe la realidad, las buenas intenciones que motivan a los declarantes a suscribir un documento, inicialmente con efectos entre partes, pero que después requiere un desarrollo (*vid. SERRANO CAÑAS 2010: 170*). Puede ser este apartado el lugar donde se delimita el desarrollo, las reglas de actuación y el comportamiento de los familiares y su propiedad (*vid. VICENT CHULIÁ 2000: 38*). RODRÍGUEZ APARICIO (2004: 299) destaca que en este epígrafe del protocolo se puede destacar los hechos más significativos que han servido para consolidar los valores familiares, destacando entre otros: los valores culturales de tradición familiar,

la visión del negocio, la adopción de decisiones mediante consenso, la profesionalidad de la dirección, etc.

3.1.5.3. Órganos de carácter familiar

A) *Junta familiar*

Dentro de los llamados "órganos relacionados con la propiedad", MOLINA MANCHÓN y RIENDA GARCÍA (2005: 233), se refieren a un grupo de instituciones que van a facilitar el gobierno de la empresa familiar y que definen "como el conjunto de instituciones y mecanismos cuyo fin es la ordenación de las relaciones que se produzcan dentro del ámbito de la familia y entre ésta y la empresa". Dentro de esta categoría se distinguen el Consejo familiar, la Junta familiar y otras instituciones familiares. Para SÁNCHEZ-CRESPO y SÁNCHEZ SÁNCHEZ (2011: 57) la junta familiar es el "órgano de carácter informativo (no decisorio), que aglutina a todos los miembros de la familia, incluidos los cónyuges, a partir de una cierta edad, trabajen o no en la empresa y sean o no propietarios de la misma".

Es posible la creación de una Junta familiar compuesta por todos los miembros de la familia, mayores edad, que no entren a valorar cuestiones empresariales, sino que se le otorgue un carácter deliberatorio e informativo (*vid.* SEGURA LASSALETA 2004: 118). Generalmente, la junta familiar y el consejo son órganos parasociales (33), es decir, no vienen regulados por Ley y, por tanto, no constan en el Registro Mercantil (*vid.* PAZ-ARES 2003: 19). Además, su regulación protocolaria es aconsejable, cuando estamos ante una segunda o tercera generación. En dicho supuesto la junta puede dar instrucciones al consejo, si dichas instrucciones son importantes. El consejo debe estar regulado de forma estatutaria, dirigido por un presidente y asistido por un secretario, designado de entre sus miembros, con

(33) *Vid.* GOMÁ LANZÓN (2010: 484-490); SERRANO CAÑAS (2010: 176); y PAZ ARES (2003: 19). Para este último autor los pactos parasociales "son aquellos convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una sociedad anónima o limitada con el fin de completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que lo rigen", caracterizándose porque no integran el ordenamiento de las personas, sino las relaciones de quienes los suscriben.

mandato por tiempo determinado, con el deber de concurrir a las sesiones, levantar acta de los acuerdos tomados por mayoría y, en su defecto, resolviendo mediante el voto de calidad del presidente (*vid.* PÉREZ JIMÉNEZ 2008: 7).

B) Consejo familiar

Este órgano está integrado por los representantes de las distintas ramas familiares, cuyo objeto es resolver los problemas familiares, dirigir la sucesión y revisar el protocolo familiar (*vid.* SEGURA DE LASSALETA 2004:119). Cabe la posibilidad de que los miembros de la familia concurren acompañados de otros miembros, cuya finalidad consiste en aplicar los criterios o principios recogidos en el protocolo familiar.

El consejo es el órgano de planificación familiar, en el que sus componentes deciden los valores, las políticas y la dirección futura. En relación con esta última, MOLINA MANCHÓN y RIENDA GARCÍA (2005: 224), estiman que el consejo define en cada ejercicio la orientación sucesoria y, en particular, la formación profesional adecuada para dar respuesta al desarrollo político y psicosocial.

3.1.5.4. Órganos de gobierno y dirección

A) El Consejo de administración

El Consejo de administración en una empresa familiar es aconsejable, cuando se aprecie que la empresa crece y que una persona no puede desempeñar las funciones propias de dicha empresa. Más que el desempeño podríamos hablar de la responsabilidad en períodos prolongados de tiempo sin asesoramiento, por lo que se hace necesario para la eficacia y continuidad empresarial órganos directivos que, a su vez, estén asesorados.

La denominación "Consejo de administración" está reservada a las sociedades de capital, pero, últimamente, estamos asistiendo, como señalan CASILLAS BUENO y VÁZQUEZ SÁNCHEZ (2005: 253), a la "popularización de los consejos de administración a todo tipo de empresa", pues si es útil para la gran empresa, por qué no lo será para la pequeña o mediana.

El Consejo de administración lo forman aquellas personas que poseen o representan el porcentaje de la propiedad de la empresa

(*vid.* GALLO 1999: 65). En opinión de CASILLAS BUENO y VÁZQUEZ SÁNCHEZ (2005: 259), la composición del consejo es social y, concretamente, en una empresa familiar en donde prevalece el interés de la propiedad, sus componentes lo forman los familiares, teniendo en cuenta que, cuanto mayor es el número de sus componentes, mayor es la calidad de sus opiniones, pero más lento es en la toma de decisiones.

Por lo que se refiere a las competencias de los Consejos de administración, estos están en función del tipo de empresa, es decir, de la amplitud y productividad. No obstante, CASILLAS BUENO y VÁZQUEZ SÁNCHEZ (2005: 256-257) distinguen tres categorías: a) función institucional, que consiste en la conexión de la empresa y su entorno; b) función de gobierno, referida a las labores internas de la empresa; c) función estratégica, que está orientada a la toma de decisiones en materia de organización.

B) El gestor

El gestor en una empresa familiar es el padre de familia (el empresario), pero, cuando decide designar su sustituto por vía testamentaria, este será el nuevo gestor, continuador al frente de la empresa, valedor de su continuidad. No obstante, puede resultar que la empresa haya alcanzado una estabilidad económica que permita designar a un tercero como gestor. Aquí será el consejo el que propondrá a la persona más adecuada, para que con su capacidad y conocimientos lleve los destinos de la empresa.

Estimo que puede ser de aplicación el contenido de los arts. 61 de LSRL y 127 de LSA en cuanto al "deber de diligencia", el "deber de fidelidad", el "deber de lealtad" y el "deber de guardar el secreto de información".

3.1.5.5. Cláusula sobre el acceso y salida de los miembros de la empresa familiar

Este tipo de cláusula puede ser encuadrada dentro del ámbito competencial de los órganos de propiedad, y, básicamente, consiste en establecer los requisitos necesarios para el acceso de los miembros de la familia. A título indicativo, señalamos los siguientes requisitos: edad, titulación, experiencia, necesidad del puesto de trabajo,

etc. Por otro lado, regula los supuestos de salida o traslado, como es el caso de enfermedad, incapacidad, muerte, realización de estudios (*vid.* GOMÁ LANZÓN 2010: 460).

3.1.5.6. Cláusula relativa a la propiedad de la empresa

Lo que garantiza la unidad de una empresa familiar, entre otros, es el vínculo entre las personas que ostentan el poder de control sobre las decisiones empresariales y la gestión de la empresa (*vid.* DEL VAS GONZÁLEZ 2010: 121).

Como ha puesto de relieve REYES LÓPEZ (2010: 297) en el protocolo familiar se ha de estipular el régimen matrimonial que mejor se adapte a las exigencias del empresario a la hora de conocer la disponibilidad de cada uno de los esposos. El régimen económico matrimonial de los bienes de la empresa familiar no es igual en todas las Comunidades Autónomas, dado que, cada uno tiene sus particularidades, por lo que es determinante la vecindad civil (*vid.* REYES LÓPEZ 2010 279). La sociedad legal de gananciales es, posiblemente, el régimen al que incide con mayor profusión los cónyuges, sobre todo, en las empresas unipersonales (*vid.* REYES LÓPEZ 2010: 280). Como es notorio, este régimen se caracteriza por ser una comunidad entre cónyuges con la aportación de trabajo y capital de cada uno, lo que conlleva la facultad de disposiciones y de afectaciones sobre los bienes comunes para proporcionar el soporte necesario, siendo aplicable el art. 1360 del C.C., que se remite al art. 1346: son bienes privativos de cada uno de los cónyuges, apartado 5.º, "los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles *inter vivos*". Han señalado Díez-PICAZO y GULLÓN (1992: 177), de dicho precepto son aquellos [bienes o derechos] que solo puede ejercer su titular o, como dice BARCELÓ DOMÉNECH (2005: 279), son derechos que por su propia naturaleza no son aptos para formar parte de un patrimonio. Por otro lado, el art. 1347: dice que son bienes gananciales, apartado 5.º, "las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el art. 1354". De dicho precepto, RAMS ALBESA (1989: 715-717) sostiene que fue introducido en la reforma de 1981 por enmienda en fase parlamentaria sin afectar a los

arts. 1346-8.º y 1406-2.º. Además, se incorporaron dos expresiones "empresa" y "establecimiento", que no se definen, sino que se emplea en sentido vulgar sin ninguna intención técnica. No obstante, añade, el art.1347-5.º es frontera que delimita la empresa ganancial de la privativa (*vid.* RAMS ALBESA 1992: 138-140); por su parte, BARCELÓ DOMÉNECH (2005: 325) afirma que "empresa" y "establecimiento" son dos términos distintos. La empresa se ha de considerar como una universalidad, conjunto de elementos organizados con vistas a la producción de bienes y servicios, de entre los que figura el establecimiento, que es la base física (*vid.* DÍEZ PICAZO y GULLÓN 1992: 178-180). En este sentido, TORRALBA SORIANO (1984: 1609), ha puesto de relieve que "la titularidad formal de la empresa o el establecimiento pertenecerá normalmente al cónyuge fundador, pero los beneficios o pérdidas, así como el patrimonio de la empresa o el establecimiento en caso de liquidación, pertenecerá a la sociedad de gananciales o al patrimonio de cada uno de los cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas". Para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (1991: 648), la empresa es considerada por nuestro ordenamiento como un todo, privativo o ganancial; por su parte, LÓPEZ SÁNCHEZ (1983: 592) señala que la empresa es toda unidad orgánica de producción: toda organización de capital y trabajo con fines de producir o mediar en el mercado de bienes y servicios; en opinión de DÍEZ BALLESTEROS (1997: 72), el término "establecimiento" es una expresión multívoca, pues a veces se emplea como sinónima de "local", en otras como de "sede física", pero a los efectos del art. 1347-5.º, tiene mayor alcance y se utiliza como equivalente de empresa en sentido objetivo. Por otro lado, el mencionado art. 1360 está en relación con el art. 1346, apartado 8.º, que considera privativos los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando estos sean partes integrantes pertenecientes a un establecimiento o explotación de carácter común. En este sentido el profesor GARCÍA CANTERO (1995: 93) estima que el anterior precepto diferencia nítidamente los bienes privativos (los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio), de los gananciales (esos mismo bienes, cuando sean parte integrante de la explotación).

Por otro lado, el art. 1315 del C.C. dispone que el régimen económico matrimonial será el establecido por los cónyuges, y el art. 1316 del mismo Cuerpo legal establece que a falta de capitulaciones, se registrá por la sociedad ganancial. Por ello, las empresas

familiares deberán ahondar en los límites de la autonomía de la voluntad a la hora de redactar las capitulaciones (*vid.* REYES LÓPEZ 2010: 297), de tal manera que no se vulnere los principios en el orden sucesorio y el régimen primario.

Las capitulaciones matrimoniales, que, como contrato normativo (*vid.* REYES LÓPEZ 2010: 298), están destinadas a fijarse mediante una regulación convencional, el marco jurídico patrimonial del matrimonio. Por esta particularidad, las estipulaciones capitulares tienen una virtualidad práctica para regular el funcionamiento empresarial. Las capitulaciones matrimoniales son definidas por DEL VAS GONZÁLEZ (2010: 129) "como el contrato celebrado por los cónyuges, antes o después del matrimonio, estableciendo las condiciones de la sociedad conyugal, relativas a bienes presente, futuro y a otras disposiciones por razón del matrimonio".

En cuanto a sus características se trata de un contrato normativo o estatutario (*vid.* REYES LÓPEZ 2010: 298-299), que regula las estipulaciones a través de las cuales los esposos establecen el régimen económico matrimonial, lo modifican o lo sustituyen por otro, con todos los demás pactos relacionados, cuyo contenido está previsto en el art. 1325 del C.C., constituido por las partes, cláusulas y convenciones establecidas por los otorgantes por razón de matrimonio que van a contraer o está vigente. Generalmente, las capitulaciones se otorgan antes de contraer el matrimonio, en donde quedará sin efecto por transcurso de un año o no contraer dicho matrimonio (art. 1334 del C.C.). Por lo demás, ha de constar en documento público (art. 1327 del C.C.) y su correspondiente inscripción en el Registro Civil (art. 1333 del C.C.), constando de igual modo las posteriores modificaciones del régimen económico. Por tanto, la función primordial de las capitulaciones matrimoniales está en la planificación de la empresa creando *ex novo* o modificando el ya existente régimen económico matrimonial.

El régimen de separación de bienes, conforme a lo dispuesto en el art. 1437 del C.C., que se ocupa del activo, dice que pertenece a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento de iniciar el mismo; por otro lado, el art. 1440 del mismo Cuerpo legal se ocupa del pasivo del régimen de separación de bienes, por el que cada uno de los cónyuges responderán de sus obligaciones. Conforme a lo expuesto, el régimen de separación se rige por cuatro principios: a) cada cónyuge conserva la titularidad de todos los bienes que le

pertenecen; b) cada cónyuge hace suyos todos los frutos que le pertenezcan; c) la administración y disposición de los bienes permanecen separados; d) tendrán una gestión independiente de los patrimonios.

En opinión de Díez-PICAZO Y GULLÓN (1992: 229), el régimen de separación se produce cuando uno de los esposos tiene sus propios bienes y su propio patrimonio, operando entre ellos una absoluta separación por el hecho del matrimonio. Existe un patrimonio privativo del esposo y otro privativo de la esposa, lo que conlleva la administración y la disposición de sus respectivos bienes.

Para DEL VAS GONZÁLEZ (2010: 132), "el régimen de separación de bienes se caracteriza por la existencia de dos patrimonios cuya titularidad corresponde a cada uno de los cónyuges que integran el matrimonio".

Por las características apuntadas el ámbito de la empresa familiar es el mejor que preserva los efectos de las relaciones con terceros, además de prevalecer el interés familiar respecto de los miembros de la familia.

En cuanto al régimen de participación, este consiste en un sistema mixto entre la separación de bienes y el de gananciales (vid. DEL VAS GONZÁLEZ 2010: 133-134). Se caracteriza por la igualdad e independencia de los esposos en la gestión de sus patrimonios y la participación en los resultados obtenidos (arts. 1411 y 1412 del C.C.). Es el sistema ideal para aquellas parejas que funcionan con independencia, no solo en la vida económica, sino también en la vida jurídica. Una característica que se destaca, por la doctrina es su autonomía, pues, mientras se mantiene el patrimonio con él, la responsabilidad que de ella derive, pero, cuando se disuelve, comparte las ganancias (vid. ALGARRA PRATS 2005: 730).

3.1.5.7. Cláusula sobre disposiciones testamentarias

La presente cláusula regula con carácter previo la planificación que modele ciertas cláusulas en materia de titularidad de bienes, gestión o liquidación patrimonial, respetando en todo caso, los regímenes económicos matrimoniales del Derecho Común y el de las Comunidades Autónomas.

Hemos de partir de que nuestro Primer Cuerpo legal, heredero del Derecho romano, ha adoptado el principio prohibitivo de la sucesión

contractual, además de los pactos sucesorios, reflejado en varios preceptos, como es el caso del art. 816 del C.C., que declara la nulidad de toda renuncia o transacción sobre la legítima futura, precepto que es complementario con los arts.1271, párrafo 2.º, que prohíbe cualquier pacto sobre la herencia futura; el 652, párrafo 2.º, que, de igual modo, prohíbe la renuncia anticipada del derecho a solicitar la reducción de donaciones inoficiosas; el art. 991, que prohíbe aceptar o repudiar la herencia sin estar cierto de la muerte del testador; y, el art. 1674, párrafo 2.º, que impide incorporarse a la sociedad universal los bienes que los socios adquieran con posterioridad por herencia, legado o donación (*vid.* HUERTA TRÓLEZ 2004: 121-122).

Como ha puesto de relieve REYES LÓPEZ (2010: 565), después de la reforma de 2003, el art. 1056-2.º del C.C. quedó excluido del art. 1271-2.º, y se admite la partición como acto unilateral realizado por el testador (partición entre vivos) o por causa de muerte (partición realizada por albacea o partidor-contador autorizado). Así que, la nueva redacción del art. 1056-2.º del C.C. permite que el testador pueda atribuir la empresa a todos los hijos o a uno determinado por entender que este último está más capacitado para su gestión (*vid.* HUERTA TRÓLEZ 2004: 126). El así designado deberá abonar en metálico las legítimas de los demás interesados, no siendo necesario que exista en metálico en la herencia, pues puede ser abonada con efectivo estrahereditario.

Otro medio de ordenar la sucesión es a través del art. 821 del C.C. "el legado de incómoda división". Aunque dicho precepto habla de bienes inmuebles, puede abarcar las cosas compuestas o universales (*vid.* O'CALLAGHAN MUÑOZ 2008: 827), pudiendo acceder el legatario, si la reducción no absorbe la mitad de su valor; en caso contrario, será los herederos forzosos.

Otra forma de transmitir de forma unitaria la empresa familiar es acudiendo al art. 829 del C.C.: "la mejora en cosa determinada", De este modo, señala PALAZÓN GARRIDO (2003: 204), a través del mencionado art. 829 el testador puede transmitir la empresa al sucesor elegido, al flexibilizar el pago de los derechos legitimarios; por otro lado, escribe ÁLVAREZ LATA (2010: 578), que una de las posibilidades más interesantes de adjudicar una empresa es a través del repetido art. 829 del C.C.; por su parte, HUERTA TRÓLEZ (2004: 115) afirma que el art. 829 es de aplicación, cuando, existiendo varios legitimarios, el testador decide designar a uno de ellos la empresa (cosa

determinada), en donde el mejorado deberá abonar la diferencia en metálico extrahereditario.

Una última forma de transmitir la empresa familiar es hacer uso del art. 831 del C.C., la llamada "fiducia sucesoria" permitiendo delegar en el cónyuge supérstite la facultad de mejorar y, por tanto, designar en porciones desiguales a favor de los descendientes comunes. Como comenta O'CALLAGHAN MUÑOZ (2008: 841), el art. 831 constituye una forma de protección patrimonial indirecta, atribuyendo facultades al cónyuge sobreviviente.

3.1.5.8. La publicidad registral del Protocolo familiar

La publicidad de los protocolos familiares viene regulada en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero (BOE n.º 65, de 16 de marzo). En su Exposición de Motivos señala que "la cultura de los protocolos [*shareholders agreement*] se encuentra sancionada por las prácticas económicas y del buen gobierno de las sociedades familiares [...] en cuanto es una garantía adicional para terceros, inversores y acreedores, además de los propios socios, al dotar de previsibilidad del relevo generacional". A los efectos del real decreto, se define en dicha exposición de motivos el protocolo familiar, concepto que, por otro lado, reitera el art. 2, párrafo 1.º, rigiéndose por el principio de autonomía negocial. Los aspectos subjetivos, objetivos y formales, además de su contenido y cláusulas parasociales, no son objeto de regulación. Es decir, son voluntarias (*vid.* SERRANO CAÑAS 2010:183), quedando sometido al ordenamiento civil, mercantil o, en su caso, al societario (*vid.* RODRÍGUEZ DÍAZ 2007: 1128, VICENT CHULIÁ 2008:54-60).

Corresponde a la familia debatir y decidir los aspectos relativos a la empresa, materializándose en un protocolo familiar que establece el contenido y extensión del mismo. Como señala RODRÍGUEZ DÍAZ (2007: 1133), el protocolo es un instrumento que garantiza la continuidad de la empresa, ante la existencia de descendientes que han de continuar con la gestión empresarial. Como consecuencia, es conveniente que los miembros que formen la familia asuman acuerdos por unanimidad para adoptar un documento, haciéndolo valer por el Consejo familiar. Ello no impide que el protocolo pueda ser modificado y adaptado a los cambios sociales en que la empresa y la familia así lo estimen.

El art. 1 del Real Decreto 117/2007 regula el objeto de la publicidad de los protocolos familiares de las sociedades mercantiles, salvo las no admitidas a cotización y su acceso al registro. De acuerdo con lo expuesto, quedan excluidos de dicha publicidad registral, aunque el reglamento no lo manifieste expresamente, las pequeñas empresas o unipersonales que no hayan adoptado la forma societaria en su modalidad de responsabilidad limitada o anónima, en concordancia con nuestra legislación en materia de acceso al Registro Mercantil, que se rige por el principio de tipicidad registral, según lo previsto en los arts. 16 del C. Com. y 2 de RRM, que no recoge el protocolo familiar, quizás –apunta VICENT CHULIÁ (2008: 65)–, porque parte del contenido protocolario no es objeto de publicidad registral. Por tanto, si estamos ante un pacto parasocial, este no es inscribible, porque se trata de un acto de los socios y no de la sociedad; pero, si se trata de un pacto social, la publicidad se registrará por lo dispuesto en el Real Decreto 117/2007.

La cuestión está en si el protocolo familiar lleva inscripción o no. La doctrina no es pacífica. En opinión de GOMÁ LANZÓN (2010: 490-493), con apoyo en la Disposición Final 2.ª, punto 3. de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de sociedad limitada Nueva Empresa, habría que delimitar ante qué documento estamos. Así, si estamos ante un documento privado y, posteriormente, elevado a público, en donde se examinaría la legalidad y, por ello, los beneficios que ello supone (prueba, ejecutividad e inscripción), se puede plantear la publicidad a través de su depósito y, con ello, se evitaría la publicidad noticia; PÉREZ JIMÉNEZ (2008: 9) escribe que de igual modo se evitaría la publicidad noticia ante aquel documento elevado a público de los acuerdos sociales; por su parte, FERNÁNDEZ-TRESGUERRES (2004: 1689) distingue dos formas de publicidad: a) una general, que reglamentariamente viene determinada; b) otra cualificada o especial, donde los documentos elevados a público tienen la posibilidad de inscripción por contener pactos, reglas o formas organizativas contenidas en el protocolo; FERNÁNDEZ DEL POZO (2008: 172-175) distingue entre publicidad material y mera publicidad- noticia. Esta última dice que consiste en una “técnica registral para la transformación legal del protocolo familiar en la parte del mismo no susceptible de inscripción”; SERRANO CAÑAS (2010: 186-187), sostiene que junto a la publicidad material (eficacia real, legitimación y oponibilidad), está la llamada publicidad noticia, modalidad registral menos intensa que la

anterior, especie de cognoscibilidad de lo publicado, añadiendo que este tipo de publicidad puede ser alternativa o acumulativa. PAU PEDRÓN (2001: 79-88) señala que la publicidad noticia consiste en una información publicada no oponible. Para entender este concepto nos valemos del ejemplo que expone el autor: el art. 309, párrafo 3.º, de la derogada Ley del Suelo de 1992 (34) dispuso "que se harán constar mediante nota marginal los demás actos y acuerdos a que se refiere el artículo 307. Salvo que otra cosa se establezca expresamente, las notas marginales tendrán vigencia indefinida, pero no producirán otro efecto que dar a conocer la situación urbanística en el momento a que se refiere el título que las origina". Por tanto, el Registro no determina la oponibilidad, lo que sí puede hacer es completar la publicidad, reforzando una situación creada a los efectos de su difusión y conocimiento legal. Por su parte CHICO Y ORTIZ (1994: 146-147) distinguiendo entre registro jurídico (a través de los asientos registrales se asegura la titularidad y se protege al adquirente), y registro administrativo (que solo ofrece noticias, informe, situaciones, hechos o circunstancias, pero nunca protección). La primera es denominada "publicidad efecto"; la segunda, "publicidad noticia", Ambas son diferentes y, concretamente, el ejemplo antes expuesto (art. 52-3.º de la LS) quedaría encuadrado en el denominado por el autor (*op. cit.* 1994: 152) "registro administrativo".

Creemos que junto a la inscripción constitutiva y declarativa cabe una tercera: inscripción informativa (publicidad-noticia), que no lleva implícita la oponibilidad, sino que consiste en dar a conocer una situación jurídica.

(34) Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, que quedó derogada por la Disposición Derogatoria única del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que aprobó el Texto Refundido de la Ley del Suelo, quedando sustituido [el derogado art. 309-3.º de la Ley del Suelo] por el vigente art. 52, apartado 3.º, del TR de la Ley del Suelo.

COMO CALIFICAR NEGATIVAMENTE EL DOCUMENTO EXTRANJERO QUE PRETENDA INSCRIBIRSE EN NUESTROS REGISTROS (125 Aniversario del Código Civil)

Rafael Rivas Andrés
Notario

Resumen: Dado que casi todas las legislaciones nacionales atribuyen más efectos a sus documentos según cumplan más requisitos en su formalización, resulta que es relativamente fácil la circulación internacional de documentos notariales “accesorios y sencillos y no tecnológicos” (actos notariales universales como algunos Poderes, Testamentos, Actas y Capitulaciones) que al pretender sólo “efectos básicos” basta que cumplan sólo “requisitos básicos”. No ocurre lo mismo con la circulación de los documentos “o principales o complejos o tecnológicos” (todos los de inmuebles) que para obtener alguno de los cinco “efectos fuertes” han de cumplir además los cinco “requisitos fuertes” (1. Competencia material del Notario; 2. Reciprocidad; 3. Que produzcan en el país de origen el mismo efecto que pretenden en el de recepción; 4. Que superen el “doble control” al cumplir la legislación de origen y la de recepción por no infringir el orden público; y 5. Como son simples documentos “no/públicos” necesitan que una norma específica les reconozca aquí el efecto que pretenden). Esto sólo se logra muy difícilmente y entre muy pocos países respecto de los efectos “prueba plena judicial” y “ejecutivo/prelativo”, pero es absolutamente imposible respecto de los efectos “traditorio” y “acceso al Registro”.

Palabras clave: notarios extranjeros, escrituras extranjeras, documentos notariales extranjeros, inscripción de escrituras extranjeras, art. 4 Ley Hipotecaria, art. 36 Reglamento hipotecario, doctrina de equivalencia de formas, servicios notariales internacionales, validez y eficacia de documentos, validez y eficacia de negocios, consentimiento informado notarial, antiformalismo del Derecho español.

Abstract: As nearly all the national legislations confer more effects to their documents whether they carry out more requirements in their formalism, it is deduced that it is really easy the international circulation of notarial documents " accessory and easy, no technological (universal deeds, as for expample some powers, wills, notarial deeds and marriage contracts) that aim only "basic effects" it is enough that they carry out "basic requirements". It does not happen the same with the circulation of documents "or main or complex or technological" (the whole ones about real estate) and to get any out of the five "strong effects" they have to carry out besides the five "strong requirements" (1. The Notary's material competence; 2. Reciprocity; 3. That they cause the same effect in the origin country that the one they aspire in the reception country; 4. That they overcome "the double control" when they carry out the origin legislation and the one of reception in order not to infringe the law and order; and 5. As simple documents "no public" they need that a specific rule recognizes them the effect they pretend here). This can only be achieved with a great difficulty and among very few countries regarding the effects "complete judicial proof" and "executive/preferential", but it is fully impossible regarding the effects "betray" and "access to the Registry".

Key words: foreign notaries, foreign deeds, foreign notarial documents, registration of foreign deeds, article 4 mortgage law, article 36 mortgage regulations, doctrine of form equivalence, international notarial sevice, validity and efficacy of documents, validity and efficacy of contracts, notarial informed consent, Spanish law antiformalism.

SUMARIO

- I. CINCO MOTIVOS DE CALIFICACIÓN NEGATIVA DE UN DOCUMENTO EXTRANJERO
- II. EPÍLOGO A MODO DE PRÓLOGO
- III. NOTAS

I. CINCO MOTIVOS DE CALIFICACIÓN NEGATIVA DE UN DOCUMENTO EXTRANJERO

Tomando como ejemplo un documento extranjero complejo de herencia y compraventa de inmueble español, con precio aplazado y que se va a presentar al juzgado y a una declaración de concurso (así podremos examinar los 5 efectos fuertes de las Escrituras españolas: prueba plena judicial, ejecutivo, prelativo, traditorio y registral), pensamos que no puede ser inscrito en el Registro de la Propiedad español por los siguientes motivos:

1. El Notario extranjero ha de tener competencia material para formalizar el documento, cosa imposible ya que ni en España, ni en ningún sitio, los servicios notariales están liberalizados por lo que la regla general es que los Notarios no pueden instalarse libremente en cualquier país y que tampoco pueden prestar sus servicios desde el exterior.

Así se establece:

En Europa (1): A) La Propuesta de Directiva de 13/1/04 sobre servicios en el mercado interior (Directiva Bolkenstein) que excluía de liberalización a los Notarios y a los documentos sobre inmuebles (Art. 17) (2). **B)** La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior que en el Art. 2. 2. i). l) excluye de liberalización *"las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública de conformidad con el artículo 45 del Tratado"* y *"los servicios prestados por notarios y agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la Administración"*, insistiendo en la exclusión en el Art. 17. 12) *"a los actos para los que se exija por ley la intervención de un notario"* y aclarando en el Art. 1.1 que esta exclusión se refiere no sólo a la *"libertad de establecimiento"*, sino también a la *"libre circulación de los servicios"*. **C)** La STJUE Gran Sala 24/5/11 núm. 97 que sobre la base del reconocimiento *"de que las actividades notariales persigan fines de interés general"*, considera que eso *"constituye una razón imperiosa de carácter general que sirve de justificación a posibles restricciones del artículo 43 CE derivadas de las particularidades que caracterizan la actividad notarial, tales como la organización de los notarios a través de los procedimientos*

de selección que les resultan aplicables, la limitación de su número o de sus competencias territoriales". **D)** La Recomendación 4 y Considerando N de la Resolución del Parlamento UE de 18/12/08 sobre "Documento Público Europeo" (ResPUE/08) excluyen del futuro RgtoE sobre documentos a "... los relativos a inmuebles y que deban o puedan ser objeto de una inscripción o una mención en un registro público...habida cuenta de la estrecha correlación existente entre el modo de establecimiento de un documento público, por un lado y la inscripción en el registro público, por otro lado". **E)** La Directiva 2005/36/CE (modificada por la 2013/55/UE) de reconocimiento de cualificaciones profesionales que excluye de equiparación los títulos profesionales de Notario en el Art. 2.4 "La presente Directiva no se aplicará a los notarios nombrados por un acto oficial de la Administración".

En España (3): A) Art. 1.216 CC (exige "notario... competente"). **B)** Ley Orgánica del Notariado de 28/5/1862 -LN- y Reglamento Notarial de 2/6/1944 -RN- (exigen nombramiento estatal como funcionario tras Licenciatura de Derecho y oposiciones). **C)** Ley 17/2009 de 23 Nov. sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio que en aplicación de la Directiva de 2006 dice en el Preámbulo II que la liberalización no se aplica a "los actos realizados por fedatarios públicos", o como dice el el Art. 2.2. i) a "Las actividades que supongan el ejercicio de la autoridad pública, en particular las de los notarios"; además se aclara en el Art. 1 que la exclusión de liberalización no sólo impide "la libertad de establecimiento de los prestadores" sino también "la libre prestación de servicios", y todavía con mayor precisión insiste en el Art. 2. 1 que cuando se habla de servicios no liberalizados son, no sólo los que se prestan desde España, sino también los que se prestan desde el exterior "... que son ofrecidos o prestados en territorio español por prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro". **D)** Adicional 7.^a del Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales del Consejo de Ministros de 2/8/13 que excluye de liberalización a "las actividades que supongan el ejercicio de la autoridad pública, en particular las de los notarios". **E)** STS sala 3.^a de 10/3/09 y 19/5/09; Res DGRN 24/2/10 del Sistema Notarial; y Res 27/7/12 que distingue aspectos personales del divorcio y la adjudicación de inmuebles para la que se requiere exequátur.

En Alemania: los servicios notariales no están liberalizados según la STC alemán de 19/6/12, que califica la actividad notarial como "*ministerio público/función pública*", lo que justifica que esté sometida a un "*régimen especial*", y bajo la "*supervisión estatal... reglamentaria de la Administración de Justicia*". El TC alemán examina la legislación europea y dice que lo único que ocurre es que para ser Notario alemán no es imprescindible tener nacionalidad germana sino que basta ser ciudadano de la UE. Además, los documentos relativos a actos "o principales, o complejos o tecnológicos" que pretendan registrarse allí, sólo pueden ser formalizados por los Notarios alemanes, pues así resulta del Art. 925 del BGB (CC) en relación al Art. 11 del EGBGE (Ley de Introducción al CC) que establece la competencia en exclusiva de los Notarios alemanes en las transferencias inmobiliarias; también de la Resolución del Ministerio de Justicia de Baviera núm. 3830 E IV752/64 de 16/4/64; y de muchas Sentencias, como la del Tribunal Supremo alemán de 10/6/1.968 (Bundesgerichtshof, BGH WM, 1968, 1170), la del Tribunal Cameral (Kammergericht) de 27/5/1986, la del Tribunal (Landgericht) de Ellwangen/Jagts de 28/11/1999, y las de los Tribunales Superiores (Oberlandesgericht) de Colonia de 29/9/1971, de Hamm de 1/2/1974 y Karlsruhe de 10/4/1979.

En Bélgica: la Asociación de Notarios de Metrópolis Europeas (ANME) en sus reuniones de junio y octubre de 2.010 constata la exigencia de que los documentos extranjeros que pretendan acceso a sus Registros deben ser previamente homologados por Notario belga, que incorporará advertencias y controles respecto de posibles elementos contaminantes, situación urbanística, pago de impuestos, datos registrales etc.

En Francia: el Art. 68 del Decreto núm. 55-1350 de 14/10/55 exige para la inscripción en el Registro que el documento extranjero sea legalizado por Notario Francés.

En Holanda: no caben Escrituras extranjeras de transferencia de propiedad inmueble neerlandesa pues su CC establece en el Art. 31 (3.1.2.12) que "*Cuando una disposición de la ley relativa a bienes inmatriculados exige un acto o declaración notariales, se entiende referida al acto o declaración de un notario holandés*".

En Italia: también se exige para la inscripción en el Registro que el documento extranjero sea homologado ante Notario italiano por aplicación del Art. 106. 4 de la Ley del Notariado de 1913.

En Suiza: la ANME en las citadas reuniones también constató la exigencia de homologación de los documentos extranjeros que pretendan acceso a sus Registros en términos muy parecidos a los de Bélgica.

En UK: “de hecho” no hay liberalización de los servicios notariales, pues allí a los documentos extranjeros ni se les reconoce efecto traditorio ni son inscribibles en sus Registros en ningún caso, ya que no dan internamente ningún valor especial a ningún documento público. Para las inscripciones se sigue otro sistema completamente distinto basado en el “deed” (equivalente a un documento privado con testigos) que sería el único que podría presentarse en el Registro de la Propiedad inglés para que con su apoyo el Registrador emita un “certificado de propiedad” tan poco seguro que tiene hasta siete niveles distintos de fiabilidad, pero incluso el más fiable no garantiza que finalmente no se acabe perdiendo la propiedad por situaciones posesorias no registradas pero preferentes, o por algún fraude o estafa advertidos en la información que suministra el mismo Registro que produce un porcentaje de errores de más del 50 %.

No contradice lo que se afirma en este apartado, el Libro Verde publicado por la Comisión Europea el 14/12/10 *“Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos...”* pues a pesar de título tan llamativo se trata de una simple encuesta sobre la supresión de legalizaciones y apostillas por más que nuestro TS lo cita sin haberlo leído (4) en su STS 19/6/12 (5).

Por último, hay que tener bien presente que no se puede distinguir entre documento notarial y servicio notarial, para decir que lo no liberalizado son los servicios, pero que los documentos sí que pueden circular libremente, pues si bien es cierto que el servicio notarial se puede prestar sin documento (cuando, por ejemplo, se deniega la autorización de alguno), lo que no cabe es que haya un documento que no sea la cristalización de un servicio notarial: es ontológicamente imposible. Aparte de que como se ha dicho, en la Directiva de servicios de 2006 y en su homóloga Ley española de 2009, se excluye no sólo la instalación en España del Notario extranjero, sino también la prestación de servicios notariales desde el exterior.

2. El documento extranjero ha de cumplir el Principio de Reciprocidad.

El Principio de Reciprocidad es de formulación procesal pero aplicable por analogía a la documentación notarial y está establecido de manera positiva y negativa en los Arts. 952 y 953 de la LEC de 1881 (6).

Este Principio de Reciprocidad está perfectamente vigente y se aplica de manera ordinaria para admitir o denegar el exequátur de Sentencias extranjeras: STS 25/2/85; Autos TS de 16/10/61, 24/7/88, 13/11/01, 17/10/06; Res 15/3/00 y, especialmente por su actualidad, destacamos que es utilizado continuamente por la Audiencia Nacional en múltiples resoluciones para denegar la Orden Europea de Detención.

Es más, normas modernas españolas lo imponen de manera expresa, como es el caso de la Ley 49/2003 de Arrendamientos rústicos; Art. 199 de la Ley Concursal de 9/7/03; Ley de Educación de 3/5/03; Ley 8/2000 sobre extranjería; Art. 177 Ley de Enjuiciamiento Criminal; Art. 277 LOPJ; Art. 2 de la Ley 30/1995 de Ordenación del Seguro Privado y LEC vigente en la regulación del exequátur.

3. El documento extranjero ha de tener en origen los efectos que pretende tener aquí, pues ningún documento puede tener más efectos que los que produce en su país de origen, ni más efectos que los documentos del país de recepción (nadie tiene competencia legislativa para otra cosa salvo Tratado, Convenio o Norma supranacional).

Ningún país puede legislar para imponer los efectos que vayan a tener sus documentos en otro. Así lo dice:

El Considerando M de la ResPUE/08 "*...el reconocimiento de la fuerza probatoria no implica que el documento público extranjero goce... de una fuerza superior a la de los documentos públicos nacionales...*".

El Convenio Hispano-Francés de 28/5/69 (BOE 14/3/70) sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales, arbitrales y actas auténticas en materia civil-mercantil, que reconoce fuerza ejecutiva a un documento notarial en otro país mediante un exequátur, pero siempre que ya fuera ejecutivo en el país de origen (Art. 14. 1.º).

El Convenio Hispano-Alemania de 14/11/83, (ratificado el 18/1/88) sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que para reconocer fuerza ejecutiva a un do-

cumento notarial en otro país exige un exequátur y que ya tuviera ese efecto ejecutivo en el país de origen.

El Convenio de Bruselas de 27/9/68 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y comercial, que para reconocer fuerza ejecutiva a un documento notarial en otro país exigió un exequátur y que ya tuviera ese efecto ejecutivo en el país de origen (Art. 50).

El informe Jennard/Möller que acompañaba al Convenio de Lugano de 16/9/88 de reconocimiento de decisiones entre ciertos países, ya exigía para que un documento notarial fuera ejecutivo en otro Estado que lo fuera en el país de origen (Art. 50).

La Directiva 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles exige para reconocer en otro país fuerza ejecutiva al acuerdo de mediación, que ya la tenga en origen, según dice el Considerando 20 y sobre todo el Art. 6 que se expresa así *"El contenido de tal acuerdo se hará ejecutivo a menos que... la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo"*.

El Reglamento Europeo (RgtoE) 44/01 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y comercial (BRUSELAS I), que exige para reconocer efecto ejecutivo a los documentos públicos de otro país que se cumpla un certificado y que ya fuera ejecutivo en origen (Art. 57).

El RgtoE 2201/03 de reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental, (BRUSELAS II Bis) que reconoce fuerza ejecutiva a los documentos públicos de otro país siempre que ya fueran ejecutivos en origen (Art. 46).

El RgtoE 805/04 sobre Título Ejecutivo Europeo que atribuye fuerza ejecutiva al documento extranjero pero sólo a los que (Art. 25) *"sean ejecutivos en un Estado miembro"*. Así tiene que constar en el certificado del Anexo III.

El RgtoE 650/12-15 sobre Sucesiones atribuye (Art. 59.1) efecto probatorio a *"Los documentos públicos expedidos en un Estado miembro tendrán en otro Estado miembro el mismo valor probatorio que en el Estado miembro de origen..."*. Y efecto ejecutivo (Art. 60.1) a *"1. Los documentos públicos que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen..."*.

El RgtoE 1215/12-15 sobre sentencias civiles y mercantiles da efecto ejecutivo en el Art. 58.1 pero sólo a *"Los documentos públi-*

cos que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen...". Y así tiene que constar en el certificado del Anexo II.

El sistema es el mismo que se sigue respecto de las sentencias y transacciones judiciales en muchas normas como el RgtoE 804/05 (Arts. 6. 1. a y Art. 24), el RgtoE 650/12-15 (Arts. 43 y 61. 1), y el RgtoE 1215/12-15 (Art. 39, 54. 1 y 59).

Esta regla se ratifica en nuestro país en el Art. 323. 2 LEC "... 1.º *Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio*". Si en origen no tiene el documento el efecto "*prueba plena*", aquí tampoco.

También el Art. 27.1 de la Ley española de de 6/7/12 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, sólo reconoce ejecutividad al acuerdo de mediación de otro país "*que ya hubiera adquirido fuerza ejecutiva en otro Estado*".

Dado que todas las normas citadas intentan facilitar el efecto probatorio y ejecutivo de los documentos extranjeros y que a pesar de ello los someten al requisito de que ya tengan en origen ese efecto, la conclusión no puede ser otra que respecto del efecto traditorio y de acceso al Registro de la Propiedad se han de seguir los mismos criterios, pues sería absurdo que a pesar de esas normas específicas, el efecto probatorio y ejecutivo fueran de peor condición que el traditorio y el registral respecto de los que no se ha previsto nada concreto en ningún Tratado, Convenio o RgtoE.

4. El documento extranjero ha de superar el "doble control" (Doctrina de Equivalencia en Seguridad Jurídica-DESJ-) que acredite que el negocio y el documento son válidos y eficaces en derecho extranjero y español y que el Notario extranjero ha practicado un asesoramiento a las partes y control tecnológicos de legalidad española que garantice que el consentimiento es realmente informado.

La recepción de un documento extranjero y el negocio que contiene –formalizado el primero según la ley extranjera– supone una aplicación de ésta en España que nunca puede infringir nuestro Orden Público ni incurrir en Fraude de nuestra ley, según Arts. 12. 3 y 12. 4 CC; Art. 14. 2º del Convenio Hispano-Francés de 28/5/69; Arts. 11 y ss del Convenio Hispano Alemán de 14/11/83; Arts. 31 y ss del Convenio de Bruselas de 27/9/68; Art. 50 del Convenio de Lu-

gano de 16/9/88; Considerando 19 y Art. 6 de la Directiva 2008/52/CE; Art. 57 del RgtoE 44/01; Arts. 46 y 22 del RgtoE 2201/03; Arts. 3.3 y 21 RgtoE 593/2008 de 17/6/08 sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales (ROMA I); Arts. 35 y 59. 1 del RgtoE 650/12-15; y Art. 59. 1 del RgtoE 1215/12-15. Recientemente el Art. 27. 3 de nuestra ley de mediación de 6/7/12 insiste en que *"El documento extranjero no podrá ser ejecutado cuando resulte manifiestamente contrario al orden público español"*.

Este es el mismo sistema que se sigue respecto de Sentencias y Transacciones Judiciales, entre otras muchas normas, en: Art. 4. 2º del Convenio Hispano-Francés de 28/5/69; Art. 26 RgtoE 1346/2000 sobre Procedimientos de insolvencia internacional (Res 11/6/10); Arts. 40. a) y 61. 3 RgtoE 650/12-15; y Arts. 45 y 46 RgtoE 1215/12-15.

Consecuencia "implícita" del Orden Público y Fraude de Ley es que todo documento, sentencia o transacción judicial ha de superar un "doble control" en derecho extranjero y español para acreditar que el negocio y el documento son válidos y eficaces en ambos, lo cual se realiza mediante el procedimiento conocido como DESJ (antes conocida como Doctrina de Equivalencia de Formas de las Res 11/6/99 y 21/4/03).

"Explícitamente" el "doble control" del negocio y el documento (*"autorizar notarialmente"*) viene impuesto en el Art. 15 del Convenio Europeo de Funciones Consulares de París 11/12/1967 ratificado por España en el BOE de 8/4/2011 (CCParís/67): *"1. Los funcionarios consulares tendrán el derecho a extender o autorizar notarialmente o de la forma análoga que prevean las leyes y reglamentos del Estado que envía:...2. Los actos y contratos a que se refiere el párrafo anterior sólo podrán producir efectos jurídicos en el territorio del Estado que recibe en la medida en que las leyes y reglamentos de éste no se opongan a ello"*. No sería admisible que se dijera que el criterio establecido en este Art. 15 del CCParís/67 es sólo aplicable a los países signatarios, pues de ser así se produciría el absurdo de que los documentos de los países que lo han suscrito para facilitar su circulación, tuvieran más dificultades para ello que los de los países no firmantes.

También explícitamente el Art. 323.3 LEC exige el "doble control" del negocio y del documento (*"forma"*) *"3. Cuando los documentos extranjeros a que se refieren los apartados anteriores de este ar-*

título incorporen declaraciones de voluntad, la existencia de éstas se tendrá por probada, pero su eficacia será la que determinen las normas españolas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos”.

Así mismo el doble control está impuesto explícitamente en la legislación hipotecaria puesto que los documentos extranjeros serán admitidos a inscripción sólo en el caso de que *“tengan fuerza en España con arreglo a las leyes”* (Art. 4LH), sólo *“si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado”* y sólo si se ha acreditado *“La observancia de las formas y solemnidades extranjeras...”* (Art. 36 RH). Como la primera regla del Dº Internacional es no infringir el Orden Público del país de recepción, habrán de cumplir todas las leyes extranjeras y españolas aplicables al negocio y el documento.

Y más modernamente el Art. 27.1 de la Ley española de mediación de 6/7/12, insiste en el doble control cuando dice que el acuerdo extranjero *“sólo podrá ser ejecutado en España cuando tal fuerza ejecutiva derive de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas”.*

Este doble control del negocio y del documento es exigido en infinidad de Resoluciones y Sentencias: *vid.* Res 25/1/12 sobre certificado de matrimonio polígamo, STS Sala 3.ª 9/12/11 sobre Kafala Marroquí y Autos TS 26/4/05, 20/6/05, 7/12/05 y 13/5/08. También por razones formales fue rechazada en la STS 5/6/00 una donación de inmueble español en documento danés de Capitulaciones que no era Escritura, por más que estuviera inscrito en un juzgado de Dinamarca. En el mismo sentido la DGRN nunca había admitido la inscripción de documentos extranjeros en las Res de 4/1/93, 15/3/00, 15/6/00, 7/2/05, 20/5/05 y 28/1/06, como tampoco la de una hipoteca provisoria de un Juez francés (Res 12/5/92), la de una hipoteca asegurativa de un Juez alemán (Res 23/2/04), o la de adjudicación de inmueble español en liquidación matrimonial de un Juez inglés (Res 27/7/12) (7) en la que se hace referencia expresa al Orden Público.

Por otro lado el superar el doble control **respecto de los “negocios jurídicos”** está muy facilitado tanto por la legislación española como por la supranacional, ya que su validez está regida por la regla general del **“antiformalismo”** con múltiples puntos de conexión.

En España, el antiformalismo negocial resulta de Ley Unica del Título XVI del Ordenamiento de Alcalá desde el año 1.348 y del Art. 1.278 CC (aunque con notables excepciones respecto de donaciones, hipotecas, prendas, capitulaciones y testamentos (8)). También se consagra el antiformalismo y se establecen muchos puntos de conexión de la ley extranjera en el Art. 11. 1 y 2 CC "1. *Las formas y solemnidades de los **contratos, testamentos y demás actos jurídicos** se regirán por la ley del país en que se otorguen. No obstante, serán también **válidos** los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley personal del disponente o la común de los otorgantes. Igualmente serán **válidos** los actos y contratos relativos a bienes inmuebles otorgados con arreglo a las formas y solemnidades del lugar en que éstos radiquen...* 2. *Si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su **validez** una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero*".

En el ámbito internacional, el antiformalismo negocial y los múltiples puntos de conexión es regla que garantiza la validez formal de los negocios; así lo establecen específicamente el RgtoE 650/12-15 sobre Sucesiones que en el Art. 21 impone como ley de sucesión la de residencia habitual y en el 22 permite elegir la de la nacionalidad, en los Arts. siguientes regula la validez material y formal de Testamentos, pactos sucesorios, aceptaciones y renunciaciones y en el Art. 59. 3 considera competentes para actos y relaciones jurídicas sucesorias a los Tribunales de la ley de la sucesión; también el Convenio Consular de París (CCParís/67) de 11/12/67 (BOE 8/4/11) Art. 15. Y con carácter general el Convenio de la Haya 5/10/61 sobre Testamentos y ROMA I que en su Art. 11. 1, 2 y 3 dice "1. *Un **contrato** celebrado entre personas, o sus representantes, que se encuentren en un mismo país en el momento de su celebración será **válido** en cuanto a la forma si reúne los requisitos de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Reglamento, o de la ley del país donde se haya celebrado.* 2. *Un contrato celebrado entre personas que se encuentren en distintos países, o por medio de representantes que estén en distintos países, en el momento de su celebración será **válido** en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Reglamento, o de la ley de los países en que se encuentren*

*cualquiera de las partes, o cualquiera de sus representantes, en el momento de la celebración, o de la ley del país en que cualquiera de las partes tuviera su residencia habitual en ese momento. 3. Un **acto jurídico** unilateral relativo a un contrato celebrado o por celebrar será **válido** en cuanto a la forma si reúne las condiciones formales de la ley que rija o regirá el fondo del contrato en virtud del presente Reglamento, o de la ley del país en el que se realizó dicho acto, o de la ley del país en que la persona que lo realizó tuviera su residencia habitual en ese momento”.*

Ahora bien, el superar el doble control **respecto de los “documentos”** es mucho más complejo puesto que los requisitos y efectos de los documentos están basados en el más **“estricto formalismo”** sin que se hayan establecido a nivel español o supranacional múltiples puntos de conexión que faciliten su validez y eficacia.

En España, para los documentos, no hay ninguna regla de libertad formal parecida a la que respecto a los negocios establece el Ordenamiento de Alcalá y el Art. 1.278 CC; no existe ninguna norma que con carácter general diga nada parecido a que *“Cualquier particular o funcionario podrán hacer los documentos que les interese, con los requisitos que crean conveniente y que producirán los efectos que les convengan”*. Antes al contrario, se regulan con “exasperante detalle” los requisitos que han de cumplir y los efectos que producen tanto los documentos privados (9) como los notariales.

La validez de los documentos notariales exige nada menos que una triple competencia en el Notario: material, territorial y formal hasta el punto de que si se infringe, el documento incurre en la máxima sanción posible que es la nulidad de pleno derecho (Art. 1223 CC) (10).

Si del campo de la validez pasamos al de la eficacia del documento notarial todavía es más claro el formalismo pues, en general, Testimonios, Actas, Pólizas y Escrituras no sólo necesitan más o menos requisitos en su formalización, sino que producen distintos efectos: menos requisitos y menos efectos en los Testimonios, más en las Actas, todavía más en las Pólizas, hasta llegar a las Escrituras en las que se darían la máxima exigencia de requisitos y la plenitud de efectos (*vid* Art. 1.279 CC). Es más, dentro de cada una de estas variedades documentales todavía habría que hacer subdivisiones por el objeto, pues, por ejemplo, una Escritura de Poder requiere menos requisitos que otra que se refiera a la propiedad o derechos

reales inmobiliarios que tendría la máxima eficacia, incluidos efectos traditorios, registrales, ejecutivos...

El problema fundamental en esta materia es que a nivel nacional y supranacional se ha avanzado mucho en la coordinación de legislaciones sobre la validez y eficacia de los "negocios", mientras que respecto de la de los "documentos notariales" los avances son muy escasos y respecto de los sistemas de transmisión de la propiedad y derechos reales no se ha avanzado absolutamente nada: cada país tiene el suyo. Nótese que los Arts. 11 del CC y ROMA I sólo se refieren a la "validez del negocio" (en ambos se repite hasta tres veces) pero en ningún momento se están refiriendo a los documentos (11), y como se deduce de la Res 11/6/99 no se pueden resolver problemas documentales con normas negociales.

En efecto, en los documentos notariales todo es puro formalismo puesto que ni en España ni en ningún país existe ninguna norma de equiparación que con carácter general diga nada similar a que *"Todos los Notarios y todas las legislaciones notariales del mundo son iguales, por lo que todos los documentos notariales son válidos y producen los mismos efectos en cualquier país"*. Es más, la falta de coordinación entre legislaciones para intentar solucionar la circulación internacional de documentos entre países es tan clara que muy recientemente las instituciones europeas han iniciado un proceso para intentar darle solución.

Este proceso comienza con un diagnóstico del problema que se realizó en la Resolución del Parlamento Europeo de 2.008 sobre Documento Público Europeo (12) que propugna que se haga un Reglamento Europeo especial sobre esta materia, del que necesariamente se excluirán los relativos a inmuebles (Recomendación 4).

Pero si el diagnóstico del problema es certero, el tratamiento deja mucho que desear, pues a la espera de ese futuro RgtoE sobre Documentos Públicos, lo hecho hasta la fecha es muy pobre y absolutamente alejado de lo logrado en el Convenio de La Haya de 1961 y ROMA I respecto de los negocios.

Sí que es verdad que (aparte de Apostillas y Certificados), existen normas supranacionales sobre Escrituras ejecutivas (Convenio Hispano-Francés de 28/5/69; Convenio Hispano Alemán de 14/11/83; Convenio de Bruselas de 27/9/68; informe Jennard/Möller con el Convenio de Lugano; Directiva 2008/52/CE; BRUSELAS I; BRUSELAS II Bis; RgtoE 805/04 y RgtoE 1215/12-15); sobre Actas (RgtoE

1393/07); sobre Documentos notariales y Certificado Europeo sucesorios (RgtoE 650/12-15); sobre documentos notariales en general el CCParís/67. Sí todo eso es cierto, pero resulta que: a) no se ha establecido una regla general de equiparación ni entre legislaciones, ni entre Notarios, ni entre documentos notariales; b) sólo hay equiparación en "algunos" efectos de los documentos: probatorios y ejecutivos (no traditorios ni registrales); c) sólo para el caso de que esos efectos ya se produjeran en el país de origen; d) sólo cuando la llegada del documento no suponga infracción del Orden Público del país de recepción; e) son muy pocos países los afectados, pues hay RgtsE que no se aplican ni en Irlanda, ni UK ni Dinamarca (ni en general en ningún país que no reconozcan esos efectos en origen); f) además el Rgto 650/12-15 y el Rgto 1215/12-15 no entrarán en vigor hasta 2015, con lo que es muy poco bagaje si tenemos en cuenta que hay 194 países en la ONU. Esta es la mejor prueba de que ni siquiera en el seno de la UE se ha decretado nada parecido a una equiparación entre sistemas documentales y que, en definitiva, está todo por hacer, especialmente en Escrituras relativas a bienes inmuebles.

Así pues, los documentos también tienen que superar el doble control en derecho extranjero y español, y los mínimos requisitos básicos que deben cumplir para ser aceptados en España los fijó la doctrina y los concretaron las Res de 11/6/99 (13) y 21/4/03: 1º) Notario funcionario (por eso la STJCE de UNIBANK de 17/6/99, no admitió la fuerza ejecutiva de un documento privado de crédito danés), 2º) identificación, 3º) capacidad y 4º) consentimiento y firma.

La cuestión es que estos requisitos son suficientes para obtener los efectos básicos que pretenden los documentos "accesorios y sencillos y no tecnológicos" (algunos Poderes, Testamentos, Actas y Capitulaciones que se pueden denominar Actos Notariales Universales), pero no para los documentos "o principales, o complejos o tecnológicos" (todos los relativos a inmuebles) que pretenden obtener algún "efecto fuerte" y que por tanto necesitan cumplimentar además "requisitos también fuertes", que son un asesoramiento a las partes y un control tecnológico de la legislación española de gran intensidad y extensión, y con unos especiales medios técnicos, hasta obtener un consentimiento realmente informado de los intervinientes en el documento (que es lo mismo que se exige respecto del consentimiento informado médico en la STC 37/2011 y en la

STS 4/3/11). Todo lo cual es un requisito universal en las legislaciones notariales, tradicional en nuestro derecho histórico (14), y hoy exigido en el Art. 17 bis.2.a LN *"...el notario deberá dar fe... de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes"*. En el mismo sentido se pronuncian los Arts. 1, 2, 24 LN; 22 LH; 43. Dos.2, Ley 14 de 29/12/00 Infracciones notariales; 81 y 84 Ley 16/11/07 Consumidores y Usuarios; 18 Ley 2, 31/3/2009 sobre deberes en hipotecas; 30.1 Orden EHA 2899 de 28/10/11 Transparencia hipotecas; 2, 19 y 20 Ley de 28/4/10 de Blanqueo de Capitales; 4 Ley 13/12/07 de compra de tangibles; 71.6 Ley 9/7/03 Concursal; Arts. 25.2 RD Ley 5/3/12 y Ley 6/7/12 de Mediación y Arts. 31 RD Ley 6/3/12 y Ley 6/7/12 de Aprovechamiento por Turno...

El asesoramiento y control de legalidad es exigido al Notario por las STS de 29/12/1927 (*"el Notario... es el Profesor de jurisprudencia de las clases humildes, proletarias, y el consejero de los individuos y de las familias"*), 3/7/65 y 24/10/00; por la STC 207/99 (*"a los notarios... les incumbe... el juicio de legalidad... la función pública incorpora pues, un juicio de legalidad"*); y por la STJUE Gran Sala de 24/5/11 (*"...las actividades notariales... persigan... garantizar la legalidad y la seguridad jurídica... el notario debe negarse a autenticar un acto o un contrato que no reúna los requisitos legalmente exigidos..."*).

Por otro lado el asesoramiento y control de legalidad se tiene que prestar con unos medios tecnológicos específicos que no son optativos sino de uso imperativo para el Notario y que están impuestos en una amplísima normativa: Ley de 27/12/01 sobre documento público electrónico, copias electrónicas y presentación telemática de Escrituras (Ley 18/11/05 y Art. 249 RN); Ley 19/12/03 de firma electrónica; RD 1643/2000 y Ley 29/11/06 de prevención del fraude fiscal e Índice informatizado notarial; Art. 175 RN obliga a todo Notario a obtener información registral de titularidad y cargas de las fincas telemáticamente o por núm. especial de FAX; Constitución telemática de Sociedades Nueva Empresa y Sociedades "exprés"; conexión telemática con Registros de Seguros y Últimas Voluntades; Denominaciones sociales y Notas Simples mercantiles telemáticas; CIF telemático de la AEAT; conexión telemática con el OCP y SEPBLAC sobre Blanqueo de capitales; comunicación telemática de Actas Abintestato y Partes de Testamentos; comunicación telemática-

tica con el Catastro para cambios y obtención de Certificaciones; Préstamos personales e hipotecarios telemáticos; consulta telemática de deudas de IBI; liquidación telemática de plus valías y de Impuestos; comunicación telemática de documentos de Voluntades anticipadas; proyecto Ábaco para consulta telemática de bases de concursos; Proyecto Vigía de comunicación telemática de determinadas Actas a la policía. No es argumento contrario que muchos de estos elementos sean renunciabiles por el interesado, pues sólo se puede renunciar a algo que se tiene, lo demás es una simple y llana privación de derechos.

El uso inexcusable de elementos tecnológicos en el servicio notarial lo exige la STS 15/2/11 *"...la comunicación entre el Registrador Mercantil Central y el Notario tiene lugar mediante el sistema de firma electrónica y, más concretamente, en las consecuencias de ello en la posterior relación entre el Notario autorizante de la escritura pública de constitución de la sociedad y el Registrador Mercantil que ha de practicar la inscripción en el Registro..."*; y la STS 20/9/11 *"...el notario que, junto al Registrador, dispondrán obligatoriamente de sistemas telemáticos para la emisión, transmisión, comunicación y recepción de información (artículo 107 Ley 24/2001, de 27 de diciembre..."*. Hasta tal punto es imprescindible el asesoramiento y control tecnológicos de legalidad española que el Notario incumplidor incurre en responsabilidad, y así vemos que la jurisprudencia condena a Notarios en las SAP Alicante 8/2/05 y 21/12/10 (asesoramiento fiscal), la STS 9/3/12 (subasta del Art. 1872 CC) o SAN 5/6/12 (blanqueo de capitales).

Además, el Notario extranjero ni siquiera ha acreditado que tiene suficiente conocimiento del D^o español que le permita asesorar en él y controlar la legalidad española. Nótese que hasta para ejercer en España una profesión completamente liberalizada como la de Abogado se exige que antes se acrediten los conocimientos en derecho español mediante un examen específico (Orden PRE/421 de 15/3/13 y RD 1837 de 8/11/08 que desarrollan varias Directivas europeas), y lo que sería absurdo es que esta acreditación se exigiera para una profesión liberalizada y no para la notarial que está excluida de liberalización.

5. El documento extranjero necesita que una específica norma consuetudinaria, jurisprudencial o legal le reconozca

aquí los concretos efectos que pretende tener, pues al no existir norma de equiparación general entre Escrituras de distintos países y dado que nuestro CC sólo se refiere a la “legislación notarial, Notarios y Escrituras españolas”, no pasa de ser un simple “documento no/público”.

Ni en España, ni en los países europeos, ni en la UE, ni en el resto del mundo nadie puede citar un solo precedente que establezca una equiparación general entre legislaciones notariales, Notarios o documentos notariales.

Por otro lado, cuando nuestras normas se refieren a esos aspectos se están refiriendo única y exclusivamente a la legislación, Notario y Escritura españoles y no a los extranjeros pues muchos son los argumentos que así lo avalan.

El primero es un argumento de autoridad, pues dado que ni en la carrera de Derecho, ni en las oposiciones a judicaturas (*vid.* BOE 13/3/10) se estudia un solo tema de Derecho notarial, hay que acudir a los autores que han pasado toda la vida estudiando el Derecho documental y notarial español (BONO HUERTA, VALLET DE GOITISOLO, CÁMARA, JIMÉNEZ ARNAU, NÚÑEZ LAGOS, GONZÁLEZ PALOMINO, RODRÍGUEZ ADRADOS, etc.) y se comprueba que ninguno de ellos ha dicho nada parecido a que cuando nuestras normas hablan de lo notarial están incluyendo a lo notarial extranjero en plano de igualdad con el español.

El segundo es la pura lógica, pues si cualquier referencia en nuestras normas a una legislación, funcionario o documento que no lleve la calificación expresa de “español” se entendiera que incluye al “extranjero”, el ordenamiento español se vendría abajo y el caos se impondría cada vez que con esa excusa cualquiera pretendiera que se le aplicara la legislación extranjera para eludir los efectos más estrictos de la española. Para evitar este absurdo habrá de entenderse que la regla general es que esas referencias lo son a lo “español” y cuando excepcionalmente nuestras normas se refieren a lo “extranjero” lo dicen expresamente. Criterio éste que se aplica no sólo al ámbito notarial, sino al civil, al administrativo, al penal, al fiscal etc, Para comprobarlo basta abrir cualquier texto legal de cualquier editorial y rápidamente se comprobará que en los comentarios a los Arts. 1216 a 1221, 1462 CC etc no se dice nada parecido a que haya que tenerse en cuenta la legislación notarial de los 194 países de la ONU, antes bien las referencias son expresas a la LN y el RN

español al que citan hasta con fechas, núm. de artículo y hasta de párrafo (15). Por esto mismo en los planes de estudio de las Facultades de Derecho y en las Oposiciones a altos funcionarios españoles, no se estudia el extranjero en plano de igualdad con el español cosa que sería imprescindible si el documento extranjero acogido a ley foránea fuera igual al español. Esta es la razón por la que ningún Gobernador Civil, Delegado de Hacienda, Presidente de Diputación, Alcalde, Delegado del Gobierno, de la Vivienda, Jueces, Magistrados etc haya nunca intentado comparecer ante un Notario de país limítrofe o ante cónsul extranjero asentado en España, para otorgar una Escritura u ordenarle la protocolización de un testamento ológrafo o cualquier otro documento.

El tercer argumento se encuentra en los precedentes inmediatos del CC, Proyecto 1851 y Anteproyecto 1882-1888, de los Arts. 1216, 1217 y 1462. 2.º (Arts. 1199, 1200 y 1385 Pro. y Arts. 1233, 1234 y 1489 Ant. respectivamente) que de ninguna manera autorizan a entender que se están refiriendo al Notario y a la legislación y Escrituras extranjeras.

El cuarto argumento es el estudio de las fuentes históricas de la legislación documental y notarial española, europea y mundial llevado a cabo, entre otros, por RODRÍGUEZ ADRADOS (16) en varios de sus trabajos (en alguno de ellos la bibliografía ocupa 14 páginas) de las que se extrae la misma conclusión de que nuestro CC se refiere sólo a la legislación, Notario y documento español.

El quinto argumento es lingüístico pues en nuestras normas se utilizan continuamente expresiones típicamente españolas que no se utilizan en otras partes del mundo y que demuestran sin lugar a dudas que nuestro legislador se refiere sólo a leyes, Notarios y Escrituras españolas, así es frecuente en el Proyecto, Anteproyecto y en el mismo CC (Arts. 1215 a 1230, 1462, 689, 693, 704...) expresiones como escribano, instrumentos, competencia, Notario empleado público (en muchos países como UK no son funcionarios), matriz, protocolo, copias, cotejo de copias, valor probatorio de las copias, (hay documentos extranjeros que circulan en original), protocolizar con Juez de 1.ª instancia según la Ley de Enjuiciamiento Civil etc; el Art. 1868 bis hablaba como equivalentes de Notario, Agente de Cambio y Bolsa y Corredor de Comercio Colegiado (estos últimos no existen en otros lugares), o como cuando el Art. 1872 habla de subasta de la prenda ante Notario no parece que se refiera

al extranjero. En la legislación sobre hipoteca naval, mobiliaria y prenda sin desplazamiento se habla de Escritura o Póliza (esta última no existe en otros lugares). En la LEC al tratar de los medios de prueba y de ejecuciones (Arts. 317, 320, 322, 332, 517...) habla de autorizar, originales y copias, Secretarios Judiciales, CCAA, provincias, municipios, Entidades locales, etc.

El sexto argumento es sistemático, pues nuestras leyes cuando excepcionalmente se refieren a Notarios y Escrituras extranjeras lo dicen clara y expresamente, sin necesidad de interpretaciones forzadas: "Normas de Derecho Internacional Privado" (Arts. 8 a 12); matrimonio extranjero (Arts. 49 y 50 CC); "Del testamento hecho en país extranjero" (Arts. 732 a 736 CC). Y todo esto no es fruto del azar o del error como lo demuestra la Ley de Bases de 11/5/1888, ya que la Base 2 era perfectamente consciente de los problemas que planteaba el Dº Internacional al que se refería *"para dar algunas bases seguras a las relaciones internacionales civiles"*. Y por supuesto que era consciente de que existían documentos extranjeros que podrían tener eficacia en España cuando en la Base 15 se refería a los Testamentos *"su forma y solemnidades... hecho en país extranjero"*. Pero a pesar de todo ello cuando trata del título y modo de adquirir la propiedad se concentra exclusivamente en los documentos españoles sin ni siquiera mencionar al Dº Internacional o a los documentos extranjeros en la Base 20 *"Los contratos, como fuente de las obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación del dominio o de cualquier otro derecho a él semejante... aun en aquellos casos en que se exigen solemnidades determinadas... o el otorgamiento de escritura..."*. En otras palabras, cuando los Arts. 1216, 1217 y 1462 CC no se refieren a la legislación o los documentos extranjeros, es sencillamente porque el legislador español lo quiso así.

El séptimo es un argumento metodológico puesto que tanto en el ámbito interno como supranacional es tan claro que los documentos extranjeros no son Escrituras españolas, que las normas hispanas y las foráneas los someten a un tratamiento y unos requisitos para que produzcan aquí algún efecto, que sobrarían si fueran lo mismo que nuestras Escrituras. Lo demuestra el que necesariamente han de ser sometidos al doble control exigido por la DESJ para demostrar que no infringen nuestro Orden Público negocial y documental, cosa que por definición sobra en nuestras Escrituras. Y lo demuestra el

hecho de que, como vamos a ver, al no ser equivalentes a nuestras Escrituras no tienen sus efectos generales, y por eso la normativa específica les da un tratamiento diferenciado atribuyéndoles uno a uno los efectos que quieren que tengan en España con unos requisitos especiales que no son de aplicación a nuestros documentos internos. Si las Escrituras extranjeras fueran iguales a las españolas ¿por qué ha sido necesario una norma especial como el Art. 323. 3 LEC para que obtengan el efecto de prueba plena procesal siempre que demuestre que ese efecto ya lo tenía en origen y haya superado el doble control? ¿por qué han sido necesarias las referencias a este efecto probatorio en los RgtoE 650/12-15 y 1215/12-15? ¿cómo se explica que la LEC dedique a las Escrituras extranjeras un Capítulo II independiente y separado de las españolas y les niegue que tengan por sí efecto ejecutivo en el Art. 523 a reserva de lo que diga una norma supranacional? ¿por qué han sido necesarios tantos Tratados, Convenios, RgtoE y el Art. 27 de la ley de Mediación de 6/7/13 sobre este efecto ejecutivo? ¿cómo se explica que se les haya dedicado unos Arts. específicos, 4LH y 36RH, para atribuir un efecto registral que deberían tener por sí solas las Escrituras extranjeras? ¿por qué en el Parlamento Europeo, Alemania, Bélgica, Holanda, Francia, Italia, Suiza y UK no se admite la inscripción del documento extranjero?

La conclusión que aquí se mantiene es la sostenida desde siempre por la DGRN en múltiples de sus Res, de la que citamos por su claridad la de 18/1/05 del Sistema Notarial *"Cuando con carácter general, la ley requiere la intervención notarial debe entenderse referida a la de un notario nacional, único que con su actuación puede incorporar el juicio de legalidad de nuestro Ordenamiento"*.

Como queda dicho los documentos extranjeros no son Escrituras españolas a efectos de nuestro ordenamiento jurídico, pero a pesar de que en Dº español sólo se conocen dos tipos de documentos, los públicos y los privados (Arts. 1216, 1223 y 715 CC, y 317 y 324 LEC), tampoco se pueden calificar de simples documentos privados debido a la potencialidad de efectos que pueden alcanzar cumpliendo unos requisitos especiales, de manera que, lo más lógico es considerarlos como una tercera categoría documental "sui generis" que se puede denominar "documentos no/públicos".

Evidentemente los documentos no/públicos no tienen los efectos generales de las Escrituras españolas (por ejemplo, la regla general es que los documentos privados no tienen efecto traditorio ex

Res 9/7/13), pero al igual que ocurre con los documentos privados simples pueden llegar a tener algunos efectos de los públicos bajo la condición de que alguna norma especial se los atribuya de manera concreta: A) Así ocurre con el efecto probatorio reforzado, la fecha fehaciente y cierta conservación, de los documentos privados reconocidos/no impugnados judicialmente, los liquidados o por fallecimiento de un firmante, los legitimados, los testimoniados o los protocolizados. B) Ocurre lo mismo con la fecha y el efecto registral de los documentos privados de instancia de heredero único, distribución hipotecaria, anotación de refacción, nombramiento de administradores y cuentas anuales. C) También ocurre con el efecto ejecutivo de algunas letras/pagarés/cheques. D) Es lo mismo que pasa con el efecto traditorio y ejecutivo de los conocimientos de embarque, los Resguardos de Depósito y Warrants en Almacenes Generales, en Aduanas, y en Puertos, Zonas y Depósitos Francos, y con la antigua póliza privada de préstamo de la Prenda Aceitera Sin Desplazamiento de Posesión y con el antiguo documento privado de Prenda Sin Desplazamiento de menos de 5.000 Pts. y con el efecto traditorio del documento privado de donación de mueble.

6. El documento presentado es civilmente nulo de pleno derecho y no puede inscribirse, por: A) falta de competencia material del Notario extranjero; B) no acreditar que cumple la reciprocidad; C) no probar que en origen tiene efecto traditorio y registral; D) no superar el doble control al infringir nuestro Orden Público en la formalización de documentos notariales; E) no existir norma española o supranacional que le reconozca aquí efecto traditorio.

El cumplir los cinco requisitos necesarios para la circulación de documentos entre países es tarea realmente compleja pues, como queda dicho, sobre la coordinación internacional de sistemas documentales los avances son nimios y sobre la coordinación de sistemas de transmisión de la propiedad no se ha avanzado absolutamente nada. En cualquier caso hay que hacer un examen más detallado dependiendo del tipo de efecto que desee tener aquí el documento extranjero.

Si quiere tener en España sólo **los 9 efectos básicos de todo documento notarial**, el cumplir todos estos requisitos es relativa-

mente sencillo para los Documentos Notariales Universales (Poderes, Testamentos Actas y Capitulaciones) que reúnan las tres condiciones de ser accesorios, y sencillos, y no tecnológicos, pues han de cumplir sólo unos requisitos mínimos, para lograr: fecha fehaciente (relativa, no a efectos fiscales), firma legítima, probatorio extrajudicial, conservación (al menos mayor que la de los documentos privados simples), garantía (muy relativa si tenemos en cuenta que hay Notarios que los nombra un cura), intensidad (en cuanto al negocio), extensión (a terceros: oponibilidad y utilizabilidad), legitimación (para actuar el titular) y seguridad jurídica (para todos). Se entiende que en mayor o menor medida esos efectos se producen (y se reconocen a los documentos foráneos) en prácticamente todos los países, y que se puede superar el doble control sin especiales dificultades, al no exigir un asesoramiento y control de legalidad tecnológicos, ni de gran extensión, ni de gran intensidad. Por otro lado, sí que hay una norma especial que reconoce aquí estos efectos básicos a los documentos extranjeros que cumplan esas condiciones (y por tanto la competencia material del Notario extranjero para autorizarlos), lo que ocurre es que esa norma no es una ley, ya que en su origen fue consuetudinaria, uso o principio general y hoy es además jurisprudencial (Art. 1 CC). Confirma la existencia de esta norma la práctica jurídica multisecular, junto con la doctrina registral y la jurisprudencia, que si bien no han admitido la inscripción en nuestros registros de documentos sobre inmuebles, sí que han admitido poderes extranjeros en las Res 11/6/99, 21/4/03, 4/7/05 y 29/5/06 y en las STS de 31/10/88 (de Alemania), 17/3/92 (de Italia) o la STS de 2/6/98 (UK), así como testamentos extranjeros como en las STS 15/11/97 (de USA) y la de 8/10/10 (mancomunado alemán). Esta es la misma postura que se tiene en el Parlamento Europeo, Alemania y otros muchos países en los que la experiencia enseña que la recepción de Poderes, Actas, Testamentos y Capitulaciones no plantea particulares problemas (fuera de los habituales de traducciones, legalizaciones, apostillas y poco más...), mientras que no ocurre lo mismo respecto de las Escrituras extranjeras de inmuebles propios y otras complejas como las relativas a actos societarios que son rechazadas.

Sin embargo, si ahora entramos en la categoría de los documentos extranjeros o principales, o complejos o tecnológicos que pretenden obtener aquí alguno de los cinco efectos fuertes que tienen

por sí las Escrituras españolas (prueba plena judicial, ejecutivo, prelativo, traditorio y registral) la cuestión se complica enormemente ya que, además de los requisitos básicos que han de cumplir todos los documentos, han de cumplimentar otros requisitos fuertes, lo que en algunos casos es muy difícil, y en otros imposible de todo punto mientras no haya Tratado, Convenio o RgtoE que autorice otra cosa.

Si lo que pretende obtener aquí el documento extranjero es el efecto de **prueba plena judicial**, es posible llegar a demostrar que cumple la reciprocidad y que en su país de origen tenía reconocido ese efecto. En ese caso, también es posible que supere el doble control que le impone el Art. 323 LEC que implícitamente está reconociendo una competencia material al Notario extranjero para autorizar estos documentos en esas condiciones. Si alguno de los requisitos no se llegara a cumplir, al documento extranjero no le cabría otra opción que acogerse al sistema que para los documentos privados establece el Art. 326 LEC de ser reconocidos/no impugnados, y si ello no es posible, deberían ser homologados mediante la elevación a Escritura española (la simple protocolización no hace públicos los documentos que no lo eran según Res 19/7/11), salvo que se trate de actos estrictamente formales (hipotecas, prendas, donaciones...) para los que sólo es competente el Notario español en cuyo caso ya no cabe otra solución que practicar un nuevo otorgamiento en España. Nótese que los documentos de UK nunca pueden cumplir los requisitos ya que en origen ni tienen este efecto, ni se lo reconocen a ningún documento extranjero, pues ya que allí no conocen la categoría de documentos públicos ni les atribuyen ningún efecto especial.

Si lo que pretende obtener aquí el documento extranjero es el efecto **ejecutivo y prelativo** (éste como simple manifestación del primero), la cuestión se complica extraordinariamente pues el Art. 523 LEC no considera que los documentos extranjeros sean públicos y les niega el efecto ejecutivo "1. *Para que las sentencias firmes y demás títulos ejecutivos extranjeros lleven aparejada ejecución en España se estará a lo dispuesto en los Tratados internacionales y a las disposiciones legales sobre cooperación jurídica internacional*". Así pues habrá que ver caso a caso si hay Tratado, Convenio o RgtoE que contemple el supuesto, lo que ocurre sólo con muy pocos países de los 194 de la ONU, o si se trata de un acuerdo

de mediación al que nuestra Ley de 6/7/12 (que en aplicación de una norma supranacional como es la Directiva 2008/52/CE) sí que le reconoce este efecto. En estos raros casos, se da por supuesta la reciprocidad y que en origen ya tenga este efecto, pero habrá que superar el doble control para acreditar que no infringe nuestro Orden Público. Sólo en estas estrictas condiciones se entiende que el Notario extranjero tiene competencia material para autorizar este tipo de documentos. Si alguno de los requisitos no se llegara a cumplir, al documento extranjero no le cabría otra opción que a cogerse a la elevación a Escritura española o a un nuevo otorgamiento sustantivo según los casos, que es el sistema que expresamente prevé nuestra ley de mediación de 6/7/12 (Art. 27. 2 *"Un acuerdo de mediación que no haya sido declarado ejecutable por una autoridad extranjera sólo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español..."*). Nótese que los documentos de UK nunca pueden cumplir los requisitos ya que en origen ni tienen este efecto, ni se lo reconocen a ningún documento extranjero, ya que allí no conocen la categoría de documentos públicos ni les atribuyen ningún efecto especial.

Respecto del efecto traditorio nunca lo tienen los documentos extranjeros pues la inmensa mayoría de los países no siguen la doctrina del título y modo, ya que en tema de transmisión de la propiedad no existe ningún Tratado, Convenio o RgtoE específico sobre la materia y cada país tiene el suyo propio. Esto supone de entrada que prácticamente casi ningún país va a poder cumplir el principio de reciprocidad, y que tampoco reconoce a sus propios documentos efecto traditorio (en particular UK).

Pero aunque el documento proviniera de algún país que tuviera ese sistema de transmisión de propiedad, y aceptara el efecto traditorio de nuestros documentos allí, el documento extranjero nunca pueden superar el doble control, ya que infringen nuestro Orden Público en la autorización de documentos notariales, al ser imposible que el Notario extranjero obtenga de las partes un consentimiento informado basado en un asesoramiento y control tecnológicos de la legislación española que no puede practicar hasta por falta de medios técnicos con los que hacerlo, y, además, por falta de acreditación de su conocimiento en Dº español.

Por otro lado no hay ninguna norma española o supranacional que reconozca aquí este efecto traditorio a los documentos extran-

jeros, por la sencilla razón de que antes, durante, después, dentro y fuera del CC, el legislador español no se lo ha querido atribuir por más que ocasiones no le han faltado, ya que sí que se lo ha dado a miles de documentos que no son Escrituras españolas, como el conocimiento de embarque del CCom; las Pólizas de Hipoteca naval, Prenda Sin Desplazamiento de la LHM y PSD y la Póliza del Art. 1868 bis CC; y los documentos privados de Resguardos de Depósitos y Warrants en Almacenes Generales, Aduanas, Puertos, Zonas y Depósitos Francos, el del Art. 1.868 bis de PSD para deudas de menos de 5.000 Pts y el documento privado de donación de mueble (17). En estas condiciones el Notario extranjero carece de competencia material para autorizar este tipo de documentos.

No es argumento contrario a lo que aquí se sostiene el que la tradición se haya podido producir de forma extradocumental, pues como dice, entre otras muchas, la STS 10/7/97, esa es circunstancia de mero hecho no apreciable en el procedimiento registral y deberá ser establecida judicialmente en un proceso con prueba contradictoria no bastando simples manifestaciones al respecto.

En suma, para obtener este efecto traditorio no cabe otra solución que la elevación a Escritura o un nuevo otorgamiento sustantivo ante Notario español.

Respecto del efecto registral nunca lo tienen los documentos extranjeros pues nunca pueden cumplir todos los requisitos necesarios para que se les reconozca aquí ese efecto, aunque se trate de documentos que no necesiten efecto traditorio, al menos hasta que un Tratado, Convenio o RgtoE diga lo contrario.

Sí que es verdad que el Art. 4 LH y 36 RH son normas específicas que atribuyen este efecto registral a las Escrituras extranjeras con lo que ya se tendría por cumplido uno de los 5 requisitos necesarios para ello, pero esto no les dispensa de cumplir el resto, y por eso estas normas no admiten cualquier documento extranjero sino sólo los que *"tengan fuerza en España con arreglo a las leyes"* (Art. 4LH), y sólo *"si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado"*, lo que implica no infringir nuestro Orden Público para lo que deberán pasar el doble control. El interpretar que dado que tienen abierta la puerta del Registro ya no tienen que cumplir ningún otro requisito negocial y documental es algo que no se sostiene, pues hasta las mismas Escrituras españolas han de cumplir esos requisitos ya que como bien dice para ellas el

Art. 3 LH deberán de formalizarse *"en la forma que prescriban los reglamentos"*.

Ahora bien los requisitos que hayan de cumplir intrínsecamente los documentos sujetos a inscripción no los determina la legislación hipotecaria según resulta de múltiples argumentos.

El primero es que la LH está basada en documentos pero no es una ley documental, como lo demuestra el hecho de que no puede haber inscripción sin documentos, pero sí documentos sin inscripción, y éstos últimos han de cumplir unos requisitos con independencia de que se inscriban o no. Por eso, tanto para las Escrituras españolas ("reglamentos") como para las extranjeras ("leyes" y "normas de D^o Internacional"), la legislación hipotecaria remite a normas externas, lo cual no podía ser de otra manera a la vista de que venía impuesto por el mismo CC que para las inscripciones remite a la LH en el Art. 608, mientras que para las Escrituras remite a la LN en el Art. 1217.

El segundo es que lo mismo ocurre hasta para los documentos privados, que en algunas ocasiones (Art. 14 LH y 166.11, 208, 216, 238 y 354 RH) se permite su inscripción con firmas legitimadas, pero no se regula en el ámbito hipotecario cómo se tiene que practicar la legitimación notarial de firmas.

El tercero es un argumento histórico pues los actuales Arts. 3 y 4 LH son una simple reproducción de los Arts. 3 y 5 de la LH de 1861, pero cuando se publicó ésta no existía ni el CC de 1889, ni la Ley Orgánica del Notariado de 1862 y no se sabía si habría en el futuro título y modo de adquirir, ni si se impondría con carácter estatal el control de legalidad notarial, de manera que la LH 1861 era imposible que pretendiera regular los requisitos y efectos de los documentos y cuando hablaba (al igual la actual LH) de *"reglamentos-leyes"* es evidente que era –y es– una pura remisión a lo que se diga sobre los documentos notariales desde un punto de vista sustantivo, en el CC, y desde el punto de vista documental, en la LN. Posteriormente llegaría la LN de 1862 en la que se impuso para todos los Notarios el control de legalidad del Art. 1 LN (*... dar fe, conforme a las leyes...*) y el Art. 2 LN, (*El notario que... negare sin justa causa la intervención de su oficio, incurrirá en la responsabilidad...*). Y más tarde aún llegaría el CC de 1889 que confirma ese requisito de control de legalidad al remitir en cuanto a los requisitos de los documentos notariales a lo que ya había dispuesto nuestra legislación notarial y

no la hipotecaria (Art. 1217 CC). Es más, después de la actual LH se modificó el título preliminar del CC el 31/5/1974 y ahora con una claridad fuera de dudas el Art. 12. 3 y 4 CC, impide que se aplique la legislación extranjera contra nuestro orden público o en fraude de nuestra ley, de manera que, fuera la que fuera la intención y los precedentes del Art. 4 LH, se habrá de entender derogado en la medida en que pretendiera la inscripción en España de documentos que no cumplan los estándares mínimos sustantivos y documentales establecidos por nuestra legislación civil y notarial.

Nuestra legislación hipotecaria tiene el mérito de haber solucionado lo que estaba en su mano, que era tener preparado el terreno para facilitar la inscripción de los documentos extranjeros salvando el escollo de que al ser documentos no/públicos necesitaban de una norma específica que así lo estableciera. Pero lo que no puede es solucionar unos problemas documentales que no están a su alcance, pues para ello antes será necesario una coordinación internacional de sistemas de transmisión de la propiedad, documentales y tecnológicos que no han cesado de separarse desde 1861.

Así pues, seguirá siendo necesario cumplir los requisitos de la reciprocidad y de que los documentos extranjeros tengan en su país reconocido el efecto registral, cosa casi imposible ya que respecto de sistemas registrales no existe ningún Tratado, Convenio o RgtoE específico sobre la materia y cada país tiene el suyo propio. Como se ha dicho en la UE, Alemania, Bélgica, Holanda, Francia, Italia y Suiza no se admite sin homologación la inscripción de los documentos extranjeros y en UK ni siquiera son inscribibles sus propias Escrituras pues no conoce la categoría del documento público.

Pero aunque se reciban aquí documentos de un país que admitiera en su Registro la inscripción de los suyos y la de los españoles, resultaría que se produciría el escollo insalvable de que nunca pueden superar el doble control, ya que infringen nuestro Orden Público en la autorización de documentos notariales como se ha explicado. En estas condiciones el Notario extranjero tampoco tiene competencia material para autorizar estos documentos, ya que tampoco se ha acreditado el conocimiento del Notario autorizante de la legislación española.

Y ni siquiera cabría inscribir las Escrituras extranjeras de herencias con heredero único bajo el expediente de considerarlas como documentos privados con firmas legitimadas pues antes habría que

demostrar que allí se admitirían documentos españoles similares, y que a sus propios documentos les dispensan el mismo trato (cosa absolutamente imposible en UK). Además la instancia privada de heredero único es una excepción a la documentación pública que sólo se aplica a los documentos españoles como demuestra el Art. 14. 3º LH que para su aplicación pide que no haya "*interesado con derecho a legítima*" o el Art. 79 RH que habla de "*legitimario*", todo lo cual demuestra que sólo está pensando en herencias españolas pues hay muchos países que no tienen legítimas. En último término, la remisión que hace el Art. 4LH es únicamente al Art. 2, no al Art. 14.

II. EPÍLOGO A MODO DE PRÓLOGO

Dado que la circulación internacional de documentos extranjeros la hemos tratado en otros artículos de bastante extensión¹⁸, nos proponemos en éste sintetizar lo escrito a proporciones manejables para que pueda ser utilizado (en feliz frase de GIMÉNEZ DUART) por "nuestros hermanos en la fe", los Registradores de la Propiedad, aunque ojalá todos podamos extraer algo útil de estas líneas.

Pretendemos facilitar una guía de cómo podría ser una calificación negativa de este tipo de documentos intentando mejorar y actualizar lo que ya dijimos sobre el particular en otro trabajo (19).

Probaremos a practicar el difícil arte de la síntesis ya que las explicaciones y las citas las damos por extenso en los artículos citados, y cuando sean imprescindibles algunas aclaraciones adicionales, las pasaremos a Notas Finales (por esta razón más amplias de lo que son habitualmente) para que el texto de la calificación sea lo más escueto posible, de manera que el calificador pueda decidir su extensión según considere más conveniente. Esta es la razón por la que ponemos en primer lugar y directamente los motivos de la calificación y trasladamos aquí lo que en cualquier otro artículo figuraría al principio como introducción. Lo que pretendemos es que el eventual lector pueda entrar directamente en el centro de la cuestión sin que tenga que pasar por explicaciones previas, a reserva de que, si quiere, luego las pueda ampliar con este epílogo y las notas.

Por otro lado hay que explicar la razón por la que no utilizamos la frase "Escritura extranjera" a la que sustituimos por "documento extranjero": no es un error, está hecho intencionadamente. El caso

es que muchos hemos conocido meros documentos privados que con ánimo de aparentar lo que no son, estaban revestidos con carpetas a imitación de las notariales con títulos rimbombantes de "Escritura Privada..." y su interior se redactaba con fechas y "Ante los testigos Don..., o directamente Ante Don...". En fin, estos documentos se titularán como quieran, pero eso no puede alterar la realidad de las cosas de que no son "Escrituras", que es una expresión que la legislación notarial y una práctica multisecular española, reservan a los documentos autorizados por Notario que tenga competencia material, territorial y formal. "*Notario... competente*" dice el Art. 1.216 CC.

Pues bien, la "Escritura" es una variedad de documento que se caracteriza porque es creada por una persona que tiene que ser un funcionario, pero no cualquier tipo de funcionario, sino sólo por el especializado que nombra el Estado español. De otra manera: hay funcionarios (del Estado, CCAA, Ayuntamientos, Jueces...) que pueden crear "documentos públicos" pero no "Escrituras", pues para ello deberían tener una "competencia material" sobre actos extra-judiciales/administrativos de la que carecen. Demostraremos que la regla general es que los Notarios extranjeros carecen de competencia en la autorización de documentos que pretendan tener eficacia en España y que las escasas excepciones a esta regla están muy condicionadas y en algunos casos no existen.. Por no hablar de los Notarios ingleses y norteamericanos, que ni son funcionarios, ni en su país crean "Escrituras", ni dan fe (no conocen este tipo de documentos pues todos son privados)... ¿en base a qué se permiten titular sus documentos como "Escrituras" si allí no existen?... En fin, optamos decididamente por la expresión "documento extranjero".

¿Por qué insistimos en este tema de la circulación internacional de documentos? Pues por la sencilla razón de que algunos documentos extranjeros comienzan a inscribirse en nuestros Registros con indisimulada alegría de pocos Registradores (sólo de unos pocos) y desconsuelo de otros muchos, que pensando a largo plazo saben que ese descrédito acabará por perjudicar a todos. Franca-mente, no vemos la ventaja de que el Registro español se convierta en coladero de documentos civilmente nulos, realizados por quien no tiene competencia material, formal y territorial, pues no hay que olvidar que ese documento simula ser lo que no es, y que el Notario extranjero se apropia de unas funciones que no le corresponden aparentando prestar un servicio notarial para el que no tiene título.

Imaginemos que juristas españoles (a la vista de que la Directiva de 2.006 sobre servicios sólo excluye de liberalización a los Notarios y no a los Registradores), propusieran que en los Registros extranjeros se llevara un Libro especial de "Fincas y Derechos Reales" de España inscritos por esos Registradores que habrían copiado las fórmulas de las inscripciones españolas y que luego la DGRN, las Audiencias y el TS dijeran que el volver a inscribir aquí era una formalidad redundante e inútil... ¿de verdad que eso sería una auténtica calificación y control de legalidad? ¿no sería un fraude a la ley española?... Y ya puestos... ¿por qué no pedir licencias de obras en los Ayuntamientos franceses? ¿por qué no pleitear en Alemania sobre luces y vistas de aquí?: para todo ello bastaría copiar la apariencia externa de los documentos españoles aunque el que los expidiera no se enterara de lo que estaba haciendo...

En fin, a los primeros, este artículo nada les va a decir pues su decisión ya está tomada de antemano (véase el proyecto Crobeco impulsado por los mismos que han fracasado estrepitosamente con la reforma integral del Registro Civil). Pero los segundos tal vez encuentren algo útil en él, ya que los eventuales recursos contra una calificación negativa quedan lastrados por los argumentos que inicialmente utilice el Registrador.

Dicho de otra manera, lo que intentamos es que la buena fe de algunos Registradores no se vea sorprendida por documentos que "externamente" son parecidos a las Escrituras españolas al venir revestidos por palabras tan rimbombantes como Notario, Escritura, Número de Protocolo, Fecha, Comparecen, Intervienen, Advertencias legales y fiscales, cita expresa de artículos de legislación española, consentimiento informado, Doy fe... y sellos (muchos sellos), apostillas, legalizaciones y traducciones etc, para que no falte de nada.

Pues no. El Notario extranjero no tiene títulos para hacer este tipo de documentos desde el mismo momento en que los servicios notariales (como los registrales) no están liberalizados (ambos son funcionarios) y las partes esenciales de ese documento son humo de principio a fin, al no haber advertencias legales y fiscales del Notario extranjero por la sencilla razón de que es un auténtico analfabeto jurídico en Derecho español y no puede prestar asesoramiento jurídico ni controlar la legislación española porque no conoce la de inversiones extranjeras, de blanqueo de capitales, de zonas de acceso restringido a extranjeros etc. Y aunque las conociera, no cuenta con

los elementos tecnológicos mínimos e imprescindibles para prestar una función notarial digna de ese nombre ya que no está conectado, ni por fax, ni telemáticamente, con las autoridades españolas fiscales, de Ayuntamientos, de blanqueo, de protección de datos etc, ni elaboran índices electrónicos, ni cambian el Catastro ni nada de nada. Todo pura apariencia. Lo único que han aprendido es a copiar las "formalidades externas" de nuestras Escrituras. Nada más.

Somos conscientes de que muy recientemente la Sentencia de la AP Alicante 2/3/11, la Res 22/2/12 y la STS 19/6/12 concluyeron en unos supuestos muy concretos, y con unos argumentos muy específicos aportados por los respectivos Registradores, que tres determinados documentos extranjeros eran inscribibles, pero sinceramente pensamos que los nuevos argumentos que aportamos no se tuvieron en cuenta en la resolución de esos tres casos, pues entre otras cosas hoy tenemos ciertas normas que no existían cuando se plantearon algunos de ellos. Desgraciadamente los errores de Catedráticos y jueces sobre esta materia son continuos a la vista de que ni en la Licenciatura de Derecho ni en las oposiciones a Judicaturas se estudia un solo tema de Dº Notarial.

Por otro lado, las Res de la DGRN y la jurisprudencia que nunca antes habían permitido la inscripción de Escrituras extranjeras son infinitamente más numerosas, lo mismo que ocurre en otros muchos países extranjeros y también en Europa en las Sentencias del TJUE y en las Directivas, Reglamentos y Resoluciones del Parlamento europeo. Nadie puede citar un solo precedente judicial (salvo los tres casos que acabamos de decir), ni en España, ni en Europa, ni en ningún otro sitio, que acepte la inscripción de las Escrituras extranjeras en los Registros de otro país. Ninguno.

En definitiva, el hecho de que alguna Escritura extranjera esté inscrita en el Registro de la Propiedad español (incluidos los tres casos que acabamos de explicar del TS, SAP Alicante y DGRN) no deja zanjada la cuestión, pues antes o después esa Escritura extranjera se pretenderá utilizar como base de otra posterior, y en ese momento el Notario español deberá someterla a un examen sobre si es o no válida por dos motivos: en primer lugar porque la inscripción no sustituye al título; y en segundo porque tampoco convalida actos nulos.

En efecto, como bien dijera Díez CADÓRNIGA (20) (respecto de la acreditación del cargo de administradores de sociedades) la inscrip-

ción en el Registro de la Propiedad o Mercantil nunca sustituye al título que la ha provocado, ya que éste es nuestro sistema de circulación del instrumento público (al que no afectan ni los contradocumentos privados, ni las contraescrituras ex Arts. 1230, 1219 y 1738 CC), y es más conforme a la "integridad" del instrumento público guardado en el Protocolo propiedad del Estado (Art. 17 Bis. 2. b) LN y Res 4/6/07, 10/3/08...). Por todo ello, la prueba de la representación se realiza con la copia de la Escritura sin nota de revocación, según exigen los Arts. 164, 165 y 166 RN y las Res de 16 y 20 Diciembre de 2007, pues la falta de inscripción en el Registro Mercantil no afecta a la validez y eficacia del nombramiento ex Res 17/12/97, 3/2/2001, 1/8/05 y 13/11/07 y la STS de 27/1/97.

Particularmente clara es la Res 23/3/11 (Sistema Notarial) en que la Escritura no puede ser sustituida por información Registral; lo dice así *"El vendedor deberá acreditar el título del que deriva su adquisición, en este caso la copia autorizada de la escritura pública que es el título de legitimación para el tráfico (artículos 1218, 1230 y 1280.1 del Código Civil)... Esta legitimación para el tráfico no se puede sustituir por la nota simple informativa del Registro de la Propiedad, porque esta es un medio de publicidad o de conocimiento de los asientos registrales... Tampoco es título de tráfico la certificación registral, porque su efecto fundamental es acreditar en perjuicio de tercero la libertad o gravamen de los bienes inmuebles o derechos reales (artículo 225 de la Ley Hipotecaria). Este título de legitimación para el tráfico (copia autorizada), el Notario debe exigir su exhibición, refiriéndose a ello el artículo 174 del Reglamento Notarial..."*

El mismo planteamiento de que la inscripción nunca sustituye al título se puede rastrear en muchos otros ámbitos, como sería el que relatan MOLINS GARCÍA-ATANCE y ORIA DE RUEDA ELÍA (21) con relación a la ejecución hipotecaria del Art. 130 LH. En efecto, en la redacción que le dio la actual LEC decía este Art., en relación al procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados, que sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita *"... dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo"*. Esta redacción era absolutamente imprecisa y errónea, pues confundía título con inscripción y parecía dar a entender que una certificación registral podía sustituir a la Escritura y ser base de la ejecución hipotecaria. Sin embargo, este Art. fue refor-

mado por la Ley 41 de 7/12/07 que reconduce la cuestión a la ley española de circulación de los títulos, y ahora dice algo radicalmente distinto, pues el título es la Escritura que no puede ser sustituida por la inscripción "...sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo".

En el mismo sentido ya recordaba RODRÍGUEZ ADRADOS hace muchos años, que en el CC desde el siglo XIX, la inscripción no sustituía a la Escritura y por eso a efectos probatorios se tratan de distinta manera, pues respecto de una Escritura cuya matriz hubiera desaparecido, las copias notariales (que son tan Escritura como aquélla) tienen según los casos un importante efecto probatorio en el Art. 1221 CC, mientras que las inscripciones de esas mismas ex Arts. 1221 y 1222 CC. "...sólo servirán como un principio de prueba por escrito" y "*La fuerza probatoria... será apreciada por los Tribunales según las circunstancias.*"

Así podríamos ir poniendo ejemplo tras ejemplo, pero lo que queremos decir es que los documentos extranjeros inscritos en nuestros Registros, antes o después se tendrán que presentar como título insustituible ante un Notario español que deberá de calificar si tiene o no las condiciones de título válido que sea base de una Escritura posterior.

Este examen de validez por el Notario es algo obligatorio y no optativo, pues como bien dice el Art. 33 LH, "*La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes*". La jurisprudencia al respecto es monolítica y, por citar una bien reciente, se puede consultar la STS de 22/10/12.

¿Y si la inscripción se hubiera practicado por orden de la DGRN, Juzgado 1.^a Instancia, Audiencia o, incluso, el TS tras un Recurso gubernativo? La situación sería la misma pues no hay que olvidar los limitados efectos de la calificación registral y los recursos gubernativos contra ella, que sólo resuelven la cuestión relativa a si el documento es inscribible, y están lastrados por los iniciales argumentos aportados por el Registrador sin que sea posible que en el desenvolvimiento posterior se discuta de cosa distinta que los motivos que fundamentan esa calificación. En otras palabras, puede ser que una determinada Escritura no tuviera que haberse inscrito por múltiples motivos, pero si los alegados por el Registrador inicialmente no son aceptados en los recursos posteriores, la Escritura se acabará inscribiendo fatalmente pues esos otros eventuales motivos ya no se

podrán alegar después por nadie que participe en el procedimiento: ni por el Registrador, ni por la DGRN ni por los Jueces.

Esta es la razón por la que el Recurso Gubernativo nunca produce el efecto de cosa juzgada ni aunque llegue hasta el TS y, por eso mismo, está previsto que a pesar de que la Escritura estuviera inscrita (aun por orden de la DGRN, un Juzgado, una Audiencia o el mismísimo TS) sea posible que en juicio contradictorio se declare la nulidad del título y la desaparición de dicha inscripción en el Registro ex **Art. 66 LH** *"Los interesados podrán reclamar contra el acuerdo de calificación del Registrador, por el cual suspende o deniega el asiento solicitado. La reclamación podrá iniciarse ante la Dirección General de los Registros y del Notariado o bien directamente ante el Juzgado de Primera Instancia competente. Sin perjuicio de ello, podrán también acudir, si quieren, a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos..."*.

Súmese a lo dicho, que las Sentencias de Juzgados pueden ser recurridas ante Audiencias y éstas ante el TS y seguramente que cabrían otros recursos ante el TC (el TC tiene una opinión mucho más clara que nuestra Jurisdicción ordinaria de cómo se obtiene un consentimiento informado), incluso no es descartable que el TJUE se tenga que manifestar frente a las opiniones de la Justicia española a la vista de lo que ya ha resuelto sobre que el Notario debe de asesorar y controlar la legalidad española, negándose a autorizar documentos ilegales.

Y aun llegando el caso hasta el Supremo, hay que recordar que éste puede cambiar de opinión tal y como explicó el profesor Blasco Gascó (22) que estudiaba hasta 22 casos de llamativos cambios de opinión jurisprudencial. Además, existen las STS de unificación de doctrina en las que se intenta poner orden entre sentencias contradictorias, que es lo que ocurre en los casos que aquí tratamos en los que hay una larguísima tradición jurídica española y europea que se opone a la inscripción de documentos extranjeros en los Registros jurídicos.

En suma, tanto si la Escritura extranjera está inscrita como si no, la actuación del Notario español debe ser la misma: rechazar el título como nulo y proceder a la homologación del documento extranjero elevándolo a Escritura pública española, o autorizando directamente una nueva Escritura, siendo esto último imprescindible

en aquellos casos en los que se requería ya inicialmente la Escritura española como forma sustancial (hipotecas, donaciones, prendas sin despalzamiento...) en las que no cabe otra solución, pidiendo, en todo caso, la rectificación del Registro para que conste como verdadero título el último, el único que realmente se puede calificar de "Escritura"...

Por último, en los motivos de denegación de la inscripción no se incluye la infracción de la Ley de Competencia Desleal y de la de Consumidores y Usuarios (23) introducidos por el Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales aprobado en Consejo de Ministros de 2/8/13, a la espera de lo que finalmente diga la ley que se está tramitando. Tampoco se trata la eventual trascendencia penal que pudieran tener estas actuaciones que está en estudio.

III. NOTAS

(Endnotes)

- (1) Muchas son las normas europeas que parten de la no liberalización de los servicios notariales, entre otras: Art. 51 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antes 45 del Constitutivo de la Unión); Resolución del Parlamento Europeo 18/1/1994 y Resolución del Parlamento Europeo de 23/3/2006; Art. 1. 5. d) Directiva Comercio Electrónico 2000/31/CE; Reglamento 2157/2001/CE sobre Sociedad Europea; Anexo al informe sobre servicios profesionales excluidos del GATS (COM 0405 final, de 5/9/2005, nota 33 del punto 71); y hasta el Considerando 41 Directiva 2005/36/CE de reconocimiento de cualificaciones profesionales. Y en general todos los Convenios y RgtosE que intentan facilitar el reconocimiento del efecto ejecutivo y probatorio de los documentos notariales de un país en otro, pues evidencian a todas luces que los servicios notariales no están liberalizados, pues si no... ¿para qué tantas normas para facilitar la circulación de algo que debería de circular libremente?...
- (2) Todas las referencias al Convenio Hispano-Alemán, a las STS 4/10/82 y 5/6/00, al Convenio de Bruselas de 1968, a Jennard/Möller, a Uni-bank, a los RgtosE Bruselas I y II, a la Directiva Bolkenstein, a alguna normativa alemana y francesa y a parte de la reciprocidad, están tomadas del clarificador estudio de Ignacio Gomá Lanzón *La Escritura otorgada ante Notario extranjero*, que es una conferencia que impartió en el Colegio Notarial de Madrid y que está recogida en los AAMN núm. XLV y XLVI.

- (3) En realidad todas las normas nacionales y supranacionales que exigen que el Notario sea funcionario e imponen el doble control de los documentos en derecho nacional y extranjero están basadas en la no liberalización de los servicios notariales... pues si no... ¿para qué tiene que ser funcionario y practicarse el doble control?...
- (4) Aparte de otras referencias lo denunciemos específicamente en el artículo *Cita a ciegas del Tribunal Supremo español con la Comisión Europea*, publicado en el núm. 48 de marzo-abril de 2.013, de la revista El Notario del siglo XXI, editada por el Colegio Notarial de Madrid.
- (5) En este momento ya hay muchos documentos públicos extranjeros en España que circulan sin legalización y sin apostilla como son los certificados plurilingües internacionales de nacimiento, defunción y matrimonio (Convenio de Viena de 8/9/1976), incluso los no plurilingües relativos al estado civil (Convenio de Atenas de 15/9/1977). También los títulos ejecutivos acompañados del correspondiente certificado del Art. 25 y Anexo III del Reglamento Europeo (RgtoE) 805/04 sobre Título Ejecutivo Europeo. Y lo mismo ocurrirá cuando entren en vigor en 2.015 con los certificados sucesorios del Art. 59. 1 del RgtoE 650/12-15 sobre Sucesiones, y los documentos ejecutivos del Art. 58. 1 y Anexo II del RgtoE 1215/12-15 sobre sentencias civiles y mercantiles. Pero todo esto nada resuelve sobre el asunto que aquí se trata.
- (6) Así lo impone la Derogatoria Unica, 1, 3.^a, LEC/2000 a la espera de lo que disponga la futura Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. Dicen así: Art. 952 *"Si no hubiere Tratados especiales con la nación en que se hayan pronunciado, tendrán la misma fuerza que en ella se diere a las ejecutorias dictadas en España"*. Y Art. 953 *"Si la ejecutoria procediere de una nación en que por jurisprudencia no se dé cumplimiento a las dictadas por los Tribunales españoles, no tendrán fuerza en España"*.
- (7) Nótese que la Res 6/3/97 admitió la validez de una Escritura francesa de Donación, pero considerándola como "mortis causa", es decir como testamento ex Art. 620 CC, que es lo mismo que hizo nuestro alto tribunal en su STS 4/10/82.
- (8) Así la Donación de "inmuebles" necesariamente se exige que se haga en "Escritura pública específica de donación" sin que se admita que se disimule en algún otro tipo de escritura (Art. 633 CC y STS 11/1/07). También la Donación de "muebles" requiere como mínimo "Documento privado específico de donación" aunque admite como forma alternativa la verbal con entrega simultánea de la cosa (Art. 632 CC y

STS de 14/4/11). La constitución de los derechos reales de Hipoteca inmobiliaria, naval o mobiliaria y los de prenda "sin desplazamiento" de la posesión son negocios formales en los que no se ha previsto ningún tipo de forma alternativa: las hipotecas necesariamente se han de constituir en Escritura (Arts. 145 LH y 1875 CC), si bien cabe la Hipoteca Naval en Póliza (Art. 3 de la Ley de Hipoteca Naval de 21/8/1893) y la Prenda sin desplazamiento se puede constituir en Escritura o en Póliza (Art. 3 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y PSDP de 16/12/1954), o en documento privado mediante la entrega del "warrant" en algunas agrícolas y de mercancías depositadas (Art. 16 del RD de 22/9/1917 sobre Prenda Agrícola declarado vigente en lo que aquí interesa por la DF Derogatoria de la Ley de Hip Mob y PSDP de 16/12/1954; Base 17 del RD Ley 11/6/29 de Puertos, Zonas y Depósitos Francos y Art. 205 Ordenanzas Grales Renta Aduanas del Dcto 17/10/1947), o por simple documento privado como ocurrió para las de menos de 5.000 pesetas (Art. 1.868 bis CC introducido por ley 5/12/41 y derogado por Ley Hip Mob 16/12/54), incluso en las prendas ordinarias no cabe el simple pacto verbal si no va acompañado de la entrega de la cosa al acreedor o a un tercero (Art. 1863 CC); fuera de esto solo queda una excepción marginal en las hipotecas constituidas en los Juzgados dentro del proceso penal (Art. 595 LCrim). Las Capitulaciones Matrimoniales (Art. 1327 CC) sólo está previsto que se documenten en Escritura pública. Por supuesto que los Testamentos son siempre y en todo caso negocios formales en los que no cabe la simple expresión verbal. Dejando aparte especialidades forales, el Testamento Ológrafo necesariamente se ha de documentar por escrito, fechado y firmado todo él de propia mano del testador Art. 688 CC). El Testamento Común Abierto normal sólo se puede formalizar en Escritura ante Notario (Art. 694 CC), y el Cerrado en Acta (Art. 707 CC aunque cabe forma alternativa como ológrafo ex Art. 715 CC). En el testamento común abierto en peligro de muerte (5) o en epidemia (3) se necesitan testigos. Y los testamentos especiales militar y marítimo requieren intervención de ciertas personas y si es en peligro de acción militar y naufragio 2 testigos como mínimo (Arts. 700, 701, 720 y 731 CC). Y aún cabría añadir casos como censos, superficie...

- (9) La validez del documento privado requiere cumplimentar un requisito: que el documento esté firmado ("suscrito") por las partes, aunque sea con huella dactilar y aunque no tuviera fecha, tal y como se deduce de los Arts. 1223 y 1225 CC, siendo los Arts. 1228 y 1229 CC excepciones menores que confirman esta regla. Y respecto de la eficacia del documento privado el formalismo es bien patente ya que nuestro Dº premia el cumplimiento de requisitos dándole unos efectos "directos" (por sí, sin intervención judicial) de los que adolece "la expresión verbal": 1) el simple, tiene efectos probatorios muy

limitados (STS 12/6/86STS 22/10/92 y 10/2/95); 2) el reconocido/ no impugnado judicialmente tiene efectos probatorios reforzados (Arts. 1225 CC y 326 LEC); 3) los liquidados o por fallecimiento de un firmante (fecha fehaciente del Art. 1227 CC); 4) los testimonizados (fecha y cierta conservación en el Libro Indicador del Art. 251 RN); 5) los protocolizados (fecha y conservación plena en el Protocolo del Art. 215 RN); 6) los legitimados (fecha, firma legítima y cierta conservación en el Indicador del Art. 256 RN); 7) la instancia de heredero único, distribución hipotecaria, anotación de refacción, nombramiento de administradores y cuentas anuales (Arts. 14 LH, 216 RH etc, fecha y efecto registral); 8) las letras/pagarés/cheques (fuerza ejecutiva por sí en algunos casos Arts. 49 y 51 LC y Ch); 9) los conocimientos de embarque (Arts. 708 y 715 CCom de 1885), los Resguardos de Depósito y Warrants en Almacenes Generales (Arts. 16 y 22 RD de 22/9/1917 sobre Prenda Agrícola), los Resguardos y Warrants de mercancías de cualquier clase en Puertos, Zonas y Depósitos Francos (Base 17 del RDLey 11/6/1929 y Arts. 8.º y 276. 3.º del Rgto de 22/7/30), los Resguardos y Warrants de almacenes de Aduanas (Arts. 205 y 240 de las Ordenanzas Generales de la Renta de Aduanas del TR del Dcto 17/10/1947), la hoy derogada póliza privada de préstamo de la Prenda Aceitera Sin Desplazamiento de Posesión (Arts. 7º Dcto 29/11/1935 y 15 Rgto de la Orden de 2/1/1936), el hoy derogado documento privado de Prenda Sin Desplazamiento de menos de 5.000 Pts (Arts. 1868 bis y 1873 bis CC) tienen todos efecto traditorio y ejecutivo; 10) para los seguidores de la concepción contractualista de la donación (Albadalejo y otros) el documento privado de donación en buena lógica debe tener efecto traditorio por disposición de la ley pues sería la única manera de coordinar los Arts. 632 y 633 con el 609 CC.

- (10) Hay que tener en cuenta que no todos los funcionarios pueden hacer de todo. En otras palabras: no es argumento definitivo para sostener la validez de un documento público que éste sea redactado por un funcionario. No. Inmediatamente hay que preguntarse si ese funcionario tiene **"competencia material"** para hacer lo que ha hecho. Así resulta que los Secretarios de Ayuntamiento no pueden formalizar una compraventa entre dos particulares ni legitimarles sus firmas; un Secretario Judicial no puede autorizar una declaración de herederos entre cónyuges; por esta misma razón competencial ningún Secretario Administrativo o Judicial puede hacer reproducciones de documentos que no sean para consumo interno de ese órgano y por eso el Tribunal, si lo necesita, lo único que puede hacer es solicitar copias al Notario que corresponda ex Art. 222 RN; y por lo mismo tampoco un Secretario de una Diputación puede documentar el resultado de un proceso realizado ante un Juzgado etc. Tampoco un Registrador puede autorizar Escrituras, podrá asesorar documentos

notariales pero no hacerlos, cosa que olvida el Proyecto Crobeco. La Ley Notarial no deja lugar a dudas cuando sustrae la competencia sobre la fe pública extrajudicial y extraadministrativa a los funcionarios administrativos y judiciales y se la atribuye en exclusiva a los Notarios en el Art. 1.1 LN. En este sentido la Res 3/11/11 niega que en un proceso judicial de liquidación de régimen matrimonial los cónyuges puedan aprovechar para transmitirse bienes privativos y aclara que esta es la postura tradicional en nuestro ordenamiento pues se apoya en la Real Orden 13/12/1867, y las Res 16/1/1864, 25/7/1880, 14/6/1897, 12/2/1916, 31/7/1917 y 1/7/1943... Una vez seleccionado al Notario como el funcionario adecuado para formalizar documentos extrajudiciales resulta que tampoco puede actuar donde le plazca, sino que ha de sujetarse a un territorio determinado, ha de tener **competencia territorial**, pues uno de los objetivos de la Ley Orgánica del Notariado fue precisamente acabar con los "viajantes de la fe pública" y por eso dice el Art. 8 LN *"Los notarios podrán ejercer indistintamente dentro del partido judicial en que se halla su Notaría"*. Además, aun contando que actúe el funcionario adecuado (el Notario), en el territorio idóneo (dentro de su Distrito, en su término municipal y también en el que no haya demarcada otra Notaría) resulta que ha de cumplimentar toda una serie de requisitos formales en la redacción de sus documentos que se pueden englobar bajo la rúbrica de **"competencia formal"**. Es decir, el Notario no es libre de elegir ni la forma del documento que autoriza ni los requisitos que ha de cumplir esa forma documental. En efecto, el Notario puede autorizar diferentes tipos de documentos: Testimonios, Actas, Pólizas y Escrituras, pero dentro del más ortodoxo formalismo ha de elegir la forma documental adecuada, pues no todo sirve para todo, tal y como se detalla en los Arts. 17 LN y 144 RN. Así resulta que no se pueden legitimar las firmas en documento privado de compraventa; que no se puede utilizar un Acta para recoger declaraciones de voluntad, y por eso no se podría formalizar una compraventa en un Acta de Protocolización porque a pesar de eso el documento protocolizado seguiría siendo privado; que una Póliza no se puede referir a cuestiones inmobiliarias y sí sólo actos mercantiles y financieros habituales de una de las partes; y que, en fin, en Escritura no se puede tramitar una Declaración de Herederos Abintestato... Y una vez elegida la forma documental adecuada, dentro de ella, el Notario no puede inventarse la manera y los requisitos formales que ha de cumplir en su redacción pues todo ello se haya minuciosamente determinado en la legislación notarial (hasta los márgenes y el número de líneas de cada página). Menos requisitos en los Testimonios, más en las Actas, todavía más en las Pólizas, hasta llegar a las Escrituras como el documento más complejo, y dentro de estas últimas, las que se refieren a derechos reales inmobiliarios alcanzan el máximo de requisitos imprescindibles en su redacción...

- (11) RODRÍGUEZ ADRADOS en la Ponencia que presentó al XIV Congreso internacional del Notariado Latino de Guatemala 1.977, ya advertía que en el Artículo 11 CC hay un "indeferentismo formal" que sólo se refiere a la "validez del negocio", pero al desconocer el valor de las formas en el derecho, no se refiere a los "efectos del documento". Lo dijo así *"...en los desarrollados sistemas jurídicos del mundo occidental, la validez no es más que la mera subsistencia; el derecho es fundamentalmente un sistema de eficacias, que en gran medida tienen su fuente en la forma y en la publicidad; las cuestiones de eficacia son, sin embargo, totalmente desconocidas por el artículo 11, y esta es la mayor crítica que puede hacerse; si con su <favor validitatis> ha logrado salvar la nulidad por defecto de forma a un documento y luego éste no tiene valor en juicio, ni puede, en su caso, ser inscrito en el registro de la propiedad, bien poco ha hecho, en efecto, el artículo 11"*.
- (12) Esta resolución, con precisión quirúrgica expone el estado de la cuestión y propone soluciones. El Considerando Q insiste en la distinción entre negocio y documento en el sentido de que ni Roma I se refiere a los Documentos (si se refiriera a ellos sobraría esta ResPUE/08), ni esta ResPUE/08 sobre documentos se refiere a los negocios jurídicos; dice así *"... que el reglamento solicitado no puede aplicarse... a las cuestiones relativas al Derecho aplicable que son objeto de otros instrumentos comunitarios..."*. El Considerando D pone el dedo en la llaga sobre la falta de coordinación en materia documental *"... que... un aspecto fundamental que debe abordarse es el reconocimiento de los documentos públicos; que es necesario y urgente, a este respecto, favorecer el reconocimiento y la ejecución de los documentos públicos, con arreglo a la definición de la sentencia en el asunto Unibank"*. El Considerando K es plenamente consciente de que hay efectos jurídicos que emanan directamente del documento y no del negocio, que se atribuyen al mismo por cumplir los requisitos específicos de la legislación notarial que no cumplen los documentos privados y que se producen sin auxilio judicial *"... que la característica esencial del documento público es su fuerza probatoria, superior a la de un acto privado, y que las legislaciones de los Estados miembros le atribuyen habitualmente esta fuerza probatoria, que se impone al juez, en razón de la confianza de que gozan los actos establecidos, en el marco de transacciones jurídicas, por un fedatario público habilitado al efecto por una autoridad pública"*. El Considerando O conoce perfectamente las particularidades que se plantean en relación a la propiedad inmueble y el Registro de la Propiedad, que hacen en el ámbito judicial (Considerando O) *"... que en materia de reconocimiento de las resoluciones judiciales en la Unión Europea, tal exclusión corresponde a la atribución de la competencia exclusiva a los tribunales del lugar en el que está sito el inmueble... y a los tribunales del territorio en el que se mantiene el registro público, para todo recurso sobre la*

validez de las inscripciones en dicho registro público". Por todo ello en la Recomendación 4 sobre el futuro RgtoE, esta Resolución/08 contiene una restricción importantísima, pues no comprenderá todos los documentos públicos "... con la exclusión de los relativos a inmuebles y que deban o puedan ser objeto de una inscripción o una mención en un registro público". Y es que como se explica en el Considerando N hay una conexión estrechísima entre Escritura Pública y Registro de la Propiedad (vid las Directivas de Servicios y la Ley española que la traspone) "... habida cuenta de la estrecha correlación existente entre el modo de establecimiento de un documento público, por un lado y la inscripción en el registro público, por otro lado".

- (13) 1) "Sería inoportuno intentar resolver el problema por aplicación de las reglas que contiene el artículo 11 del Código Civil respecto de la forma de los actos y contratos". 2) "Sólo cuando un documento extranjero reúna los requisitos o presupuestos mínimos imprescindibles que caracterizan al documento público español, es cuando podrá sostenerse que aquél sea apropiado para ser inscrito en el Registro de la Propiedad". 3) "Desde este punto de vista debe afirmarse que el documento público español alcanza este valor cuando en él concurren las exigencias básicas siguientes: a) que haya sido autorizado 'por un Notario o empleado público competente' (artículo 1216 del Código Civil), es decir, que el funcionario autorizante sea el titular de la función de dar fe, bien en la esfera judicial, bien en la esfera extrajudicial". 4) "... que se hayan observado 'las solemnidades requeridas por la ley' (artículo 1216 del Código Civil)... las cuales, cuando se trata de documentar un acto extrajudicial, son sustancialmente, la necesidad de identificación suficiente del otorgante... la apreciación por el autorizante de la capacidad del otorgante...". 5) "... la no constancia documental del juicio de capacidad no implica que éste no haya existido pues puede considerarse implícito en la autorización del documento, como lo prueba el hecho de que su falta de constatación expresa en el documento notarial no lleva consigo la nulidad del instrumento público (cfr. artículo 27 de la Ley del Notariado), así como el hecho de que haya documentos judiciales que constatan acuerdos entre particulares en los que no se expresa tal juicio de capacidad (cfr. artículos 476 y 1518 L.E.C.)".
- (14) RODRÍGUEZ ABRADOS explica que: "ya en la época prenotarial del Derecho romano posclásico empezaron a imponerse a los tabeliones prohibiciones de hacer documentos, bajo penas tan graves como la confiscación de bienes o el destierro irrevocable; precisamente en ellas se basó el Derecho intermedio para exigir a los tabeliones conocimientos jurídicos (Glosa Servitute a la ley Generali, CJ, 10.69.3). Ya en el siglo XIV Juan ANDRÉS Y BALDO habían sistematizado una doctrina muy anterior, exigiendo dos requisitos fundamentales para la

autorización del instrumento público: el conocimiento del asunto (rei cognitio) obtenido mediante la presencia del notario y la permisión del derecho (iuris permissio), que ese asunto verse sobre lo permitido y no sobre lo prohibido por el derecho, comprobado por el notario mediante su control de legalidad. En nuestro Derecho, las prohibiciones y mandatos legales a los escribanos se recogieron en Instrucciones de carácter oficial, por ejemplo la de 1751, precedidas por las de origen doctrinal, como la de Diego de Ribera del año 1560. -Son los dos preceptos de su Arte que el notario debe tener siempre presentes, según explicaba Comes a principios del siglo XVIII: 'el primero, que no confeccione documentos falsos, y también que no los haga prohibidos'. -... el art. 696 CC en su primera edición, por el que cuando para otorgar testamento abierto el testador presentara ya redactada su disposición testamentaria, 'el Notario la copiará'. El mismo legislador, rectificó su error inmediatamente, en la segunda edición del Código. -la exigencia expresa de la legalidad, se inicia con la Ley notarial italiana de 1913, art. 28.1, y se mantiene en las legislaciones notariales más modernas, como el Congo (Brazzaville), Ley de Notarial de 1989; Costa Rica, Código Notarial de 1998; Cuba, ley 50/1984, de las Notarías Estatales; Holanda, Ley Notarial de 1998; y Perú, Ley del Notariado 26002/1992".

- (15) Como ejemplo se puede comprobar en el CC Comentado y con Jurisprudencia de editorial La Ley del Catedrático y Magistrado del Supremo Javier O'CALLAGHAN MUÑOZ, que inexplicablemente en su libro dice una cosa y en la STS 19/6/12 dice lo contrario. En efecto, en su libro lo dice, y no una sola vez, con todo lujo de precisiones:
- en el comentario al Art. 1217 CC (que es el central en esta materia) dice "Véase Reglamento Notarial, de 2 de junio de 1944 (BOE, 7 julio): arts. 143 y ss".
 - en el comentario al Art. 1219 CC dice "Véase Reglamento Notarial, de 2 de junio de 1944 (BOE, 7 julio): art. 178, párrafo 1.º".
 - en el comentario al Art. 1220 CC dice "Véase Reglamento Notarial, de 2 de junio de 1944 (BOE, 7 julio): arts. 221 a 250".
 - en el comentario al Art. 1221 CC dice "Véase Reglamento Notarial, de 2 de junio de 1944 (BOE, 7 julio): art. 233".
 - en el comentario al Art. 1462 CC dice "Véase arts. 1.094 a 1.097 y 1.125 de este Código". Y por supuesto que en el Comentario y STS que ilustran este artículo ni se menciona la posibilidad de que se refiera a todas las Escrituras del mundo ¿?
- (16) Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS en *Los Sistemas Notariales en el mundo* de su Tomo II de Escritos Jurídicos editado por Colegios Notariales estudia las Novelas de Justiniano sobre los tabelliones; las Decretales del Dº Canónico; los glosadores y postglosadores de Bolonia como Raniero DE PERUGIA, SALATAIEL y ROLANDINO; la regulación notarial

de Jaime I en *Fori Regne Valentiae* de 1240; la regulación notarial en *Compilación de Huesca* del Obispo Vidal de Canellas de 1247; la obra de Alfonso X el Sabio, el *Fuero Real* y las *Partidas* que tratan de *Escrituras* y *Escribanos* recogiendo las doctrinas de SALATIEL y ROLANDINO a través del *Speculum iuris* de Guillermo Duranti; la *Pragmática de Alcalá* de 1503 de Isabel la Católica sobre sistema instrumental y el protocolo; la *Constitución del Emperador Maximiliano* –abuelo de nuestro Carlos I– de 1512, sobre la función notarial inspirada en Baldo y la *Ley francesa* de 25 de Ventoso del año XI (16 de Marzo de 1803) separando la fe pública judicial y extrajudicial.

También en *El Documento en el Código Civil* del Tomo III de sus *Escritos Jurídicos* editados por Colegios Notariales estudia a Augusto COMAS, VICENTE ROMERO Y GIRÓN, FRANCISCO CÁRDENAS, ALONSO MARTÍNEZ, FABIÉ, ANTEQUERA, SÁNCHEZ ROMÁN, FRANCISCO LASTRES, GONZALO DE LAS CASAS, FALCÓN, BOFARULL, PEDREGAL, DEL VISO-SALOM, BONEL, NAVARRO AMANDI, OTERO Y VALENTÍN, DÍEZ DE ULZURRUN, LÓPEZ RODRÍGUEZ GÓMEZ, MANRESA, MUCIUS SCAEVOLA, ESCRICHE, GÓMEZ DE LA SERNA, MONTALBÁN, BENITO GUTIÉRREZ, SÁNCHEZ MOLINA, GOROSÁBEL, FERNÁNDEZ DE LA HOZ, ANTONIO GÓMEZ, GREGORIO LÓPEZ, COVARRUBIAS, MATIENZO, FEBRERO, GAMAZO, HERRERO, SÁNCHEZ MOLINA, JUAN ANDRÉS, MORENO, DÍAZ DE MONTALVO, CASTILLO, FIRMAT CABRERO, PAREJA, ACEBEDO, SIGUENZA, AZNAR, FARIA, PARLADORIO, MURO, MONTAUT Y TRIGUEROS, AZCÁRATE, PACHECO, DÍAZ DE VALDEPEÑAS, ROQUE DE HUERTA, JUAN JOSÉ SÁNCHEZ, MONTEROSSO, PALOMARES, MONASTERIO Y GALI, PÉREZ DE SALAMANCA, RODRÍGUEZ SAN PEDRO, TELLO FERNÁNDEZ, GÓMEZ Y NEGRO, FLÓREZ DE QUIÑONES Y PALACIOS RUBIOS; y fuera de España a ROLANDINO, GUILLERMO DURANTI, BAUDRY-LACANTINERIE, POTHIER, DUMOULIN, DEMOLOMBE, CAROLUS MOLINAEUS, CARNELUTTI, FERRUCCI, BALDO, el Abad PALORMITANO, NICOLÁS DE MATHARELLI, LAURENT, COLMET DE SANTERRE, JAUVERT, COUTURE, D'ONOFRIO, AUBRY ET RAU, ROGRON, ZACARÍAS, LOMONACO, LESSONA, BONNIER, BEUDANT Y BAROLO; basa sus estudios en *Novelas de Justiniano*, *Las Partidas*, *Fuero Real*, el *Ordenamiento de Alcalá*, *Ley Tercera de Toro* con la adición de Felipe II en la *Pragmática* de 1566, *Nueva y Novísima Recopilación*, la *Pragmática de Alcalá* de Isabel la Católica de 1503, *Libro de las Bulas* y *Pragmáticas de los Reyes Católicos* con sus *Notas Breves*, *Notas del Relator* y *Suma de Notas Copiosas*, *Ordenanzas Reales*, *LEC* de 1855 y de 1881, el *Proyecto de Ley de Bases* de 22/10/1881 y el de 7/1/1885 junto con la *Ley de Bases* de 11/5/1888, y la extraña circunstancia de que el RD de 6/10/1888 ordenó publicar el CC adjunto y resulta que la Comisión de Códigos siguió reuniéndose hasta el 29 de Noviembre introduciendo modificaciones, los *Proyectos de CC* de 1821 y 1836 publicados por LASSO Y GAITE, el *Proyecto* de 1851 con los *Comentarios* de GARCÍA GOYENA y el *Anteproyecto* de 1882-1888...

- (17) El legislador español, ha seguido dando ese efecto traditorio respecto de los derechos reales de Propiedad, Hipoteca y Prenda a documentos que no son *Escrituras españolas* como son:

— Las Pólizas de:

A) Hipoteca Naval (Art. 3 L Hipoteca Naval de 21/8/1893).

B) Prenda sin desplazamiento (Art. 3 L Hip Mob y PSDP de 16/12/1954).

C) Incluso dentro del CC la de constitución y transmisión del derecho real de prenda sin desplazamiento en el Art. 1868 bis CC.

— Los documentos privados de los Resguardos de Depósito y Warrants en:

A) Almacenes Generales del Art. 16 del RD de 22/9/1917 sobre Prenda Agrícola.

B) Puertos, Zonas y Depósitos Francos de la Base 17 del RDLey 11/6/1929.

C) Los del Art. 205 de las Ordenanzas Generales de la Renta de Aduanas del TR del Dcto 17/10/1947.

D) Los de la la Prenda Aceitera Sin Desplazamiento de Posesión que instauró el Art. 7.º Dcto 29/11/1935.

E) Incluso dentro del mismísimo CC se atribuyó efecto traditorio a un simple documento privado en la constitución y transmisión del derecho real de prenda sin desplazamiento en el Art. 1868 bis CC.

F) El documento privado de donación de mueble que tiene efecto traditorio, ya que para la doctrina contractualista de la donación sería la única posibilidad de coordinar el Art. 609 CC con los 632 y 633 CC.

(18) *Vid., Una visión de la circulación internacional de documentos notariales desde el derecho documental*, publicado en la Revista Jurídica del Notariado de enero/marzo de 2012, y el más actualizado *Cómo debe actuar el Notario español ante una escritura extranjera con inmuebles hispanos o cuando tiene que autorizar una escritura de inmuebles extranjeros*, publicado en la revista digital Boletín de Información Notarial del Colegio de Andalucía (BIN) en los Números 37 y 38 de febrero y marzo de 2013 (este último también se puede consultar en la página digital notariosyregistradores.com).

(19) Nos referimos al que se titula *Algunas sugerencias sobre cómo calificar negativamente una Escritura extranjera de inmuebles españoles*, publicado en la Revista El Notario del Siglo XXI, núm. 46 de noviembre-diciembre de 2012.

(20) Jorge DÍEZ CADÓRNIGA en su artículo *Acreditación del Nombramiento de Administrador en las SL*, publicado en la revista digital Boletín Informativo Notarial de Andalucía, núm. 12, pp. 10-13. Explicaba que en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible se pretendió acreditar el nombramiento de los Administradores de sociedades con una simple certificación del Registro Mercantil, a lo que se opuso el Consejo General del Notariado y el Consejo de Estado en su dictamen 215/2010, de manera que, finalmente, el Art. 5. Uno. d) del Real Dcto

Ley 13/2010 (sobre constitución telemática de "sociedades exprés") aclara que lo único que acredita la certificación registral es la "inscripción", no el "cargo" de Administrador que se justifica con la escritura notarial.

- (21) Marta MOLÍNS GARCÍA-ATANCE y Galo Alfonso ORIA DE RUEDA ELÍA en su artículo *"Del presupuesto de la inscripción registral del acreedor ejecutante como título legitimador..."*, publicado en la revista digital Boletín Informativo Notarial de Andalucía, núm. 34, p. 21.
- (22) FRANCISCO DE PAULA BLASCO GASCÓ en *La norma jurisprudencial* de editorial Tirant lo Blanch, año 2000.
- (23) La DF 2.^a añade un apartado 3 al Art. 21 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal que dice así: "*o) El ejercicio irregular de la profesión, en los términos previstos en la Ley de Servicios Profesionales, en cuanto afecte o pueda suponer un riesgo para los consumidores y usuarios*".
La DF 8.^a añade una letra o) al Art. 49. 1 del TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que dice así: "*3. El uso público o atribución de la cualidad de profesional colegiado por una persona natural o jurídica que no esté incorporado al colegio profesional correspondiente a la actividad profesional prestada, es también una práctica comercial desleal por engañosa*".

EL IUS COMMUNE Y SUS VÍAS DE RECEPCIÓN EN ESPAÑA

IUS COMMUNE AND ITS WAY OF RECEPTION IN SPAIN (Primera parte)

Juan Alfredo Obarrio Moreno

Profesor Titular de Universidad
Facultad de Valencia

Resumen: En el presente trabajo se aborda el concepto y la recepción del *ius commune*, su pervivencia y confrontación con los distintos derechos propios de cada reino, así como sus vías de recepción: el monarca, la Universidad, los juristas, los notarios, el proceso y el derecho subsidiario. Para su análisis se ha procedido a estudio de las fuentes jurídicas medievales, a la literatura jurídica, y a la jurisprudencia de la época, tanto medieval como moderna, lo que, a nuestro juicio, permite contextualizar y comprender, en toda su extensión, la complejidad del *ius commune*.

Palabras claves: Edad Media–*ius commune*–*ius proprium*–vías de recepción–Renacimiento del Derecho.

Summary: This paper addresses the concept and the reception of the *ius commune*, their survival and confrontation with the different rights of each Kingdom, as well as their way of reception: the monarch, the University, lawyers, notaries, process and subsidiary law. For analysis we have proceeded to study medieval legal sources, to legal literature and jurisprudence of the time, both medieval and modern, which, in our opinion, can contextualize and comprehend, in all its length, complexity the *ius commune*.

Key words: Middle Ages–*ius commune*–*ius proprium*–developing reception–Rebirth of Law.

SUMARIO

- I. LA COMPLEJA REALIDAD DEL *IUS COMMUNE*
 - 1.1. El renacimiento jurídico del Derecho
 - 1.2. *Ius commune versus ius proprium*
 - 1.3. El orden de prelación de fuentes
- II. VÍAS DE RECEPCIÓN DEL *IUS COMMUNE*
 - 2.1. El monarca
 - 2.1.1. El *princeps-iudex*
 - 2.1.2. La potestad de conceder leyes
 - 2.1.2.1. Ámbito político: la fórmula *El rey no reconoce al emperador en su reino*
 - 2.1.2.2. Ámbito jurídico: Los actos de disposición
 - 2.1.2.2.1. El príncipe no está ligado a las leyes: las cláusulas *Non obstante-ex certa scientia-ex plenitudine potestatis*
 - 2.1.2.2.2. La sentencia del príncipe
 - 2.1.2.2.3. Las cartas de los príncipes
 - 2.1.2.2.4. Las pragmáticas sanciones
 - 2.2. La Universidad
 - 2.3. La doctrina de los doctores como fuente del Derecho: los juristas
 - 2.3.1. El *ius interpretandi*
 - 2.3.2. La estructura formal de los tratados y comentarios
 - 2.4. El renacimiento del notariado y del documento público
 - 2.4.1. Las primeras *summae* medievales
 - 2.4.1.1. *Summa Perusina*
 - 2.4.1.2. *Lo Codi*
 - 2.4.1.3. *Brachylogus Iuris Civilis*
 - 2.4.2. La doctrina de los glosadores
 - 2.5. El Ordenamiento procesal
 - 2.5.1. El juez
 - 2.5.2. La citación
 - 2.5.3. La prueba
 - 2.5.3.1. La carga de la prueba
 - 2.5.3.2. La valoración de la prueba: el binomio prueba plena-prueba legal
 - 2.5.4. La sentencia y los medios de impugnación de la sentencia
 - 2.5.5. La ejecución de la sentencia: el proceso ejecutivo
 - 2.6. El Derecho subsidiario
 - 2.6.1. Recelo al proceso romano-canónico
 - 2.6.2. Interpretación *ad litteram*

INTRODUCCIÓN (1)

El trabajo que ahora presentamos es sólo una parte de la investigación que pretendemos realizar sobre el origen y la pervivencia del Derecho romano en los distintos reinos medievales hasta su plena recepción en el Derecho actual, lo que permitirá evidenciar –como apuntara GROSSI (2)– que la idea de Derecho positivo, no sólo es reciente, sino que, por sí misma, no puede explicar la experiencia jurídica, porque se halla anclada en la ilusoria concepción de la *causa non causata* (3).

Con esta primera aproximación pretendemos seguir reivindicando que la tradición romanística se encuadra dentro del ámbito del Derecho romano. En torno a este aspecto, me parece acertado el criterio expresado por el Profesor Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, cuando, en su *Derecho Público Romano*, sostiene: “El descriptor de la asignatura de Derecho Romano ... atribuye a la romanística la misión de estudiar y explicar la recepción del Derecho Romano en Europa, lo que parece razonable si se concibe, como así lo creemos, el Derecho como un producto histórico, en constante proceso de revisión y de crítica... (4)”.

En suma, con este artículo pretendemos continuar con el interés que se aprecia en buena parte de los romanistas por el estudio de

(1) El presente artículo se encuadra dentro del Proyecto de Investigación: *Rupturas y Pervivencias de la Tradición jurídica y financiera de la Corona de Aragón en la crisis del antiguo Régimen*. I+D. DER2012-37970. Otorgado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

(2) Véanse sus ensayos en GROSSI, P., *Mitologie giuridiche Della modernità*. Giuffrè. Milano, 2001.

(3) PISTOIA, C. de, *In Digesti veteris libros, Commentaria doctissima, summo studio atque Industria ad infinitis mendis quibus scatebant, expurgata, ac pristino nitore restituta*. Ed. Istituto giuridico Bartolo da Sassoferrato. Il Cigno Galileo Galilei. Roma, 1998. Proemium, vers. 5: *Certum ... secundum rectum et rerum ordinem, quod causa causatum, et materia materiatur praecedat*.

(4) FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano. Recepción, jurisdicción y arbitraje*. 11.ª ed. Iustel. Madrid, 2011, p. 367. Este mismo criterio es el que inspira un reciente artículo suyo: “Ciencia jurídica europea y Derecho Comunitario: *Ius romanum. Ius commune. Common law. Civil law*”. Iustel. *Revista General de Derecho Romano* 10 (2008), pp. 1-35.

una época, la del *ius commune* (5); interés que en nuestro país enlaza plenamente con el descriptor de nuestra asignatura: Derecho Romano y su Recepción (6). Esta inquietud es la que llevó a los juristas del siglo XVIII a negarse a repudiar el estudio de una tradición jurídica inserta en la mayoría de los códigos españoles:

LLAMAS Y MOLINA: *No se me oculta que en el día algunos hacen la profesion de Letrados, miran con desprecio las leyes del Derecho Romano como inconducentes para el conocimiento, e inteligencia de nuestras leyes Patrias, y aun se desdeñan consultar los expositores del derecho real, pretendiendo que las leyes nacionales no se han de estudiar sino en las mismas leyes; pero los que así hablan, o viven engañados, o intentan engañar a los incautos, creyendo que por este medio, ahorrándose del penoso trabajo del estudio, han de conseguir que los tengan por sabios y por genios superiores a los demás; porque bien mirado, ia que estrechece no quedaría reducido nuestro Derecho Real, si no se hiciese uso del Romano!* (7).

(5) Con carácter ilustrativo, WACKE, A., "La recepción del Derecho romano en Europa Central: una visión introductoria", *Derecho y opinión* 3-4 (1995-1996), pp. 385 y ss; WESENBERG, G.-WESENER, G., *Historia del derecho privado moderno en Alemania y Europa*. Lex Nova. Valladolid, 1998; ZIMMERMANN, R., "Roman law and the harmonisation of private law in Europe". *Towards an European Civil Code*, In A. Hartkamp, & M. Hesselink. Eds. Nijmegen, 2004, p. 21 y ss; CUENA BOY, F. El fideicomiso de residuo en el Derecho Romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles. Universidad de Cantabria, 2004.

(6) R.D. 614/1997, de 25 de abril (BOE, 16 de mayo). Véase, con carácter ejemplificador, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: "Clasicidad y utilidad del Derecho Romano", *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 6, 1987, 56-57. Asimismo, la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano tiene por objetivo principal el "estudio y difusión del Derecho Romano tanto en su sentido estricto como en el ámbito de la tradición romanística y su proyección en la legislación europea e iberoamericana-Estatutos, art. 5.^a.

(7) DE LLAMAS Y MOLINA, S., *Sobre las obligaciones de los abogados, Discurso que en la abertura del tribunal dixo el día 2 de enero de 1798. D. Sancho de Llamas y Molina, Doctor en sagrados canones de la Universidad de Alcalá, colegial en el mayor de San Ildefonso del consejo de s. m. y regente de la real audiencia de Valencia*. Valencia, 1798. pp. 24-25.

I. LA COMPLEJA REALIDAD DEL *IUS COMMUNE* (8)

1.1. EL RENACIMIENTO JURÍDICO DEL DERECHO

El renacimiento jurídico del Derecho romano a finales del siglo ^x y principios del siglo ^x_i (9) provocó no sólo la recuperación de los textos justinianeos, sino un cambio en torno a la creación del Derecho. En este sentido, cabe afirmar que frente a la concepción teocrática altomedieval (10) –en el que Dios y el Derecho (11) vinculaban por igual al monarca y a la comunidad (12)–, se pasó, con

(8) La complejidad del concepto de *ius commune* ya fue señalada por CALASSO, F., *Intrusione al diritto comune*. Milano, 1951, p. 33, cuando advierte que la posible unanimidad conceptual en torno al *ius commune* es sólo una ilusión.

(9) Tradicionalmente se señala como inicio del renacimiento jurídico la fecha de 1076, período en el que aparece una cita del Digesto en el *placitum* de Marturi. Cfr. IGLESIA FERREIRÓS, A.: "La difusión del Derecho común en Cataluña". *Dret Comú i Catalunya*. Barcelona, 1991, p. 122.

(10) AQUINO, T. de, *Summa Teológica*. Madrid, 1959. II-III. *Pars Prima*, q. 47, art. 2; y *Pars Prima*, q. 61, art. 1: *Quod apparet ex ordine unius creaturae ad aliam: ordo enim rerum ad invicem est bonum universi. Nulla autem pars perfecta est a suo toto separat*. GARCÍA PELAYO, M.: "Del mito y de la razón en el pensamiento político". *Revista de Occidente*, 1968, pp. 66-72.

(11) CALASSO, F., *Medioevo del Diritto. I. Le fonti*. Grifre. Milano 1954, pp. 371-372: *Attorno all'opera del filosofo greco si era acceso un intenso travaglio di pensiero, che con lo strumento della esegesi cercava di risolvere il grande problema di adattare alla civiltà cristiana questo edificio colossale ereditato dal mondo classico pagano ... Ora, nel pensiero aristotelico, l'assioma della reductio ad unum rappresenta un principio d'ordine universale, che dal mondo della natura si riflette sul corpo sociale: l'universo tutto è governato da un ordine, che è Dio; e Dio è unità, nella quale la molteplicità si dissolve. La speculazione medievale si appropria il principio, e ne fa il pernio della sua filosofia politica*; ULLMANN, W., *Principios de gobierno y política en la Edad Media*. Madrid, 1985; *Historia del pensamiento político en la Edad Media*. Alianza Editorial. Barcelona, 1999.

(12) KERN, F., *Derechos del Rey y Derechos del Reino*. Rialp. Madrid, 1955, pp. 43-44: "Dios es soberano, y el Derecho que liga al monarca y a la comunidad es igualmente soberano, en cuanto no contradiga a Dios; el monarca por un lado, la comunidad por otro, están de tal forma insertos en el sistema jurídico teocrático, que ambos se encuentran sometidos a Dios y al Derecho"; pp. 124-139. Asimismo, GARCÍA PELAYO, M., "Del mito y de la razón", ob. cit., p. 97; IGLESIA FERREIRÓS, A., "El derecho del año mil", *La Pe-*

el nacimiento y la recepción del *ius commune*, a una idea iuscéntrica de las leyes, lo que propició una concepción de la ciencia jurídica como *ratio scripta*, así como el estudio y el comentario de los textos jurídicos, de tal forma que el *Studium* pasó a formar parte de las potestades que regían el mundo (13) –*Sacerdotium, Imperium et Studium* (14)–.

Esta idea bajo-medieval del Derecho ha sido ampliamente estudiada por historiadores como SCHWERIN (15), BUSSI (16), CALASSO (17), WIEACKER (18), ORESTANO (19), KOSCHAKER (20), WESSENBERG y WE-

nínsula Ibérica en torno al año 1000. VII, Congreso de Estudios Medievales. Ávila, 2001, pp. 105-130; PACHECO CABALLERO, F. L.: "Reyes, leyes y derecho en la Alta Edad Media castellano-leonesa", El Dret Comú i Catalunya, pp. 105-130; DALLA TORRE, G., La città sul monte. Contributo ad una teoria canonistica sulle relazioni fra Chiesa e Comunità politica. Ave. Roma, 2002, pp. 27-36.

(13) En este sentido, DAVID, R.–JAUFFRET, S., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*. Cedam. Padova, 1994, pp: "... Il mezzo principale che ha permesso alle nuove idee di espandersi, favorendo la rinascita del diritto, è stato costituito dai nuovi focolari di cultura creati nell'occidente europeo; un ruolo essenziale appartiene alle università, prima o più illustre delle quali è stata, in Italia, l'università di Bologna...".

(14) OSNABURGO, Jordan de, *De prerogativa Romani Imperii: His si quidem tribus, scilicet, sacerdotio, imperio et studio, tanquam tribus virtutibus, videlicet, vitali, naturali et animali, santa ecclesia Katolica spiritualiter vivificatur, augmentatur et regitur. His etiam tribus, tanquam fundamento, pariete et tecto, eadem ecclesia quasi materialiter perficitur*. Cfr. GRUNDMANN, H., "La genesi dell'Università del medio evo", *Bolletino dell'Istituto Storico Italiano per il medio evo, Archivio Muoratorio*, 70, 1958, p. 16.

(15) SCHWERIN, F. Von, *Grundzüge der deutschen Reschtsgeschichte*. Duncker und Humblot, München und Leipzig, 1934 (4.^a ed., 1950).

(16) BUSSI, E. *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (diritti reali e diritti di obbligazione)*. Cedam. Padova, 1937.

(17) CALASSO, F., *Introduzioni al Diritto Comune*. Giuffrè. Milano, 1951; *Medio Evo del diritto*, Giuffrè. Milano, 1954.

(18) WIEACKER, F., *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, Comares, Granada, 2000.

(19) ORESTANO, R., *Introducción al estudio del Derecho romano*, BOE, Madrid, 1997.

(20) KOSCHAKER, P., *Europa y el Derecho romano*, Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955.

SENER (21), COING (22), GROSSI (23), HATTENHAUER (24), CAENEGEM (25), LOMBARDI (26), CANNATA (27), BELLOMO (28), o, entre otros, por PÉREZ MARTÍN (29); autores que han venido a reconocer que el *ius commune* se caracterizó por representar una cultura conformada por los libros jurídicos: ya fuesen los incluidos en el *Corpus Iuris Civilis* o en el *Corpus Iuris Canonici* (30), ya por los *libri* de los juristas medievales (31), quienes en sus glosas, comentarios, brocardos,

(21) WESENBURG, G.-WESENER, G., *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, Lex Nova, Valladolid, 1998.

(22) COING, H., *Derecho privado europeo*, Fundación Notarial del Notariado, Madrid, 1996.

(23) GROSSI, P., *El orden jurídico medieval*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

(24) Hattenhauer, H., *Euroropäische Rechtsgeschichte*, Heidelberg, 1994.

(25) CAENEGEM, R. C. van, *Pasado y futuro del derecho europeo: dos milenios de unidad y diversidad*, Civitas, Madrid, 2003.

(26) Lombardi, A., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Giuffrè, Milano, 1967.

(27) CANNATA, C. A., *Historia de la ciencia jurídica europea*. Marcial Pons, Madrid, 1996.

(28) BELLOMO, M., *La Europa del derecho común*, vLex, Roma, 1994.

(29) PÉREZ MARTÍN, A., "Derecho común, derecho castellano, derecho indiano". *Rivista internazionale di Diritto cummen*, 5, 1994, pp. 45-46; "El Derecho común y el Fuero de Cuenca". *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, 8, 1996, pp. 77-78; "Importancia de las Universidades en la recepción del Derecho Romano en la Península Ibérica". *Studi Sassaresi. Atti del Colloquio su "Cultura Ibérica e diritto romano 8 [Sassari 1980-81 (1986)]*.

(30) ODOFREDUS, *Lectura super Digesto Veteri*. Reed. Anastásica, Boloña, 1997, Gl. ad Cons. *Omnem Reipluciae: nos ... primo legimus Digestum vetus, postea Codicem, in quo es practica totius civilis sapientia*; HENRICUS DE SEGUSIO, CARDENALIS HOSTIENSIS, *Summa Aurea*. Venetiis, 1537. *Proemio: Et ex his tribus fuit factus Iustinianus, et postea enmendatus pp legum decisiones, quae vagabantur extra, et sic factus est Codex, quo hodie utimur 7 dist. fuerunt C. novo C. facien. cum duab. sequentibus constitutionibus. Et ut breviter comprehendam, in quinquaginta libris Pandectarum, quator Institutionum, duocedim Codicis, novem Collationibus Authenticorum, Novella Lombarda et consti. seu consistit legalis sapientia*.

(31) PIANO MORTARI, V., "L'argumentum ab auctoritate nel pensiero dei giuristi medievali", ob. cit., pp. 77-91; "Cultura medievale e principio sistematico nella docttrina esegetica acursiana", pp. 95-151; "Il problema dell'interpretatio iuris nei commentatori", pp. 154-262. En *Dogmatica e interpretazione*. Napoli, 1976; CARPINTERO, F., "Mos italicus, mos gallicus y el

alegaciones o dictámenes al Derecho romano-canónico (32), no sólo realizaron una mera *relectio*, sino su correcta adecuación a la realidad jurídica de una nueva época: la del bajo-medieval (33), lo que facilitó la difusión de un mismo pensamiento y de unos similares conceptos jurídicos que impregnaron –aun con matices– el conjunto de los Ordenamientos bajo-medievales –*reductio ad unum*–, así como el desarrollo de una verdadera cultura jurídica europea (34), que abogaba, frente al pluralismo consuetudinario alto-medieval, por recuperar el estudio de la continuidad histórico-jurídica de la *Lex Romana* (35) –claramente vigente en la *Lex Romana visigothorum* (36)–, a través de una sistematización y de unos criterios rigurosos de elaboración doctrinal, que son los que propiciaron la recepción y la pervivencia del Derecho romano-canónico (37).

Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica. *Ius Commune*, 6 (1977), pp. 108-171; "En torno al método de los juristas medievales". *AHDE* 52 (1980), pp. 617-642.

(32) CALASSO, F., *Introduzione al diritto commune*. Milano, 1953, pp. 108-110 sostiene que ambos corpora iuris, el romano y el canónico, conforma el espíritu y el cuerpo de una misma realidad

(33) BERMAN, H. J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. México, 2001.

(34) CALASSO, F., "Il concetto di diritto comune". *AG*, 11 (1934), pp. 59-79; *Medioevo del Diritto. I. Le fonti*. Milán, 1974, pp. 453-454; BELLOMO, M., *La Europa del Derecho Común*, ob. cit, pp. 163-219; GROSSI, P., *El orden jurídico medieval*. Madrid, 1996.

(35) LOMBARDI, A., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 79-199; CARPINTERO, F., "Mos italicus, mos gallicus y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica. *Ius Commune*, 6 (1977), pp. 108-171; "En torno al método de los juristas medievales", *AHDE*, LII (1982), pp. 617-647.

(36) CORTESE, E., *Le grandi linee della Storia Giuridica Medievale*. IV, Galileo Galilei, Roma, 2004, pp. 45- 46: "... nell'ultimo anno del regno di Tolosa, e poi per un secolo e mezzo in quello iberico ... I visigoti ebbero due leggi ... Si trattava di due leggi personali: interveniva cioè a ripartirne regolatamente l'uso il principio della personalità del diritto, per il quale soggetti di un medesimo ordinamento politico potevano usare sistemi normativi diversi a seconda dell'etnia di appartenenza. Sicché la *Lex Romana Visigothorum* sarebbe stata adoperata solo dai Romani, la *Lex Visigothorum* solo dai Goti ... Ma nella legge visigota non erano raccolte tradizioni germaniche: essa conteneva al contrario un insieme di regole tratte dalla prassi volgare romana".

(37) CALASSO, F., *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*,

1.2. *IUS COMMUNE VERSUS IUS PROPRIUM* (38)

Frente a esta *reductio ad unum* que suponía el *ius commune*, entendido como el Derecho válido para todos los reinos (39), la propia doctrina bajomedieval se cuestionó el problema de la relación del Derecho romano con los Ordenamientos de las distintas ciudades, con el Derecho estatutario, distinción que ya se señalaba en el fragmento *omnes populi* de GAYO -D. 1,1,9-, y que se puede apreciar aún más explícitamente en *Codex* 1,14,12,1, textos en los que era posible fundamentar la validez jurídica de un *ius proprium* en contraposición con el *ius commune* (40).

El reconocimiento de estas dos realidades lo encontramos en las glosas de AzÓN y ACURSIO, en las que, al interpretar que la expresión

2.^a ed. Giuffrè, Milano, 1949; HASKIN, H., *The Renaissance of the Twelfth Century*. Cambridge, 1927 (Hemos consultado la edición italiana de 1972, *La rinascita del XII secolo*. Bologna, 1972). En análogo sentido, IGLESIA FERREIRÓS, A., "La difusión del Derecho Común en Cataluña". *El Dret Comú i Catalunya. Actes del I Simposi Internacional*. Barcelona, 25-26 maig de 1990. Barcelona, 1991, pp. 131 ss., habla de "un despertar cultural en torno al año 1000"; mientras que en "La Cataluña altomedieval y el Código de Justiniano". *RJC*, 3 1983, p. 86 afirma: "debería distinguirse dos momentos cronológicos diferentes en el fenómeno histórico de la Recepción, calificando al primero de ellos de periodo de penetración y reservando para el segundo el término de Recepción"; SOTO RÁBANOS, J. M., "Escuelas urbanas y el Renacimiento del siglo XII", *Semana de Estudios Medievales*, Nájera, 1999; *IER*, Logroño, 2000, p. 4: "no parece que se dé un verdadero renacer, salvo, quizá en parte, con relación a una cierta revitalización del latín clásico y del derecho romano".

(38) OBARRIO MORENO, J. A., *De iustitia et iure Regni Valentiae. La tradición de las fuentes jurídicas romanas en la doctrina valencia*, Edisofer, Madrid, 2005.

(39) CALASSO, F., *Medioevo del Diritto*, ob. cit., pp. 453-454: "presupponavano sempre un diritto che stava sopra di esse e che era il solo, di fronte alla coscienza di tutti, che potesse regalare potenzialmente tutti i rapporti umani giuridicamente rilevanti: lo *ius comune*".

(40) CALASSO, F., *Medioevo del Diritto*, ob. cit., pp. 373-374, sostiene: "... *Omnes populi qui legibus et moribus reguntur partim suo proprio partim communi omnium hominum iure utuntur*: dove, però, il giureconsulto provinciale aveva voluto semplicemente alludere, parlando di *ius commune*, al complesso delle istituzioni giuridiche che i popoli del bacino mediterraneo avevano in comune, e di fronte al quale lo stesso diritto romano era uno *ius proprium*, appunto come il diritto particolare della civitas romana...".

solus imperator del texto justiniano no excluía a las ciudades de la potestad normativa, se abría paso al principio de que al emperador se le reservaba la facultad de dictar disposiciones de carácter general, mientras que a las ciudades se les facultaba para dictaminar estatutos singulares (41).

Dentro de esta misma línea argumental, juristas como BÁRTOLO y BALDO DE UBALDI (42), partiendo de la contraposición entre el *ius statuendi* de las ciudades y el *ius commune* propio del emperador, llegaron a la conclusión de que la diferencia entre las leyes del emperador y los *statuta* de los reyes se hallaba en el antagonismo

(41) Azo, *Lectura Super Codicem. Corpus Glossatorum Juris Civilis*. III. Reed. 1965. Rub. *De legibus et constitutionibus Principum. Et edictis*. Tit. 13, núms. 50-52: *Soli Imperatori, et c. Ergo populus Romanus non habet potestatem legis condendae, quod olim habebat: sed lege regia in cum transtulit populus omne ius quod habebat: ut Instit. De iur. natural. sed et quod. Videtur ergo quod hodie nullum ius habeat. Vel dic quod non transtulit ita quin sibi retineret. Transfert enim quandoque quis aliquid, et sibi retinet: ut ff. de offic. Eius cui man. l. I. nec derogatur populo vel senatoribus hac lege, cum dicat in fine, nihil hac lege derogante, et c. ergo si populus ante habebat, et adhuc habebit. Dic ergo quod hic non excluditur populus, sed singuli de populo, et est simile in illo exemplo, Solus Scipio civitatem vel universitatem Romanam liberavit. Non enim excluditur hic populus, quia falsum esset: sed singuli de populo: quia plus fecit ipse quam aliquis aliorum. ideo singuli excluduntur, non universitas sive populus; Accursius, *Codicis Iustiniani Sacratissimi Principis Imperatoris Augusti*, Libri IX. IV. Venetiis, 1985. Gl. ad C. 1,14,12. Lib. 1, Tit. 17, lex 11, v. *solus Imperator: Ita quid nullus alius solus. unde populus Romanus potest etiam hodie legem condere, ut insti. de iure nat. et lex. Item senatus. ff. eodem l. non ambigitur. Excluditur ergo (solus) singula generum, non genera singulorum, ut et ibi, Scipio solus civitate servavit, in nullus alius solus, magis autem populus servavit. Item non obstat, infra de offi. praef. praetorio l. formam. alias normam. quia auctoritate Principis hoc facit, ut et hic subiicit. Item nec quid dicit, quod populus transtulit potestatem in Principem. Nam expone idest concessit, ut ff. de offi. eius cui man. est iurisdictio. l. i. in fine. Alii Io. dicunt quod populus Romanus hodie non potest facere legem.**

(42) UBALDIS, B. de, *Ad tres priores libros decretalium commentaria*, Rub. *De Constitutionibus*, Cap. 1, núm. 15, donde advierte que si bien el *ius commune*, por su fuerza atractiva, informaba y vestía a los estatutos, aquél no era investido e informado por éstos: *Hoc est dicere, quod ius commune informata statuta et vestit, sed non informatur nec vestitur ab eis, et hoc propter virtutem attractivam, quam habet ius commune ad municipale, non econtra.*

existente entre el *ius commune* y el *ius proprium* (43), entre la ley general y el estatuto municipal, entre la persona del emperador y la del monarca (44), antagonismo que consolidó la identificación del *ius commune* con el Ordenamiento que aparecía encerrado en el *Corpus Iuris Civilis* (45), y al *ius civile* con los estatutos comunales, por lo que, en su ámbito estricto de vigencia, fueron considerados el *ius commune* del reino (46):

(43) MONTANOS FERRÍN, E., "El "sistema" del Derecho común: articulación del *ius commune* y del *ius proprium* en la literatura jurídica", *Historia de la literatura jurídica en la España del Antiguo Régimen*. I, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 35-36.

(44) SAXOFERRATO, B. de, *In primam digesti veteris Partem comentaria*. Rub. de iustitia et iure. Lex IX, Omnes populi, núm. 2: *Secundo op. et videtur quod solus princeps possit facere legem ut C. ... Item ius civile proprium potest constitui a populo, ut hic, sed ius civile commune constituit solus princeps, ut in contrario. Vel dic quod solus princeps constituit, et nullus alius solus, ut in contrario nata. sed bene potest constituere populus, ut hic...*; núms. 7-8: *Quarto quaero, nunquid iudices possint facere statuta? Et videtur quod sic ... Et contra videtur quod non possunt, ut C. commi ... Distingue tamen, quia sunt quaeris de maioribus iudicibus, ut senatoribus, et pretoribus, prefectis pretorio, qui aequipatur regibus, qui sunt hodie per mundum, ut plene solet dici per doc ... Et isti possunt facere statuta et constitutiones, ut supra ... Idem potest dici de legato apostolicae sedis ... Aut quaeris de aliis qui non sunt in tanta dignitate, et tunc aut habent dignitatem perpetuam, seu ad vitam, ut comites, marchiones in eorum terris, et episcopi in eorum diocesibus, et tunc possunt condere statuta ut extra ... ubi dicit statuta, quae civitates, consules, vero quicumque aliae personae, intelligo de predictis dominis habentibus iurisdictionem perpetuam, non ad tempus. Ratio et, ut sicut princeps, quis est dominus totius facit legem universalem: ita isti quis sunt domini in parte, faciunt statuta in parte.*

(45) MAYNUS, I. de, *In primam digesti veteris Partem commentaria*. Venetiis, 1590. Rub. de iustitia et iure. Lex IX, Omnes populi, núm. 4: *In quo advertere, quod ius civile est duplex. Quoddam est commune: et est illud, quod habetur in libris iuris civilis per totum: et istud non potest condere, nisi Imperator, vel alius supremus princeps*; COING, H., *Derecho privado europeo*. I. Madrid, 1995, p. 29.

(46) LÓPEZ, G., *Las Siete Partidas*. Gl. Partidas 1,1,12, vv. *Sobre las gentes de su señorío: Ex hoc verbo videtur quod loquatur ista lex in lege generali ad totum regnum quam nullus alius, rege excepto, condere potest ... Si tamen sint statuta particularia locorum, villarum et civitatum regni, non tollit illa haec lex.*

Bartolus de Saxoferrato: *Quaero an omnes populi per omnia vivant iure communi. Responditur quod non omnes, nam partim populi utuntur iure communi, partim propriis statutis. Ius commune appellat hoc ius civile, ubi viget eius auctoritas, sed ubi non viget tunc vocatur ius commune id est ius communissimum, id est ius gentium; ius proprium appellat proprissimum id est proprium statutum quod sibi quilibet populus contituit* (47).

1.3. EL ORDEN DE PRELACIÓN DE FUENTES

En este contexto histórico-jurídico, la implantación de los *iura propria* como Ordenamientos generales, y la entrada de la doctrina del *ius commune* dio origen a una incertidumbre no planteada durante la Alta Edad Media: el problema de la jerarquía normativa, lo que llevó a cuestionarse qué Derecho debía prevalecer en caso de conflicto entre las leyes pactadas con las Cortes, las dictadas unilateralmente por el monarca, las costumbres y los usos, o los principios del *Corpus Iuris* (48).

Para resolver esta cuestión, en la mayoría de estos territorios y reinos bajo-medievales se estableció un orden de prelación de fuentes en el que, en primer lugar, se situaba al Derecho propio de la comunidad, al ser concebido no sólo como el *ius municipale*, sino como el Derecho general de un reino (49), a cuya observancia se debían todos los habitantes (50) y villas del reino (51). A juicio de la

(47) SAXOFERRATO, B. de, *Commentaria in Digestum Vetus*, Lib. 1, Tit 1, Lex 9, núm. 1.

(48) En este sentido, PACHECO, F. L., "Ley, costumbre y uso en la experiencia jurídica peninsular bajomedieval y moderna". *El Dret comú i Catalunya. Actes del IV Simposi Internacional Homenatge al professor Josep M. Gay Escoda*. Barcelona, 27-28 de maig de 1994. Barcelona, 1995, pp. 75-146.

(49) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum, Pars I, Praeludium*, núm. 48. La fuente se toma del C. 1,14,3.

(50) BELLUGA, P., *Speculum*, rúbrica 39, versículo *Novissime*, núm. 1: *Item quia Iudaei et Saraceni vivere debent secundum legem regni, sicut alii Iudaei imperii, secundum legem imperii ...*.

(51) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum, Pars I, Praeludium*, núm. 44: *Non debet in aliqua Regni Valentiae parte, juxta alios judicari foros, quam juxta foros Regni Valentiae, non enim sunt observandi Aragonum fori, prout antiquitus in multis Regni partibus observabantur*. Con todo, Bas observa cómo hubo villas en las que se aplicaron los fueros de Aragón, toda vez que los aragoneses contribuyeron a vencer a los infieles, núms. 44-45: *casus fuit*,

communis opinio, la razón de esta orden de prelación se debía a la tendencia incipiente y paulatina de los monarcas a dictar disposiciones que regulaban aspectos que iban más allá de un mero capitular, propio del localismo jurídico altomedieval (52).

No obstante, la vigencia de la *lex fori* fue matizada por la propia literatura tardo-medieval, al reconocer que las disposiciones originarias de un Ordenamiento no podían alcanzar a contemplar toda la realidad jurídica de una época. De lo que se deducía que si bien era lícito afirmar que el monarca, por ser *imperator in regno suo*, no tenía la obligación de supeditarse a leyes ni a la doctrina del *ius commune* (53), al ser las leyes del reino insuficientes (54),

quod Aragonenses dederunt quintam bonorum suorum partem Domino Regi Jacobo I ut Regnum nostrum emanibus infidelium vindicaret, quorum expensis, adquisitum fuit a Domino Rege Regnum ... multi ex Aragonensibus, qui in bello, et expugnatione fuerunt, villas, oppida, et bona adquisierunt in Regno, a liberali manu invictissimi Regis, et villae istae, et aliae villae Regales, aliaque oppida Regni, noluerunt admittere Valentiae foros a Rege Jacobo noviter editos, sed remanserunt sub foris, et libertatibus Regni Aragonum, qua propter in dictis Villis, et oppidis, non obserbatur forus Valentiae, neque juxta illum judicabatur, sed juxta Aragonum foros. Por todo ello, se afirma que únicamente sean observados los fueros de Valencia, núm 46: *ubi rogantibus omnibus Regni brachiis stabilitum fuit, quod in nulla Regni parte de caetero forus Aragonum servaretur, sed quod in universo Regno solum deberet Valentiae forus observari.*

(52) Con relación a la dicotomía altomedieval entre *lex et capitulum*, CALASSO, F., *Medio evo del Diritto*, ob. cit., pp. 150 y ss.; CORTESE, E., *La norma*, ob. cit., pp. 231 y ss.; ASTUTI, V., *Capitolari*, en *Novissimo Digesto italiano* II, 1958, pp. 918 y ss.

(53) BELLUGA, P., *Speculum*, rúbrica 11, versículo *His igitur*, núm. 1: *Sed certe in hoc regno, in quo princeps non recognoscit superiorem Imperatorem ... princeps nec eorum oficiales, non artantur ad observantiam iuris communis, iurisconsultorum nec Imperatorum. Et ideo Parisius, quae est civitas Regnis Franciae, Imperatorem non recognoscentis ubi est studium generale, Leges sunt prohibitaee legi ... Ideo quia in Francia, et nonnullis aliis provinciis, laici Imperatorum legibus non utuntur.*

(54) FONTANELLA, J. P., *Decisiones*, II, *Decisio* 498, núm. 18, criticó, a nuestro juicio erróneamente, la pasividad, por su adhesión a la literalidad de los Fueros, con la que sus vecinos aragoneses y valencianos recibieron el *ius commune*: *Non sumus Cathalani tam illiberales, quantum vicini nostri Aragonense, et Valentini, qui has suis foris interpretationes a jure communi resultantes nolunt concedere, tam addicti sunt chartae, licet aliquando, velint, nolint, eis interpretationibus uti compellantur.*

se debía recurrir, siguiendo los postulados del HOSTIENSE (55), al Derecho romano-canónico, al estar ambos *corpora iura* sustentados en la recta razón y en la equidad (56).

Una lectura atenta de la propia literatura jurídica medieval nos hace ver que si bien el recurso al *ius commune* como Derecho supletorio lo hallamos ya en los primeros comentaristas al Derecho castellano (57), a los *Usatges* (58), y en los primeros glosadores al

(55) BELLUGA, P., *Speculum*, rúbrica 11, versículo *His igitur*, núm. 4: ... *ratio, et quod ad ius commune sit, eo casu recurrendum, notantur per Hostiense, in Summa....* .

(56) BELLUGA, P., *Speculum*, rúbrica 11, versículo *His igitur*, núm. 3: *Leges non possunt omnes casus comprehendere. Sed ubi lex regni non sufficeret, quia non possunt omnes casus legis comprehendere, ..., naturalem rationem servare tenetur. ... Sed ubi hoc non esset cautum, tunc recurrendum esset ad ius naturale. Nam ius naturale pro veritate habetur. Et quia illud praesumitur vigere ubique locorum. ... Et ubi iuri naturali talis casus dispositus non esset secundum rationem: bonum et aequum iudex debet procedere, et sic secundum ius positivum, quia ius et ratio convertuntur de bonis damnatorum...* .

(57) SALÓN DE PAZ, M., *Ad leges Taurinas in signes comentarii, nunc primum in lucem editi, quorum hic codex primus est tomus*. Ed. Principiae, 1568. *Legis Primae*, núm. 520: *Verum praedictis non repugnantibus, ipse contrarium verius et probalius esse censseo et legibus, seu fori regii aut municipalis legibus, seu fori regii aut municipalis legibus, usu robaritis, his regnis legibus iuris civilis, in temporalibus profanis que causis, iudicandum esse quod praxis admittit, regibus nostris patientibus et etiam supraemo caesaris consilio singulis custoditur diebus et aliis regiis praetoriis: quibus et iuris civilis iura tam a iudicibus, quam a causarum patronis plerunque allegantur et ita post hanc legem interpretatum est.*

(58) Así en MONTJUICH, J. de, *Antiquiores Barchinonensium leges quas vulgus Usaticos appellat, cum comentariis supremorum iurisconsultorum Iacobi a Monte Iudaico, Iacobi et Guiermi a Vallesicca ...* Barchinonae per Karikyn Anirisyn ... impensis, 1515. Gl. al *Usatge*. 81, *Iudicia Curiae*, fo. 130, co. 1: *Revertetur ad leges scilicet goticas, quia de talibus hic usaticus ut dixi in prima glosa sed credo id esse abrogatum non enim utimur legibus gotticis nisi in paucis casibus, revertetur ergo ubi usatici non sufficiunt ad principis arbitrium et eius iudicium quod erit sed leges romanas tamquam aequas et iustas*; MARQUILLES, J. de, *Comentaria Jacobi de Marquilles Super Usaticis Barchinone*. Barchinone, 1505, Gl. al *Usatge* 81: *deficientibus usaticos, ad leges romanas recurritur de consuetudine*. Cfr. EGEA I FERNÁNDEZ, J. i GAY I SCODA, J. M.ª, "Eficàcia de les normes a la tradició jurídica catalana des de la Baixa Edat Mitjana fins al Decret de la Nova Planta", *RJC*, 1979,

Derecho catalán (59), aragonés (60) y valenciano (61), la transición entre la equidad y la recta razón a la aplicación subsidiaria del *ius commune* no fue unívoca en todos los reinos peninsulares, ya que no sólo el Derecho romano y el canónico eran porteadores de am-

p. 515-520; VALLET DE GOYTISOLO, J., "El Derecho romano como buena razón en Cataluña", *BFDC*, Coimbra, 1982, p. 496.

(59) MIERES, T., *Apparatus*, App. II, 161-163, núm. 16: *Et his deficientibus ad arbitrium recurritur; ut in usaticis Iudicia Curiae in fin. Quod arbitrium est secundum iura communia scilicet, canonica et civilia promiscue, pro ut sunt rationabilia et continent aequitatem et bonam rationem et ita intellige argumento ex eodem ordine scripturae, deficientibus legibus Cathalanis prius iudicandum est per ius commune scriptum et eo deficiente secundum aequitatem et bonam rationem in tantum quod in hac patria Princeps hic dicit, dret comu, equitat, y bona raho.*

(60) *Observancias de Jaime de Hospital. Prooemium*, núm. 25, quien, tras preguntarse por qué en el supuesto en el que los fueros no fuesen suficientes, se recurre al sentido natural y a la equidad, concluye con una nueva pregunta, a saber: por qué razón non deben ser observadas las leyes romanas en el fuero eclesiástico. Para dar respuesta a la misma, afirma que entiende que en algunos casos deben ser observadas y se observan en algunos casos, como, por ejemplo, cuando ocurre un supuesto en el que ninguna decretal haga al caso, no pudiéndose resolver el asunto litigioso por medio de la decretal: *Hubi autem dicti fori non sufficiunt: Hic textus quaerit et solvit in eo quod subsequitur ad naturalem sensum vel ad aequitatem recurratur; ratio huius est quia de ratione leges in foro ecclesiastico non debent servari, tamen in casibus sunt servandae et servantur in aliquibus casibus, videlicet quando casus talis evenerit in quo nulla decretalis ad quaestionem faciat nec possit facere seu quaestio per decretalem nequeat terminari ...* Juicio que, con mayor claridad, cabe verlo en *Las Glosas de Pérez de Patos a los Fueros de Aragón*. Ed. Pérez Martín, A. Zaragoza, 1993, *Proemio*, gl. 5: *Sed quid si aliquis casus contingat ubi fori non sufficiunt ut infra in fine dicitur, ubi autem fori etc." Dic quod ad naturalem sensum recurrendum est ut ubi etc. Sed quis erit ille sensus naturalis, videtur quod in talibus id quod videbitur prudentibus civitatis, ita enim dicitur in prohemio, Digesto de origine iuris, "ita in civitate nostra aut lege aut iure constituitur aut est proprium ius civile quod sine scriptis sola prudentium interpretatione consistit" ut ibidem in dicto, dicitur; gl. 18: Quid erit faciendum si dubitetur super aliquo foro vel super aliquo facto, potest notare quod notatur Codice, de legibus et constitutionibus, lege Cum de novo et Extra, de sponsalibus, capitulo Ex literis et Digesto, de legibus et constitutionibus, lege Non possunt,...*

(61) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum, Praeludium*, núm. 149: *Haec ratio naturalis, ad quam juxta forum recurri debet, nihil aliud est, quam jus commune, quod equitate, et ratione, et non voluntate nititur, et ideo recurri debet in Regno ad jus commune, non tanquam ad leges, et jura, ab*

bos conceptos, sino que ambos términos se podían extender a otros Ordenamientos, ya fueran a las leyes góticas (62), ya a las leyes castellanas (63).

Esta ambigüedad en torno al orden de prelación de fuentes, llevó a la doctrina a plantearse supuestos de índole práctico, a saber: [a] si en defecto de Estatuto o Derecho propio se tenía que recurrir al *ius commune*, ¿qué orden de preferencia se debería de dar entre ambos *corpora iuris*?; [b] o, no hallándose respuesta ni en los Estatutos ni en el *Corpus Iuris Civilis*, ¿a qué criterios se debía recurrir: a los fueros de los reinos vecinos o a la propia doctrina del reino?; [c] por último, admitida su observancia, ¿a qué reglas interpretativas se debía someter?.

Con relación a la primera cuestión, la doctrina admitió –como principio general– la prevalencia del Derecho canónico sobre el Derecho romano, y no porque aquél tuviera un mayor grado de credibilidad jurídica, sino porque estaba imbuido de una mayor equidad, ya que se le tenía por Derecho Divino y Natural (64).

Con relación a la segunda cuestión, la mayoría de la *communis opinio* tardo-medieval se planteó si se debía de acudir a la doctrina de los doctores u a otros Ordenamientos forales coetáneos cuando no era posible hallar, en el *Corpus Iuris Civilis*, una respuesta jurídica a los silencios normativos. En torno a esta cuestión, la literatura jurídica llegó a decisión pacífica: se debía acudir –*Si juris Canonici, aut Civilis constitutio non reperiatur*– a la *communis opinio doctorum*,

habentibus potestatem legem faciendi condita, sed tanquam ad rationem naturalem scriptam; LORENZO MATHEU Y SANZ, *Tractatus de regimine*, Lib. 1, Cap. 1, rub. 2, núm. 10: *Atque adeo retenta prima ratione, licet deficiente foro recurrendum sit ad jus commune ... id intelligendum est non tamquam ad legem, sed ad rationem naturalem scriptam*.

(62) MIERES, T., *Apparatus*, App. II, Coll. 9, Cap. 4. Vid. GOYTISOLO, V. de: "Las fuentes del Derecho", ob. cit., p. 333.

(63) VILLALBA, F. de, *Fororum ac observantiarum regni Aragonum codex sive enodata methodica compilatio...* Caesaraugustae, 1724. Comentario al Fur IV, *De communi dividundo*, fo. 604.

(64) UBALDIS, B. de, *Commentaria*. Comentario a C. 6, 32,2: *Et quia potius debemus servare ius canonicum quae civile, quia ius canonicum inhaeret iuri divino, et sub lege divina sunt omnes populi et nationes, sed ius Imperatoris non viget ubique locorum*.

ya que se entendía que ésta *faciet jus*. Sólo en su defecto se tendría que buscar la solución en los Ordenamiento vecinos (65).

Con relación a la observancia y aplicación del *ius commune*, la doctrina, consciente de que el Derecho estatuario era un *iura propria* dentro del un marco general del Derecho común, estableció dos criterios de interpretación:

[a] El primero sostenía que los fueros que fuesen correctores de los principios y de las reglas del Derecho común no podían extenderse a otros supuestos (66), toda vez que éstos debían interpretarse, *eo modo, quo minus jus commune corrigant, vel laudatur* (67).

[b] El segundo determinaba que los fueros o estatutos que seguían los postulados del *ius commune* se debían someter a sus interpretaciones y limitaciones (68).

(65) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum, Praeludium*, núms. 151-152: *Si juris Canonici, aut Civilis constitutio non reperiatur, ad quam recurri possit, debet in Regno judicari, juxta leges, et consuetudines vicinoris Regni, si casus fuerit dubius ... Quod intellige, quando non invenitur communis opinio Doctorum ad casus decissionem, nam si inveniretur, non sunt attendendae leges municipales vicinoris provinciae, quia jure deficiente, communis Doctorum opinio faciet jus, et ad illam uti rationem naturalem continentem recurri debet prius, quam ad leges externas*; CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes*, I, *Observatio* 9, núm. 5: *Deinde ad jus vicinum solum recurritur quando proprium deficit*; LEÓN, F. J., *Decisiones*, lib. 1, *decisio* 2, núm. 32: *... et licet mandatum Regis Castellae, ut est supradictum, Quod a Rege Hispaniae uti Castellae Rege factum fuit, non liget Regnum Valentiae...*

(66) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum, Pars* 1, Cap. 20, núm. 83: *Deinde facit quod fori nostri non extendentur de casu ad casum ... Ergo praedictus forus non potest extendi de casu vendentis, ad casum mutuantis.*

(67) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum, Pars* 1, Cap. 20, núm. 81.

(68) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 1, Cap. 1, rub. 2, núm. 13: *Praesertim quando forus desumitur a jure communi, nam tunc ab eo interpretatur, et recipit omnes limitationes, interpretationes, et intelligentias, quas a jure communi recipit*; CRESPI DE VALDAURA, L., *Observationes*, *Observatio* 3, núm. 57: *Jure enim communi non minus, quam nostro Patrio prohibitum est de facto procedere, et judiciales tramites non expectare, ut late decimus Observatione 2 ... Ergo idem dicendum est de nostri Foris, et eadem interpretatione donandi; cum in his, in quibus conformes sunt, recipiant interpretationes, et limitationes juris communis.*

Esta compleja realidad que conformaba la coexistencia del *ius commune* y de los *iura propria* fue, como afirmara Calasso, lo que contribuyó a desarrollar el complejo sistema del derecho común (69), en el que “el *ius commune* –como dirá Grossi- posee, por tanto, una fuerza de penetración que es capilar incluso en los ambientes más cerrados y hostiles del *ius proprium*: “piénsese en Venecia, que pretende estar *in mari fundata* y, por ello, fuera de las influencias circulantes en toda la *terraferma* y que no obstante siente la necesidad del contraste con el patrimonio jurídico común; o en la Francia de Felipe el Hermoso, ya en pleno siglo XIV, cuando el príncipe –a pesar de su proyecto jurídico nacional y nacionalista- no puede menos de hacer una sincera contribución al Derecho común deseando el estudio del mismo merced a su dimensión equitativa y racional; y piénsese en Federico II, el ambiguo legislador del *Liber constitutionum*, quien, mientras impone el *Liber* como norma particular del Reino de Sicilia, asume el Derecho común como objeto de estudio prioritario en las reorganizadas escuelas jurídicas napolitanas a donde llama enseñantes de estricta formación boloñesa” (70).

II. VÍAS DE RECEPCIÓN DEL *IUS COMMUNE*

Una vez analizada la realidad histórica-jurídica en la que se desarrolló el *ius commune*, cabe señalar algunas de sus vías de recepción (71):

(69) CALASSO, F., *II concetto di diritto comune*, *Archivio Giuridico* 111 (1934) 59-97; *Introduzione al diritto commune*, Giuffrè, Milano, 1951, pp. 31-76; *Medio Evo del diritto. I. Le fonti*. Giuffrè, Milano, 1954, pp. 453-467.

(70) GROSSI, P., *El orden jurídico medieval*, ob. cit., p. 101.

(71) Seguimos la estructura de FONT RIUS, J. M.²; *La recepción del derecho romano en la Península Ibérica durante la Edad Media*, en *Recueil de Mémoires et Travaux de la Société d'Histoire du Droit et des Institutions des anciens pays de Droit écrit*, Fasc. VI (Montpellier 1967), pp. 85-104.

2.1. EL MONARCA

2.1.1. El *princeps-iudex*

Si durante los siglos en los que se acentuó la crisis de la tradición jurídica romana la justicia tuvo un carácter eminentemente privado y sacral (72), con la recepción del Derecho romano-canónico se aprecia el declive de la concepción teocrática del oficio regio y de la idea de la justicia como *imago deitatis* (73), lo que permitió a los monarcas asumir todas las prerrogativas que el Ordenamiento romano confería al emperador (74), llegando a presentar, en el ámbito civil (75), como titular supremo de la *potestas judicandi* (76).

(72) GARCÍA-PELAYO, M.: "La idea medieval del derecho", *Revista de Occidente*, Madrid, 1968, pp. 65-140; Martínez Martínez, F.: "Idea medieval del Derecho", *E-Legal History Review*, 2, 2006; "Ecos cronísticos del Rey-Juez medieval", *CHD*, 2010, pp. 303-356.

(73) Véase, entre otros, KERN, F., *Derechos del Rey*, ob. cit., pp. 36 ss.; GARCÍA PELAYO, M., *El reino de Dios, arquetipo político*, Revista de Occidente, Madrid, 1959, pp. 152 ss.; MARAVALL, A., "El pensamiento político en la Alta Edad Media". *Estudios de Historia del pensamiento español*. I. Madrid, 1983, pp. 33-66; ULLMAN, W., *Historia del pensamiento político en la Edad Media*. Ariel, Barcelona, 1983, pp. 21 ss.; PETIT, C., "Iustitia, e Iudicium en el reino de Toledo. Un estudio de teología jurídica visigoda". *Giustizia nell'alto Medioevo*. Settimane di Studio del Centro Italiano di Studi sull'alto Medioevo. Spoleto, 1995, pp. 843-932; CORONAS GONZÁLEZ, S. M., *Estudios de Historia del Derecho público*. Tirant lo Blanc, Valencia, 1998, pp. 11-13.

(74) COVARRUBIAS Y LEYVA, D. de, *Opera Omnia. In regula Peccatum, de regulis iuris Libro Sexto*. Genevae, 1762, VI *De regulis iuris* 4. II. *Caput* 9, núm. 6.

(75) En este sentido, el Papa Nicolás al afirmar que la Santa Iglesia de Dios no tiene más espada que la espiritual, está reconociendo que no quiere entrar en la jurisdicción soberana del emperador. *Vid.* C. 33 q. 2 c. 6.

(76) MARONGIU, A., "Un momento típico de la Monarquía medieval. El rey juez", *AHDE*, 23, 1953, pp. 677-715; PACHECO CABALLERO, F. L., "Reyes, leyes y Derecho en la Alta Edad Media castellano-leonesa"; *El Dret comú i Catalunya*. Barcelona, 1996, pp. 165-206; "Potestad regia, justicia y jurisdicción en el Reino de Aragón. (Edades media y moderna)". *El Dret comú i Catalunya*. Barcelona, 1997. pp. 119 ss.

Esta concepción del *princeps-iudex* (77), presente ya en el pensamiento de SAN ISIDORO (78) y, posteriormente, en el de SANTO TOMÁS (79), se hallaba –como afirma GROSSI (80)– en todo el ideario medieval, a través del concepto de *iurisdictio*, entendido, en palabras de AZÓN (81), como “la necesidad de decir el Derecho y de establecer la equidad” (82).

(77) QUAGLIONI, D., *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*. Soc. Editrice Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 33 ss.

(78) S. ISIDORUS, *Etymologiarum*. BAC, Madrid, 1982. Liber 9, núm. 3,5.

(79) S. THOMAE, *Summa theologiae*. BAC, Madrid, 2001, *Secunda Secundae*, Quaestio 58, Art. 1, ad. totum.

(80) GROSSI, P., *El Orden jurídico medieval*, op. cit., p. 140.

(81) Azo, *Summa Super Codicem*. Corpus Glossatorum Juris Civilis II. Repr. Fac. 1966. Rúbrica *De iurisdictione omnium iudicum et de foro competentis*. Definición que se halla recogida en ACCURSIUS, *Glossa in Digestum Vetus*. Corpus Glossatorum Juris Civilis VII. Rep. Fac. 1969. gl. *Potest, ad l. ius dicentis, ff. de iurisdictionis* (D. 2,1,1,): *Est enim iurisditio potestas de publico introducta cum necessitate iuris dicendi et equitatis stantunde*, y posteriormente se hará eco de la misma la doctrina estatutaria. Vid. SAXO-FERRATO, B. de, *In primam Digesti Veteris partem commentaria*. Rub. *De iurisdictione omnium iudicium, lex 1, núm. 3: Item quaero, quid sit iurisditio?*, glosa *hic deffinit, quod iurisditio est potestas de iure publico introducta, cum necessitate ius dicendi et aequitatis statuendae ... Sed contra hoc opponi, quia secundum hoc, pater in filios, dominus in servos, tutor in pupillos habenti iurisdictionem ... Horum occasione, addas in diffinitione unum verbum, et dicas, iurisditio est potestas de iure publico introducta cum necessitate ius dicendi, et aequitatis tanquam a persona publica statuendae*. Puede apreciarse que únicamente sustituye la expresión de *iure publico introducta* por *tamquam a persona publica*, para delimitar así su ámbito de aplicación. Sobre este punto, VALLEJO, J., *Ruda equidad*, ob. cit., p. 45.

(82) Con relación a este término, CALASSO, F., “Iurisditio nel diritto comune classico”. *Scritti di Francesco Calasso*. Giuffrè, Milano, 1965. Asimismo, en *Annali di storia del diritto*, IX (1965), p. 100; COSTA, P., *Iurisditio. Semantica del potere politico nella publicistica medievale (1100-1433)*. Giuffrè, Milano, 1949, pp. 99-101. Recientemente, VALLEJO, J., *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 40 ss. y 314; GROSSI, P., *El Orden jurídico*, op. cit., p. 144.

En virtud de esta concepción, la doctrina medieval (83) reconocía que el rey disponía de determinadas facultades de jurisdicción con carácter de exclusividad (84), entendida, no tanto como la *potestas legis condendae* (85), sino como la *potestas iuri dicendi*, esto es, el poder introducido por el interés público, por la necesidad de decir el Derecho y establecer la equidad (86).

Siguiendo esta línea argumental, para los tratadistas medievales, el monarca, al considerarlo como el último depositario de la *iurisdictio* –*Omnis iurisdictio manat a principe* (87)–, fue concebido como el *iudex ordinarius omnium causarum* (88), de ahí que, entre sus

(83) SAXOFERRATO, B. de, *In primam Digesti Veteris Partem commentaria*. Lib. 1, Tit. 1, Lex 9, Quaestio 1, núm. 3: *Populus carens iurisdictione, sine auctoritate superioris circa causarum decisionem non potest*; núm. 4: *Quando populus habet omnem iurisdictionem potest facere statutum, non spectata superioris auctoritate ... Quando habet iurisdictionem limitatam, in his in quibus habent administrationem seu iurisdictionem possunt facere statuta, in aliis non sine superioris auctoritate*; UBALDIS, B. de, *Commentaria in primam Digesti Veteris Partem*. Lugduni, 1585. Lib. 1, Rub. De iustitia et iure, lex 9, núm. 20: *Quantum habet iurisdictionis tantum habet auctoritatis condendi statuta, quia statuta condere est iurisdictiones, et uno posito ponitur relinquum, et remoto uno, removetur relinquum secundum Bartolum, et quandoque est meri imperii vel mixti secundum causas quas decedit ut lege imperium*.

(84) AZO, *Summa Super Codicem*. Rub. De iurisdictione omnium iudicum et de foro competenti: *Dividitur autem iurisditio quia alia plenissima est, et ea est in solo principe*.

(85) BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 2, De inventione Curia, núm. 7. En este sentido, puede verse VALLEJO, J., *Ruda equidad*, ob. cit., pp. 100 ss.; PACHECO CABALLERO, F. L., "Potestad regia", ob. cit., p. 215.

(86) Esta idea del rey-juez la hallamos ya en *Espéculo* 2,1,5: *Et los santos dixerón que el rey es puesto en la tierra en lugar de Dios para cumplir la justicia e dar a cada uno su derecho*; *Partidas* 2,1,5.

(87) BELLUGA, P., *Speculum*, rúbrica 22, versículo *Et quia quotidiana*, núm. 1.

(88) BELLUGA, P., *Speculum*, rúbrica 1, versículo *De curia*, núm. 9: *Nam quamvis in regno Valenciae foro caveatur, quod unus solus vicinus civitatis sit iudex ordinarius omnium causarum, ab hac tamen cognitione non excluditur princeps vel eius locumtenens, neque ipsorum delegari. Nam princeps non potest istud imperium a se abdicare, ..., Nam princeps ne quid a se expropriare iurisdictionem maxime illam supremam*; rúbrica 14, versículo *Nunc videamus*, núm. 36: *Rex in toto regno iudex ordinarius*.

obligaciones estuviera restaurar la justicia (89), proveer la paz del reino(90) y gobernar *in jure et justicia* (91).

No en vano, Acursio sostuvo que la *iurisdictio* estaba reservada únicamente a los *ius dicentes* que poseían el *merum et mixtum imperium* (92), esto es, al rey o a quienes hubiera transferido la

(89) BELLUGA, P., *Speculum*, rúbrica 11, versículo *De propositione gravaminum*, num. 1: *Princeps, de iure divino, tenetur facere iustitiam*; núm. 7: *Et certe si princeps rectum iudicium, et iusticiam non servaverit, a deo redarguetur*; núm. 8: *Et sic vides, quod iusticiam tam lege veteri, quam nova, divina est debita a principibus, et eis necessari*; núm. 13: *Et sine iusticia nullam potest rex habere virtutem*; núm. 16: *Nam primum Romani Imperatores adepto imperio, statim volens secundum iusticiam vivere leges fecere, et illas mandarunt observari (D. 1,2) ... Et semper in respondendo Imperatores ad dubias quaestiones secundum iusticiam respondent ... Et ideo quia sententia lata per Imperatorem fuit, contra iusticiam, fuit per Papam nulla declarata, tanquam a noverca iusticiae, id est iusticiae novercantis*; núm. 17: *... qui iusticiam non faciunt, iudices non sunt*.

(90) BELLUGA, P., *Speculum*, rúbrica 8, versículo *De propositione principis in curia facienda*, núm. 2: *Princeps debet vigilare pro quietate subditorum*.

(91) BELLUGA, P., *Speculum*, rúbrica 8, versículo *De propositione principis in curia facienda*, núm. 5: *... pro quibus iusticia, et pace princeps labore debet*; rub.11, núm. 16: *Nam primum Romani Imperatores adepto imperio, statim volentes secundum iustitiam vivere leges fecere, et illas mandarunt observari ... Et semper in respondendo Imperatores ad dubias questiones secundum iusticiam respondent ... Et Imperator alibi dicat in epistola, inter claras, quod per iusticiam reges regnant. Et quod sine virtute iusticiae, rex non potest habere virtutem, ut omnes obedient iudici provinciarum ... et ideo quia sententia lata per Imperatorem fuit, contra Iusticiam, fuit per Papam nulla declarata, tanquam a noverca iusticiae, id est iusticiae novercantis ... Et sic vides qualiter ex prudentum, et imperatorum responsis, principibus est decens, & condigna iusticia. Et si principibus est decens, et condigna, ab inferioribus iudicibus est debita, & necessaria*; núm. 17: *Et si iniusticias faciunt, puniendi sunt, ut vides in auct. Ut iudices sine quoquo suffragio, et aliis faciunt litem suam ... qui male iudicavit ... Et alias poenas incurrunt ecclesiastici iudices, qui iusticiam non faciunt, iudices non sunt*.

(92) Se identifica con el poder que el monarca transfiere a los barones y jueces del reino para, en interés de la comunidad, castigar a los delincuentes. Vid. AZO, *Summa*, rub. *De iurisdictione*: *Merum imperium est habere gladii potestatem ad animadvertendum in facionorosos homines quod etiam potestas appellatur, ut ff. 2.1.3., et verbum quidem animadvertendi specialiter mortem significat, dicitur enim animadvertere qui vertit alii animam, sed tamen idem est, et dicitur merum imperium*; ACCURSIUS, *Glossa Ordinaria*, gl. ad Dig. 2,4,2 v. *imperium: scilicet merum, quod est gladii potestas*.

potestad de hacer justicia (93), no pudiendo éstos, como afirmaba Bártolo, otorgarla a un tercero (94), por entender que *solus princeps delegat merum et mixtum imperium* (95).

2.1.2. La potestad de conceder leyes

Reconocida la superioridad jurisdiccional del monarca, éste, a su vez, poseía la potestad de crear Derecho (96), facultad que era transmitida al monarca por la comunidad (97) –*transferendo*

(93) ACCURSIUS *Glossa Ordinaria*, Gl. ad D. 2,1,1 v. *ius dicentis*: *caute dicet ius dicentis: et non iudicis dicentis, nam non de omni iudice dicet: sed eo tantum qui habet merum et mixtum imperio*.

(94) Se toma como criterio D. 1,21,1; D. 1,21,5,pr.: *Mandatam sibi iurisdictionem mandare alteri non posse manifestum est*; D. 2,1,5: *More maiorum ita comparatum est, ut is demum iurisdictionem madre possit, qui eam suo iure, non alieno beneficio haberet*.

(95) SAXOFERRATO, B. de, *In Primam Digesti Veteris Partem*. Rub. *De iustitia et iure*, lex 9, núm. 20: *Quinto quaero numquid possit aliquibus committi ... Tu dic, aut iudices aut domini, quia habent auctoritatem hoc faciendi volunt hoc delegare, et non possunt, quia hoc eis ut maioribus est concessum, ut infra de officio eius cui mandata est iurisdicatio leg. 1. Aut populus vult hoc committere ... Vel dic quod ratio est, quia ille, cui committitur a populo, videtur ordinarius et non delegatus, quia populus potest dare ordinariam iurisdictionem, ut infra de iurisdictione omnium iudicium leg. Quia, sed alii iudices non dant ordinariam, istud autem non potest delegari...*

(96) RUCQUOI, A.: "Réflexions sur le Droit et la Justice en Castille entre 1250 y 1350", *Derecho y Justicia: el poder en la Europa medieval*, Conicet-Imicihu-Cnrs, Buenos Aires, 2008, pp. 135-164.

(97) IRNERIUS, *De Aequitate*, 2: *universitas id est populus, hoc habet officium, singulisscilicet hominibus quasi membris providere. Hinc descendit hoc, ut legem condant, conditam interpretetur et aperiat, quoniam lege prefinitur quod unusquisque sequi vel quid debeat declinare*; *Glossae ad Digestum Vetus*, I, 3, I: *populi, quod unum et idem est re ipsa, secundum diversas inspectiones hec nomina recipit; populus universitatis iure precipit, idem singulorum nomine promittit et spondet*. Cfr. Besta, E., *L'opera*

de populo ad principem (98)–. Criterio que hallamos recogido en Partidas:

Partidas 2,1,2

El poderío que el emperador ha, es en dos maneras. La vna, de derecho. E la otra de fecho. E aquel que ha segund derecho es este, que puede fazer ley e fuero nuevo, e mudar el antiguo, si entendiere, que es pro comunal, de su gente. E otrosí quando fuesse escuro, ha poder de lo esclarecer. E puede otrosí toller la costumbre vsada, quando entendiere que era dañosa, e fazer nueva que fuesse buena. E aún ha poder de fazer justicia, e escarmiento: en todas las tierras del imperio: quando los omes fiziessen porqué. E otro ninguno, non lo puede fazer sinon aquellos, a quien lo el mandasse: o a quien fuesse otorgado, por privilegio, de los emperadores... .

La potestad normativa del príncipe tenía su base textual en el Digesto 1,4,1 y en Código 14,12,3 (99). El texto, que sitúa en el centro de la potestad normativa al príncipe, proporcionó, a partir del siglo XIII, un sólido apoyo a la concepción del *princeps* como *conditor legum*, esto es, como responsable de la potestad legislativa dentro de su propio reino, ya fuese con potestad absoluta, ya a través de

di Irnerio. Contributo alla storia del diritto italiano, Torino 1986, II, p. 5. Asimismo, CALASSO, F., *I Glossatori e la teoria della sovranità*, Giuffrè, Milano 1957, p. 93.

(98) ACCURSIUS, *Digestum Vetus seu Pandectarum Iuris Civilis. Tomus Primus. Florentinarum varietatibus, diligentius quam antea in margine ap-positis, post sane Accursii Commentarios...* . Venetiis, 1598. gl. ad D. 1,4,1 v. *imperio: transferendo de populo ad principem*. Criterio que fue prontamente recepcionado tanto por la teología medieval –S. THOMAE, *Summa*, I II 97, 3 ad 3: ... *Si enim sit libera multitudo, quae possit sibi legem fecere, plus est consensus totius multitudinis ad aliquid observandum quod consuetudo manifestat, quam auctoritas principis, qui non habet potestatem condendi legem, nisi inquamtum gerit personam multitudinis*– como por los Comentaristas: SAXOFERRATO, B. de *Commentaria in secundam atque tertiam Codices Partem*, rub. *Quae sit longa consuetudo, lex* 2, núm. 1: ... *in principem translata est potestas condendi legem expressam, et scriptam, non autem consuetudinariam, que in eum non potuit transferri, cum pocedat ex tacito consensu*.

(99) ACCURSIUS, *Digestum Vetus*, gl. ad D. 1,4,1, v. *Quod principi placuit, ut esset ius generale et commune, nam si placeret ei concedere, no ex lex*.

la asistencia de los prohombres de la ciudad (100) o mediante delegación (101).

Esta línea de pensamiento estuvo presente tanto en la escolástica (102) como entre los canonistas (103) y comentaristas (104),

(100) SAXOFERRATO, B. de, *In Primam Digesti Veteris Partem*, Rub. *De legibus, lege Omnes populi*, núm. 9: *Ex his patet quod praesides provinciarum missi ab ecclesia non possunt facere statuta seu constitutiones sine consilio provincialium, quia non sunt de maioribus iudiciis...*; núm. 15: *Et si quidem iudices maiores vel domini hoc (statutum) faciant, humanum est quod hoc faciant consilio sapientium*; MAYNO, I. de, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*. Lugduni, 1530, Rub. *De constitutionibus principum, lege 1*, núm. 1: *Nota ex principio legis quod illud quod placet principi animo condendi legem, habetur per lege et consetur lex. Et ex hoc infertur quod leges fiant cum deliberatione interviniente consensu hominum prudentum, l. Humanum C. de legibus. ... et declarat Bartolus in l. Omnes populi ... Tamen princeps si vult potest legem condere, sed humanius faciet cum consilio procerum.*

(101) Bártolo y Nicolás de Tudeschi admitieron que tal poder era delegable dada la dificultad técnica en el proceso de elaboración de una ley. *Vid.* SAXOFERRATO, B. de, *In Primam Digesti Veteris Partem*. D. 1,1,9, núm. 20; TUDESCHIS, N., *Commentaria ad Quartum et Quintum Libros Decretalium*. Augustae Taurinorum, 1577, c. 53X,5,39: *... potestas legis condendae est delegabilis ...*

(102) S. THOMAE, *Summa*, II II, *Quaestio 50*, núm. 1: *Dicendum quod sicut ex supra dictis patet, ad prudentiam pertinet regere et praecipere. Et ideo ubi invenitur specialis ratio regiminis et praecepti in humanis actibus, ibi etiam invenitur specialis ratio prudentiae. Manifestum est autem quod in eo qui non solum seipsum habet regere, sed etiam communiter perfectam civitatis vel regni, invenitur specialis et perfecta ratio regiminis; tanto enim regimen perfectius est quanto universalius est, ad plura se extendens et ulteriorem finem attingens. Et ideo regi, ad quem pertinet regere civilitatem vel regnum, prudentia competiti secundum specialem et perfectissimam sui rationem. Et propter hoc regnativa ponitur species prudentiae*; núm. 3: *Dicendum quod Philosophus denominat regnativam a principali actu regis, qui est leges ponere.*

(103) c. 10,X,1,2; HOSTIENSIS, *Summa*, *Proemium*, n 18: *Quid potest constitutionem facere ... Imperator in temporalibus*; TRANSENSIUS, G., *Summa super Titulis decretalium*. Lyon 1519. Reed. Aalen, 1992. Rub. *De constitutionibus*, núm. 5 *Videndum est igitur ... quis possit facere constitutionem ... Item hi quibus mandat. Imperator.*

(104) SAXOFERRATO, B. de, *In Primam Codicis Partem*. Venetiis, 1575. Ad. C. 1,14,11: *Sententia deffinitiva Principis lata super causa de qua cognovit, et eius declaratio habet vim legis, et eius est interpretari, cuius est condere*; UBALDIS, B. de, *Ad tres priores Libros Decretalium Comentaria*. Lugduni,

quienes abordaron el estudio de la potestad normativa del monarca tanto desde un ámbito político, a través de la fórmula *rex superiorem*, como desde una perspectiva estrictamente jurídica.

No obstante el reconocimiento de su potestad normativa, la titularidad de su soberanía no le correspondía en exclusividad, sino que incluía, como señalaba Bártolo, a la propia comunidad –*civitas sive princeps*–, lo que permitió que se perfilaran los primeros trazos entre una soberanía estatal y una popular, lo que acentuó la complejidad del sistema jurídico bajo-medieval como consecuencia del denominado carácter paccionado del Derecho, de un Derecho en el que la *universitas civium* empezó a convertirse en legislador (105).

Un buen ejemplo de esta concepción la hallamos en la obra del jurista valenciano Pedro BELLUGA, quien, en su *Speculum Principum* (106), vino a resumir las ideas imperantes en torno al pactismo (107).

1585. Reed. Aalen, 1970. Rub. *De constitutionibus*, Cap. 1, núm. 31: *Et nota quod populus regitur tribus modis, scilicet rege, et talis populus nihil potest statuere nisi nutu regis condente, quia non potest plus statum quam ipsi statuentes. Secundo modo regitur lege, id est propriis statutis, quae quidem statuta valent dummodo sint licita et honesta. His duobus modis regitur populus, expresse tamen ius superioris non potest tangere ... Tertio modo regitur consuetudine, et isto modo regitur tacite, tamen ista consuetudo si tangit regalia, debet esse de principis conscientia seu convenientia, ut nota Bartolus.*

(105) LALINDE ABADÍA, J., "El sistema normativo valenciano". *AHDE*, 2 (1972), pp. 305-330; VALLET DE GOYTISOLO, J., "Valor jurídico de las leyes paccionadas en el Principado de Cataluña", ob. cit., p. 80; LALINDE ABADÍA, J., "El pactismo en los Reinos de Aragón y de Valencia", en especial pp. 126-127. *El pactismo en la Historia de España*. Artes Gráficas, Madrid, 1980.

(106) Con relación a este aspecto, seguimos la magnífica traducción llevada a cabo por GARCÍA-GALLO, A., *Antología de fuentes del antiguo Derecho. Manual de Historia del Derecho Español II*. Madrid, 1979, pp. 97-103. Así mismo, puede verse una referencias en MARONGIÙ, A., "Lo "Speculum principum" del valenzano Pere Belluga", VIII *CHCA*, II. Valencia, 1970, pp. 53-65; VALLET DE GOYTISOLO, J., "Valor jurídico de las leyes paccionadas en el Principado de Cataluña", ob. cit., p. 80; LALINDE ABADÍA, J., "El pactismo en los Reinos de Aragón y de Valencia", en especial pp. 126-127. *El pactismo en la Historia de España*. Artes Gráficas, Madrid, 1980.

(107) LALINDE ABADÍA, J., "El pactismo", ob. cit., p. 126.

A su juicio, la esencia del pactismo tenía su origen en el Derecho romano (108), por entender que si bien en el *Codex* se afirmaba que el poder político y el legislativo eran transmitidos por el pueblo al emperador; no obstante, éste también solía conceder leyes con el consejo de los próceres, de los senadores y de los jueces (109).

Esta concepción se perpetuará en la mayoría de los Ordenamientos bajo-medievales, no por la exigencia de la Justicia (110), sino a través de la costumbre, y, posteriormente, por la obra de los monarcas, quienes acostumbraban a promulgar leyes y pragmáticas sanciones con el consejo de los próceres congregados en la *Curia* (111), lo que determinaba que la función legislativa no recayese únicamente en la persona del rey, sino en una asamblea constituida formalmente. Estas leyes que emanaban de la Curia, prosigue el autor, alcanzaban pleno valor jurídico cuando la comunidad otorgaba dinero para su promulgación, lo que jurídicamente las convertía en un contrato (112), esto es, en leyes paccionadas e irrevocables (113), tanto para el príncipe como para sus sucesores (114).

Este valor prevalente de las leyes paccionadas (115), que fue asumida por los glosadores y, aún con matices, por la canonística (116), se ratifica cuando sostiene que el príncipe, con el consejo de los próceres, podía dictar leyes que atentaban contra el Derecho privado (117), por entender que si aquellas leyes tendían a la utilidad pública, al bien común, era lícito dictar normas que pudieran atentar contra los derechos privados (118).

En virtud de esta línea argumental, entendemos que esta concepción pactista del Derecho, si bien no implicaba la negación de los

(108) BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 2, núm. 1.

(109) BELLUGA, P., *Speculum*, Rúb. 47, versículo *Sciencum*, núm. 1.

(110) Esta misma concepción la hallamos en el número 4 cuando sostiene que si bien es propio de los reyes dictar leyes, también lo es dictarlas con el consejo de los próceres, y no por necesidad, sino por su humanidad.

(111) BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 2, núm. 2.

(112) BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 9, núm. 28.

(113) BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 11, versículo *His igitur*, núm. 2.

(114) BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 2, núm. 3.

(115) No en vano sostiene BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 2, núm. 4.

(116) BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 2, núm. 3.

(117) BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 9, núm. 26.

(118) BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 9, num. 25; núm. 23.

principios *quod Principi placuit, legis habet vigorem* o *Princeps legibus solutus* (119), sí determinaba su limitación, dado que la vinculación del monarca al pacto normativo limitaba su arbitrio legislativo en favor de la justicia y del bien común (120).

A nuestro juicio, en el *Speculum* de Belluga se advierte un intento por armonizar el principio fijado por Ulpiano con la voluntad del reino de hacer prevalecer un poder limitado y regulado por Derecho, en virtud del cual el príncipe se vería sometido a la autoridad de las leyes, aunque, en expresión de Bártolo, lo fuera *de voluntate* y no *de necessitate* (121).

En este sentido, el tratadista valenciano llega a sostener que aunque correspondía al príncipe dictar las leyes, cualquier pueblo podía otorgarse estatutos particulares con tal de que éstos no atentasen contra las normas del rey; criterio que, conjuntamente con el fragmento de Gayo de la *lex omnes populi* (122), le sirve de base para incidir en que el Derecho civil, al ser lo que cada pueblo establecía para sí (123), tenía la facultad de adentrarse en el ámbito propio de una *civitas*, sin que fuese necesario solicitar la autorización o aprobación del príncipe (124).

La heterogeneidad de la realidad jurídica del Derecho bajo-medieval fue puesta en evidencia por el jurista valenciano al reconocer en la figura del monarca, no sólo un *princeps conditor legum* (125), responsable del dictado de la ley, sino de un *iudex ordinarius et superior*, capaz *–in omni tempore–* de hacer justicia y de considerar a la sociedad, al reino, con una potestad normativa suficiente (126), lo que permitía, en última instancia, identificar al príncipe y al reino como realidades convergentes en el ejercicio de la potestad normativa.

(119) BELLUGA, P., "Valor jurídico", ob. cit., pp. 90-91.

(120) BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. a 11, núm. 8.

(121) SAXOFERRATO, B. de, *In Primam Codicis Partem Praelectiones*, rub. *De legibus*, lex 4, núm. 4.

(122) D. 1,1,9.

(123) BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 2, núm. 6.

(124) BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 2, núm. 7.

(125) BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 2, versículo *De inventione curia*, núms. 4-5.

(126) BELLUGA, P. *Speculum*, Rub. 11, versículo, *ac Iusticiae*, núm. 1.

2.1.2.1. **Ámbito político: la fórmula “El rey no reconoce al emperador en su reino”**

Esta fórmula, ampliamente analizada por CALASSO (127), suponía el final del conflicto que mantenía el emperador con los diferentes reinos por el control y la creación del Derecho, toda vez que la aceptación del Derecho romano como Derecho del imperio, determinaba el reconocimiento tácito de la superioridad del emperador, así como la fuerza vinculante de las leyes imperiales (128).

Desde el punto de vista jurídico, la equiparación de ambos poderes vino a través de la decretal de Inocencio III *Por medio del venerable –Per venerabilem–*, del año 1213, por la que se afirmaba que el rey que no reconocía superior en lo temporal, se le tenía por emperador en su propio reino (129).

El reconocimiento expreso a que el Ordenamiento de cada reino era el Derecho del imperio en su territorio, y que su potestad recaía en la persona del monarca, fue prontamente asumido en los distintos reinos hispanos.

Así, en la Corona de Castilla este criterio tuvo una pronta recepción, tanto desde el punto de vista legal –Partidas 2,1,8– como

(127) CALASSO, F., *I Glossatori e la teoria della sovranità*. Giuffrè, Milán, 1957, pp. 39-83; Cfr. FEENSTRA, R.: “Jean de Blanot et la formule Rex Franciae in regno suo princeps est”, *Etudes d’histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, II, Paris, 1965, pp. 885-895. Asimismo, ha sido apuntada su influencia en los distintos reinos peninsulares por OTERO VALERA, A., “Sobre la “plenitudo potestatis” y los reinos hispánicos”, *AHDE*, 34 (1964), pp. 141-163; EGEA I FERNÁNDEZ, J./GAY I ESCODA, J. M.^a: “Eficàcia de les normes a la tradició jurídica catalana des de la Baixa Edat Mitjana fins al Decret de Nova Planta”, *RJC*, 78,2, 1979, p. 9.

(128) SAXOFERRATO, B. de, *Commentaria in Secundam Digesti Novi Partem*. VI. Venetiis, 1615. Ad D. 49,15,24: *Et forte si quis diceret dominum Imperatorem non esse dominum et monarcham totius orbis, esset haereticus, quia diceret contra determinationem Ecclesiae*; CHECCHINI, A., “Impero papato e comunità particolari nelle dottrine dei glossatori”. *Atti del convegno internazionale di studi accursiani. Bologna, 21-26 Ottobre 1963*. Milano, 1968, pp. 117-130.

(129) c. 13,X,4,17.

doctrinal (130). En concreto, Diego de Covarrubias aceptó al monarca como fuente del Derecho, bien en reconocimiento por la guerra que éste sostuvo contra los sarracenos, bien por el derecho de prescripción o por el valor intrínseco de la costumbre (131).

En el ámbito de la Corona de Aragón, los comentaristas vinieron a reforzar el poder de los distintos reyes, al asumir con prontitud la fórmula *Rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*, por la que se reconocía la *plenitudo potestatis* del rey (132), lo que le equiparaba a un príncipe soberano, a un emperador.

En este sentido, los primeros tratadistas, no ajenos a los postulados del *ius commune*, sostuvieron que "era cierto que, en el reino, el príncipe no reconoce como superior al emperador" (133), por entender que el rey, con respecto al reino, no era únicamente el titular de la suprema jurisdicción, el *summus iudex* (134), o de los

(130) SALÓN DE PAZ, M., *Ad leges Taurinas in signes comentarii* ... 1568. Prooemio, ns. 32-35 y 143-144: *Reges Hispaniae alium in temporalibus non recognoscunt superiorem*.

(131) COVARRUBIAS Y LEYA, D. de, *Opera Omnia. In regula Peccatum de regulis iuris libro sexto*. VI, Parte II, 9, núm. 9: *Postremo ex praenotatis apparet iustissime posse aliquot christiani orbis principes immunes esse a suprema Imperatoris iurisdictione. Nam ut regem gallorum praetermittamus, de quo ab aliis satis tractatum est, constat Hispaniarum reges ab Imperatoris iurisdictione liberos et exemptos esse, vel ex ea ratione quod Hispanias maxima reipublicae infelicitate ab arabibus occupatas ipsi Hispaniarum reges absque ullo Caesarum auxilio, immensis laboribus, periculis et impensis, effuso per septingentos anos proprio et subditorum sanguine, a christianae religionis hostibus liberaverint et exemerint, unde merito a Caesarum imperio, quo in hisce laboribus destituti fuere, censentur exempti ... cui et alia ratio addi solet, quod ab Honorio Imperatore fuerit Hispania libera et immunis a Caesarum Imperio donata gothis .. Immoet praescriptione temporis, cuius initium memoriam hominum excedit, Hispaniarum reges hanc immunitatem acquisisse*.

(132) D. 1,4,1; D. 1,3,31: *Princeps legibus solutus est*.

(133) BELLUGA, P., *Speculum principum ac iustitiae*. Paris, 1530. Rub. 11, *In versiculo*. In *His igitur*, num. 5: *Sed certe in hoc regno, in quo princeps non recognoscit superiorem Imperatorem*.

(134) BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 17, Vers., *Nunc vidanamus*, num. 36: *Item advertere quod rex in toto regno est iudex ordinarius et superior tam rationem territori, cum sit dominus omnium rerum de regno*. En Rub. 14, fo. 26, advierte que se debe recurrir al Príncipe por cuanto éste guarda todo el Derecho. Puede verse, con relación a BELLUGA, GARCÍA-GALLO, A., "El Derecho en el "Speculum Principis" de Belluga. *AHDE*, 42 (1972), pp. 208-210.

bienes conquistados (135), sino la *lex animata in terris*, esto es, la fuente primigenia del auténtico *ius* (136). Posteriormente, la doctrina tardo-medieval se hizo eco de esta concepción, al entender que el monarca, en su reino, por ser *vicarius Christi* (137), no estaba subordinado a las constituciones o decretos de los emperadores y de los papas (138), porque lo que le investía de autoridad para dictar normas era su actividad política, su lucha contra los infieles (139).

(135) BELLUGA,, P., *Speculum*, Rub. 13, Vers., *Restat*, núm. 6 señala cómo al soberano la conquista del reino le proporcionó título justo y legítimo para convertirse en la suprema autoridad de todo lo conquistado.

(136) Nov. 105,2,4: *Omnibus autem a nobis dictis Imperatoris excipitur fortuna, cui et ipsas deus leges subiecit, legem animatam committens hominibus...* Criterio que será seguido por buena parte de la literatura jurídica medieval. Vid. AEGIDIUS ROMANUS, *De Regimine principum*. Romae, 1556, Repr. Frankfurt, 1968. Lib. 1, pars 2, cap. 12: *Est enim Rex sive princeps quaedam lex, et lex est quidam Rex sive princeps. Nam lex est quidam inanimatus princeps, princeps vero est quaedam animata lex: Quantum ergo animatum inanimatum superat, tantum Rex sive princeps debet superare leges. Nanque lex est quidam inanimatus princeps, princeps vero est quedam animata lex*. Cfr. WOLF, A., "Legimus apud Platonem. Una legge alfonsina del 1433 per la Sicilia nel suo contesto europeo". En *XVI Congresso Internazionale di Storia della Corona d'Aragona*. Napoli, 2000, pp. 834 y 838, not. 26. Con relación a este término, MAYALI, L., "Lex animata. Rationalisation du pouvoir politique et science juridique XI-XIV siècles)". *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'Etat. Société Histoire Droit*, 1988, pp. 115 ss.; ULLMANN, W., "The Development of the Medieval Idea of Sovereignty", *Law and Jurisdiction in the Middle Ages*. Variorum Reprints, London, 1988. Cap. VII, pp. 3-6.

(137) MORLÁ, P. A., *Emporium, Titulus primus, summarium praemissorum*, núm. 21.

(138) En este sentido, Inocencio III advirtió que las constituciones canónicas no obligaban a los paganos que vivieran al margen de la Iglesia. c. 8,X,4,19.

(139) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Praeludium*, núms. 5-6.

2.1.2.2. **Ámbito jurídico: Los actos de disposición**

2.1.2.2.1. *El príncipe no está ligado a las leyes: las cláusulas "Non obstante –ex certa scientia– ex plenitudine potestatis"*

El reconocimiento del soberano como fuente del Derecho, como *conditor legum*, fue admitido por los tratadistas, al asumir que tanto la potestad judicial como la normativa confluían en la figura del príncipe.

La aplicación más específica de esta argumentación se concretó en la inclusión de las fórmulas *non obstante*, *ex certa scientia*, *plenitudine potestatis*, en las que se encontraba implícitas el reconocimiento de la supremacía jurídica del príncipe, de su potestad normativa más allá de los límites establecidos por el Ordenamiento jurídico (140) –*conditor legis, ea non obligatur* (141)–.

El reconocimiento genérico del príncipe como *legibus solutus* lo advierte la doctrina en la afirmación de la potestad absoluta del monarca, en su consideración de *princeps supra legem*, al observar que a través de las mencionadas fórmulas no se hallaba sometido al ordenamiento foral, porque si el príncipe hubiese dictado la ley sin la mediación de la Corte, ésta sería válida en virtud de la aplicación de la cláusula general "no obstante" (142).

Un ejemplo ejemplificador de este planteamiento lo hallamos en el tratado de Rabaça (143), donde se sostiene que el príncipe conce-

(140) NICOLINI, U., *La proprietà*, ob. cit., p. 168; CORTESE, E., *Norma giuridica*, II, ob. cit., pp. 81-96; PACHECO, F. L., "Non obstante. Ex certa scientia. Ex plenitudine potestatis. Los reyes de la Corona de Aragón y el principio princeps a legibus solutus est"; *El Dret Comú i Catalunya. Actas del VII Simposi Internacional. Barcelona, 23-24 de maig de 1997*, Barcelona 1998, pp. 91-127.

(141) BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 11, Vers. *Restat*, núm. 1: *Item quia certum est de iure, quod alienationes quas facit princeps de bonis coronae non valent, imo et si sint iuratae, possunt revocari.*

(142) BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. 2, núm. 5: *Si autem esset lex facta per solum principem sine curia, tunc cum clausula generali, non obstante, et valeret rescriptum, et tolleretur illa lex, quo ad disposita in rescripto ... Et refert ea Baldus, in lege humanum, Codex, de legibus.*

(143) Seguimos la edición de FEBRER ROMAGUERA, M. V., "Giner Rabaça "lo fill", caballero y jurista. Biografía y edición de su tratado *Ad Forum "totes*

día libertad de testar, no obstante las leyes y las reglas del derecho civil, o los fueros y los privilegios que pudiera contravenir (144).

En definitiva, mediante el uso que de estas fórmulas se dio en las Cancillerías o en las Curias Regias, se legitimó al monarca, en cuanto titular de la potestad normativa, para que, una vez invadidos los ámbitos de regulación específicos del Derecho estatuario, pudiera adquirir su voluntad valor de *ius generale*, lo que vino a justificar, en cierta medida, los argumentos de quienes sostuvieron la titularidad exclusiva del monarca en materia normativa (145).

2.1.2.2.2. *La sentencia del príncipe*

La primera referencia textual donde se constata el posible valor normativo de la sentencia inmemorial la hallamos en la constitución de Justiniano contenida en el *Codex* 1,4,12, donde se afirma que la sentencia dictada por el emperador en un proceso judicial en el que se hallan presentes las partes se convierte en ley y en un precedente jurídico, lo que justifica, en última instancia, su potestad normativa, su posición de *conditor legum* (146). Criterio que se reitera en el texto de Ulpiano compilado en Digesto 1,4,1, al reconocer que consta que es ley lo que el emperador decretó como juez, por cuanto éste, en palabras de Acursio, actuaba dictando una sentencia definitiva (147).

aquelles persones". Rub. de testamentis interpretatio", AEM, 32/1 (2002), pp. 91 y 181.

(144) FEBRER ROMAGUERA, M. V., "Giner Rabaça "lo fill", pp. 159 y 180.

(145) D. 1,4,1; C. 1,14,12,1. ACCURSIUS, *Digestum Vetus seu Pandectarum Iuris Civilis*. I. Rub. *De constitutionibus principum*, gl. *Quod principi placuit: Ut esset ius generale et commune, nam si placeret ei comedere non est lex*

(146) C. 1,14,12. Cabe reseñar cómo, a juicio de ACCURSIUS, *Codicis Iustiniani Sacratissimi Principis Imeratoris Augusti*. IX, gl. C. 1,14,12 vv. *Si imperialis*, la mencionada ley es aplicable únicamente para las causas no resueltas por las leyes.

(147) Cabe reseñar cómo, a juicio de ACCURSIUS, *Digestum Vetus seu Pandectarum Iuris Civilis*, I. gl. 4,4,1 v. *Decrevit*, la mencionada ley era aplicable únicamente para las causas no resueltas por las leyes: *Haec legem intellige in his quae non sunt decisa per leges, ut in feudo et similibus, in aliis etiam potius legem servaremus scriptam, cum haec sententia non sit lex constituta, sicuti debet constitui, supra eodem lege Humanum.*

Este mismo reconocimiento se hallaba presente en el planteamiento esgrimido por los civilistas y por los canonistas de los siglos XIII al XV. Así, si bien en el ámbito del *ius canonicum* se afirmaba el valor de precedente de la sentencia pontificia, tal y como se desprende de la decretal *in causis*, de Inocencio III (148), entre los glosadores y comentaristas se daba un amplio reconocimiento a la sentencia del soberano como *ius generale* (149), con independencia de que ésta fuera definitiva o interlocutoria (150), lo que llevó a sos-

(148) c. 19,X,27,19: *In causis, quae summi Pontificis iudicio deciduntur, et ordo iuris et vigor aequitatis est subtiliter observandus, quum in similibus casibus ceteris tenantur similiter iudicare, nisi forte, quum aliquid causa necessitatis et utilitatis inspecta dispensative duxerit statuendum*; SANDEUS, F., *Commentaria ad V Libros Decretalium. Pars 1, rub. De rescriptione*, núm. 1: ... *In proposito casu, in prooemio, quod interpretatio facta per rescriptum ad postulationem unius concessum super iuris vel apostolicae regulae intellectu, facit ius generale quoad omnes ...* Vid. FRANSEN, G., "La valeur de la jurisprudence en droit canonique", *La norma en el Derecho Canónico*. I. 1979, p. 201, donde, a su vez, cita a c. 22,X,1,6; VALLEJO, J., *Ruda equidad*, p. 180, nota 7.

(149) Azo, *Summa Super Codicem*, Rub. *De legibus et constitutionibus*: *Sciam autem legem generalem esse hoc ipso quod continetur in corpore iuris, nisi in casu ut ff. de occultatoribus, l. neque (C. 46,1,2). Si autem non clauditur corpore iuris non est generalis, nisi imperator cognitionaliter de causa cognoverit, et inter partes diffinitive pronunciaverit, ut infra l. ul.*

(150) La exclusión o no del valor normativo de la sentencia interlocutoria dependerá, en buena mediada, de su inclusión en el *Corpus Iuris*. ACCURSIUS, *Digestum Vetus*, gl. D. 1,4,1, vv. *Interlocutus est: quae tamen interlocutio non est generalis, nisi hoc expresse dicatur, ut C. eo. l. 3 quae est contra. ADDITIO. Pro solhuius contra. Distingue secundum Bartolus hic. Aut principis interlocutio est redacta in corpus iuris, aut non: primo casu observatur pro lege generali, ut in contrario: secundo casu non, ut plene notatur per Cynus*; SAXOFERRATO, B. de, *In Primam Codicis Parte Commentaria*, rub. *De legibus*, lex 11, núm. 1: *Sententia diffinitiva Principis lata super causa, de qua cognovit, et eius declaratio, habet vim legis*; *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, rub. *De constitutionibus Principum*, lex 1, núm. 1: *Aut principis interlocutio est redacta in corpore iuris, aut non. Primo casu observatur pro lege generali, ut in contrario, secundo casu non*; UBALDIS, B. de, *In I, II et III Codicis Libros Commentaria*. Venetiis, 1615. Rub. *De legibus*, lex 2, núm. 2: *Primo videtur, hic quod interlocutoria principis lata in uno casu non facit ius. Contra, supra de novo Codice componendo l. Metum, Sed quod praetor. Solvitur: ubi loquitur in interlocutoria redacta in corpore iuris; hic autem in interlocutoria quae non est in corpore iuris redacta, et sic non obstat, secundum Petrum. Secundo oppositum de lege ultima, infra*

tener –a autores como Jasón DE MAINO– la nulidad de una sentencia judicial si atentaba contra las leyes y las sentencias dictadas por el príncipe (151).

Este reconocimiento del valor normativo de la sentencia del príncipe lo hallamos recogida en la mayoría de la doctrina de los distintos reinos peninsulares (152). En este sentido, los tratadistas fueron explícitos al afirmar que toda sentencia en la que el rey ponía su rúbrica alcanzaba valor de ley –*et vim legis habet*–, lo que la convertía en un precedente jurídico *in omnibus similibus casibus* (153):

Aureum Opus, Juan II, Privilegio 2

Et attento quod sententia principis causa cognita promulgata vim legis obtinet et pro lege servanda est generaliter inter omnes. Attendentes etiam quod de iusticia et ratione ea que in iure consistunt potest princeps etiam ubi certa est persona cuius interest illa vel alia nullatenus vocata decernere et declarare. ... non obstantibus in contrarium allegatis (154).

eodem, ubi videtur quod quaelibet sententia principis facit ius generale. Solvitur: ibi loquitur in sententia deffinitiva iuris dispositiva vel declaratoria; hic in interlocutoria secundum Petrum; ROSATE, A. de, Commentarii in Primam Digesti Veteris Partem, rub. De constitutionibus principum, lex 1, núm. 5: Item hic videtur, quod interlocutoria principis faciat ius generale, et dicit Iacobus de Ravanis quod advocati curiae Romanae quando deficiunt eis, dicunt ego sic vidi interloqui Papam in simili causa, et idem dicit fieri in regno regis Franciae dicendo, sic interlocutoribus fuit rex in simili.

(151) MAYNO, J. de, *In Primam Digesti Veteris Partem Praelectiones*, Rub. De feriis, núms. 23-24: *Nota in vers. Quodcumque igitur quatuor modos quibus princeps potest condere legem; et inter alios, sententia principis, lata cum causae cognitione, habet vim legis, ut dicit textus ibi vel cognoscens, et expressus textus in lege finali Codicis de legibus et in capitulo In causis, ubi omnino canonem de re iudicata. Hinc est quod sicut sententia iudicis lata contra legem est ipso iure nulla, 1.2.C. quando provocare non est necessarium ... eodem modo sententia iudicis lata contra sententiam diffinitivam principis est ipso iure nulla, quia censetur lata contra legem, quod latissime examinant Imola et moderni.*

(152) MIERES, T. *Apparatus super Constitutionibus*, collatio 10, Cap. 1, núm. 21; CANCÉR, J., *Variarum*, lib 3, c. 3, núms. 73-74 *sicut et sententia Principis facit ius, ut ex eo inferiores debeant in similibus iudicare ... Et idem dico habere servari in aliis casus, qua diversitatis ratio reddi non potest, deo idem ius est censendum.*

(153) LEÓN, F. J., *Decisiones*, lib. 3, *Decisio* 10, núms. 24-25.

(154) Partidas 3,22,14: *Otrosi decimos que non debe valer ningun jui-*

2.1.2.2.3. Las cartas de los príncipes

En el intento por armonizar el sistema de prelación de fuentes, la doctrina medieval se cuestionó si la respuesta del soberano a una duda podía elevarse a la categoría de ley (155).

La base textual de esta argumentación la hallamos en el *Corpus Iuris*, especialmente en *Codex* 1,14,12, y en el texto de Ulpiano recopilado en *Digesto* 1,4,1,1, donde se establece que lo que el emperador otorgaba por carta *legis vim obtinere*.

Los pasajes del *Corpus* justiniano llevaron a los comentaristas de ambos *Corpora Iuris* a una amplia controversia en torno a si las respuestas dadas por el emperador o el papa alcanzaban valor únicamente *inter partes*, como sostendrían, entre otros juristas, BARTOLO (156), Godofredo de TRANO (157), DECIO (158) o Pablo DE CASTRO (159), o, por el contrario, su fuerza legislativa se podía extender

cio que fuese dado por fasañas de otro; fueras ende si tomasen aquella fasaña del juicio que el Rey oviese dado: ca estonce bien pueden judgar por ella; porque la del Rey ha fuerza, é debe valer como ley en aquel pleyto sobre que es dado, é en los otros que fueren semejante.

(155) LÓPEZ DE PALACIOS RUBIOS, L., *Opera varia*. Antuerpiae, Apud Ioannem keerbergium, 1616. *Repe Titio* Rub., núm. 11, donde menciona que las cuestiones jurídicas resueltas en un rescripto únicamente hacían referencia al Derecho foral, no al Derecho imperial.

(156) SAXOFERRATO, B. de, *Commentaria in Primam Codicis Partem*. Rub. *De legibus, lex* 2, núm. 1: *Rescriptum principis non facit ius generale, et qui de eo dubitat, punitur*. Por el contrario, sostendrá: *Epistolae Pontificis faciunt ius generale*.

(157) TRANENSIUS, G., *Summa Super Titulis Decretalium*. Lyon, 1519, Reed. Aalen, 1992. Rub. *De rescriptis*, núm. 2: *Rescripta pape vel principis ... Talia enim ius faciunt non generalae sed speciale in negociis et inter personas*.

(158) DECIUS, P., *Lectura Super Decretales*. Venetiis, 1523. Rub. *De rescriptione*, núm. 1: *Ex praedicta continuatione notandum est quod Ioannes Andreae et doctores dicunt quod rescriptum habet vim legis inter illos inter quos conceditur. Sicut enim lex debet esse communis inter omnes, 4 dist. Erit autem lex, ita rescriptum debet esse commune inter partes. Et ideo quod dicitur in rescripto pro illo qui impetravit, etiam habet locum pro adversario*.

(159) Castro, P. de, *In Primam Digesti Veteris Partem Patavinae Praelectionis*. Lugduni, 1550. Rub. *De constitutionibus principum, lex* 1, núm. 1.

inter omnes, como sostendría Azón (160), y, posteriormente, Jasón de MAINO (161), el Abad PANORMITANO (162) o FELINO SANDEO (163). Este último criterio fue recepcionado –aun con matices– por la doctrina de los distintos reinos peninsulares, al elevar la respuesta del soberano, así como las epístolas de los pontífices, a la categoría de ley(164). En concreto, ésta vino a sostener, como regla general, que *rescriptum Principis legis habet vigorem* siempre que éste no atentara *contra foros, vel utilitatem publicam* (165).

(160) AZO, *Summa Super Codicem*, Rub. *De legibus: Differt et constitutio principis ab edicto principis. quod constitutio principis potest esse generalis et spacialis ... Edictum vero principis. est ius generale statutu...*

(161) MAYNO, J. de, *In Primam Digesti Veteris Partem Praelectiones*. Lugduni, 1545. Rub. *De feriis*, núms. 23-24: *sententia diffinitiva principis, lata cum causae cognitione, habet vim legis, non solum in illa causa, immo facit ius quoad omnes. Eodem modo epistola missa ab imperatore.*

(162) TUDESCHIS, N. de, *Commentaria Secundae Partis in Primum Decretalium Librum*. Lugduni, 1586. Rub. *De filiis presbyterorum ordinandis vel non*, Cap. 9, núm. 2.

(163) SANDEUS, F., *Commentaria ad V Libros Decretalium Pars Prima*, Rub. *De rescriptione*, núm. 1: *In proposito casu, in prooemio, quod interpretatio facta per rescriptum ad postulationem unius concessum super iuris vel apostolicae regulae intellectu, facit ius generale quoad omnes.*

(164) Puede verse, SALÓN DE PAZ, M., *Ad leges Taurinas*, proemio. núms. 450-451, quien recoge, en una amplia exposición, la polémica planteada entre la jurisprudencia medieval: *Quo fit dubii casus declarationem, quam princeps tantum in aliqua causa speciali constituit, etsi iuris corpore non dedacta, vim legis habere, et pro lege esse observandam in aliorum similibus causis, ut probatur in ... et constat in l. 13 tit. 22, part. 3, ... Verum Bartholus ... discrimen esse inter papae et principis epistolam: et firmat, principis epistolam non facere ius generale, cui consenti Paulus Cast. ... nisi in iuris corpore adinveniat, et Decius ..., et sin cum principi epistola ad iuris declarationem evenerit, tunc sine dubio tenendum sit, eam legem generalem esse quod ad omnibus.*

(165) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, lib. 1, Cap. 3, Tít. 3, núms. 24-25; LEÓN, F. J., *Decisiones*, lib. 1, *Decisio* 113, núm. 3; lib. 2, *Decisio* 144, núms. 3-4; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Praeludium*, núm. 108.

2.1.2.2.4. Las pragmáticas sanciones

Azón, tomando como precedente el *Codex* 1,23,7,2 (166), definió la pragmática sanción “como lo que el príncipe, con el consejo de los próceres, estatuye y sanciona, si bien no se concede para los negocios particulares sino para las universidades”.

Esta concepción, presente en la doctrina estatutaria (167), la llamamos recogida en el *Speculum* de Belluga, para quien el príncipe, con el consejo de la *curia regis*, solía dictar pragmáticas sanciones, las cuales alcanzaban fuerza de ley cuando recaían sobre el bien público del reino o de la comunidad (168).

Posteriormente, la doctrina del *mos italicus* tardío, a diferencia de las pragmáticas sanciones de los emperadores romanos, le atribuyó el valor de ley general, de estricta obediencia en la praxis jurídica, por entender que en el orden de prelación de fuentes éstas sucedían en defecto de estatuto, fuero o privilegio (169).

(166) C. 1,23,72. DELL'ORO, A.: “Sull concetto di “Pragmatica Sactio”. *SDHI*, 11 (1945), pp. 314-318.

(167) RAVANIS, I. de, *Lectura Super Codice*. Parhissis, 1519. Reep. Fac., 1967. Rub. *Si contra ius vel utilitatem publicam: et quod dicit rescriptum genus est quod subsequitur adnotationem vel pragmatica sanctio species est. Adnotatio est que proprio motu princeps concedit. Sed pragmatica sanctio est que de concilio procerum emanat a principe*; Rub. *De diversis rescriptis et pragmaticis sanctionibus: Et nota in lege universa quod adnotatio est que fit sine consilio procerum. non dicit solo motu principis: quia si imperator magis consilium habuisset ex quo sine consilio procerum annotatio est. Sed cum consilio procerum pragmatica sancito est*; BARBOSA, A., *Collectanea in Codicem Justiniani*, lib. 1, Tit. 22, Rub. *Si contra jus, lex* 6, núm. 4: *Pragmaticae sanctiones sunt quae fiunt de consilii sententia solemniter ad suggestionem alienam, precesve; vel, ut alii volunt, dicuntur Principum rescripta non de privatorum negotiis, sed corporum Ordinum, et collegiorum causis de consilii sententia emissa, inde ut opinatur, deducto verbo, quod pragmaticis, et viris peritis in consilium adhibitis interponantur*.

(168) BELLUGA, P., *Speculum*, Rub. *De inventione Curiae*, núm. 2: *Nam quamvis pragmaticae sanctiones, vim legis habentes principes faciant super bono publico, regni et universitatum, ut in lex finalis, Codex de diversis rescriptis, de se cum suo consilio*.

(169) CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio* 1, núm. 73: *Apud Nos vero, juxta vulgarem loquendi usum frequentissimum, et receptum, idem est Edictum generale, et Pragmatica sanctio: utrumque*

2.2. LA UNIVERSIDAD

Como señala la historiografía, la recepción del Derecho romano-canónico no se realizó *ratione imperii* sino *imperio rationis*. Su fundamento no sólo se pudo deber a motivos territoriales –los dominios del nuevo sacro imperio romano germánico– o a una política regia o eclesial –aun con la innegable impronta que pudieran tener–, sino al redescubrimiento racional y científico del Derecho romano (170), al impulso de los juristas, de ahí que se afirme que el *ius commune* fue un derecho de juristas (171). En este sentido, no se puede negar que la recepción estuvo estrechamente vinculada al resurgir de la ciencia jurídica del derecho romano-canónico, desarrollada al amparo del nacimiento de las Universidades bajo-medievales (172).

Así, cabe afirmar que la Universidad medieval surgió como una corporación cuya única misión fue la de incentivar el aprendizaje intelectual –*universitas magistrorum et scholarium*– (173). Se trataba de un gremio de maestros y aprendices en torno a los nuevos métodos intelectuales desarrollados desde el siglo XII (174): planteamiento de un problema (*quaestio*), su argumentación (*disputatio*) y sentencia conclusiva (*sententia, conclusio*). De este modo, junto al

enim dicitur ius, sive lex generalis, quae a Principe, sive Rege nostro publicari iubetur.

(170) TAMAYO Y SALMORÁN, R., *La Universidad, epopeya medieval. Notas para un estudio del surgimiento de la Universidad en el alto medievo*. México, 1987, pp. 11-12, quien afirma el origen de la *Universitas*, del *studium*, no puede verse en la *traslatio studii*, en los sucesivos actos de transferencia realizados por el soberano, ya fuere del emperador, del monarca o del papado

(171) CANNATA, C. A., *Historia de la ciencia jurídica europea*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 145 y ss; GIBERT, R. *Elementos formativos del Derecho en Europa*, Imprenta de Francisco RománGranada, 1975, p. 81 y ss; VAN CAENEGEM, R. C., *Pasado y Futuro del Derecho Europeo*, Thomson, Civitas, Madrid 2003, p. 24 y ss.

(172) JACQUES, V., *Le università del medievo*, Il Mulino, Bolonia, 1973, p. 31; BELLOMO, M., *Saggio sull'Università nell'età del diritto comune*, Griffrè, Roma, 1996.

(173) VINOGRADOFF, P., *Roman Law in Medieval Europe*, Speculum Historiale, Cambridge, 1968; CAVANNA, A., *Storia del diritto moderno in Europa, le fonti e il pensiero giuridico*, Guiffrè, Milano, 1979.

(174) CARPINTERO, F., "Mos italicus, mos gallicus" ob. cit., pp. 108-171; "En torno al método de los juristas medievales", ob. cit, pp. 617-642.

afianzamiento del Derecho canónico y romano, quedaba inaugurado un método dialéctico aplicable a la filosofía y a la teología (175), cuyo modelo se halla recogido en la *Summa aurea* del Hostiense:

Hostiense: *Primo ponendo casum vel dicendo sensum litterae. Secundo dicendo litteram et exponendo et etiam construendo si difficilis appareat. Tertio inducendo similia. Quarto inducendo contraria et solvendo et distingüendo. Quinto quaestiones faciendo et determinando. Sexto dicendo notabilia ad quae et qualiter induci debeat decretalis. Non tamen haec omnia specialia per ordinem servari possunt, vel quia traditur oblivioni vel quia non plene providentur* (176).

Estas nuevas Universidades tenían una doble protección: pontificia y regia, lo que permitía a los estudiantes gozar de una mayor autonomía jurídica respecto a los poderes municipales (177). De esta forma, la Universidad bajomedieval surgió como una institución

(175) AGUADÉ NIETO, S. (Coordinador): *Universidad, Cultura y Sociedad en la Edad Media*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 1994; ARNALDI, G., (a cura di): *Le origini dell'Università*, 11, Mulino, Bologna, 1974; BARCALA MUÑOZ, A.: "Las Universidades Españolas durante la Edad Media", *Anuario de Estudios Medievales*, 15, Barcelona, 1985, pp. 83-126; BOWEN, J., *La Civilización de Europa, siglos VI-XII*, tomo 11 de la *Historia de la Educación Occidental*, Herder, Barcelona, 1992, 3a ed., (1975); CORBAN, A. B.: *The Medieval Universities: their Development and Organization*, Methuen, London, 1975; DE RIDDER-SIMOENS, H. (ed.): *Las Universidades en la Edad Media*, vol. 1 de la *Historia de la Universidad en Europa*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1994 (1992). GALINO, M.^a A., *Historia de la Educación. Edades Antigua y Media*, Gredos, Madrid, 1973 (2.a ed.); JIMÉNEZ, A., *Historia de la Universidad Española*, Madrid, Alianza Editorial, 1971; LE GOFF, J.: *Los intelectuales en la Edad Media*, Gedisa, Barcelona, 1986, 1957; PILZ, A., *The World Medieval Learning*, Basil Blackwell, Oxford, 1981; RÁBADE, M.^a del P., *Las Universidades en la Edad Media*, Arco Libros, Madrid, 1996; VERGER, J., *Les Universités au Moyen Age*, PUF, Paris, 1973; VERGER, J. *Gentes del Saber en la Europa de finales de la Edad Media*, Ed. Complutense, Madrid, 1999 (1997); WIERUSZOWSKI, H., *The Medieval University: Masters, Students, Learning*, Princeton, New York, 1966.

(176) HOSTIENSE, *Summa aurea*. Turin, 1576. X 5.5. Crf. GARCÍA Y GARCÍA, A.: "Los estudios jurídicos en la Universidad medieval". *Estudios sobre la canonística portuguesa medieval*, Madrid, 1976, p. 45.

(177) COBBAN, A. B., *The Medieval Universities: Their Development and Organization*, ob. cit., pp. 21-22.

docente, cuyos grados debían ser reconocidos por la autoridad del monarca y del pontífice –*auctoritate regia et auctoritate pontificia*–, por lo que si carecían de esta autorización, se veían postergadas a una categoría intermedia, a meros *studia* generales o particulares, o a escuelas catedralicias, como la de Santiago de Compostela, Salamanca (178) o Tudela (179). No obstante, el concepto de *studium generale*, tal y como se refleja en Las Partidas, se fue identificando con el de *universitas* (180). En este sentido, para el autor del texto Alfonsino, un Estudio General sería el lugar en el que se impartirían saberes tales como la filosofía, la gramática, la retórica, la aritmética, la astrología, los cánones y las leyes. Frente a éste, el Estudio particular poseía un ámbito más restringido en lo territorial y en sus saberes, bien por la procedencia de sus alumnos y de sus maestros, bien por la autoridad que lo había constituido, ya que éstos no poseían la ratificación del poder pontificio o real (181):

Partidas 2,21,1

Estudio es ayuntamiento de maestros et de escolares que es fecho en algunt logar con voluntad et con entendimiento de aprender los saberes. E son dos maneras de él. La una es la que dicen Estudio general, en que hay maestros de las Artes, así, de Gramática, Lógica, Retórica, Aritmética, Geometría, Música y Astronomía y también en que hay maestros de Decretos e de Leyes. E este Estudio debe ser establecido por mandato de papa, emperador o rey. La segunda manera es la que dicen Estudio particular, que quiere decir que un maestro

(178) PÉREZ MARTÍN, A.: "Importancia de las Universidades en la Recepción del Derecho Romano en la Península Ibérica". *Studi Sassaresi. Atti del Colloquio su Cultura ibérica e diritto romano*, 8, Sassari, 1980-1981, p. 284

(179) GOÑI GAZTAMBIDE, J.: "Alejandro IV y la Universidad proyectada por Teobaldo II en Tudela". *Príncipe de Viana*, 58 (1958), pp. 47-51; "Los obispos de Pamplona del siglo XII". *Anthologica Annua*, 13 (1965), p. 160; "La formación intelectual de los navarros en la Edad Media". *EEMCA*, 10 (1975), pp. 149-178.

(180) ERMI, G.: "Il concetto di Studium generale". *AG*, series V,7 (1942), pp. 3-24; GARCÍA Y GARCÍA, A., "La enseñanza universitaria en Las Partidas". *Glossae* 2 (1988-90), pp. 107-118.

(181) DOLEZALEK, G.: "Observaciones sobre el desarrollo del derecho común hasta la época de Alfonso X el Sabio". *España y Europa. Un pasado jurídico común*. *Glossae*, Murcia, 1986, p. 27.

enseña en alguna villa a un grupo de pocos escolares. Un Estudio como éste lo puede mandar hacer un obispo o el concejo.

Frente a la decadencia del estudio del Derecho sufrido durante los siglos posteriores a la caída del Imperio romano, éste renace al inicio de la Baja Edad Media con el nacimiento de las Universidades. Esta realidad la vemos reflejada en la temprana aparición de obras como las *Exceptiones petri*, cuyo contenido es tomado del *Corpus Iuris Civilis*, o el *Liber papiensis* (182) y la *Lombarda* (183), aunque no se consolidará hasta la *renovatio* realizada por Irnerio en la escuela de Bolonia (finales del s. XI), quien no sólo le otorgó al Derecho de un carácter autónomo, sino que lo orientó al estudio del Derecho justiniano sobre la base de los textos originarios, y no a través de extractos y epítomes tardíos, lo que le permitió emprender la tarea, seguida por la escuela de los glosadores, de fijar el significado de la compilación justiniana, ordenando y completando los libros y títulos del *Corpus Iuris Civilis* (184). Esta labor de Irnerio, conjuntamente con el Decreto de Graciano, constituirá el punto de partida del nacimiento de la jurisprudencia medieval (185).

Este florecimiento del estudio del Derecho romano no estará exento de un interés político: la denominada polémica de las investiduras. Como acertadamente señala GARCÍA MARÍN, la soberanía fue el punto de llegada de un "largo y áspero camino" que tanto el rey como los juristas bajo-medievales habían recorrido para lograr la deseada *plenitudo potestatis*, y en este árduo camino se interponía la lucha de las investiduras, con la que la Iglesia, en la persona del Romano Pontífice, reivindicará el derecho de representar la continui-

(182) BESTA, E., *Introduzione al diritto commune*, Giuffrè, Milano, 1932, p. 30, en torno al *Liber Papiensis* recoge la siguiente afirmación del glosador anónimo del siglo XI: *De ceteris causis, quae in lege Langobardorum expressae non sunt commune lege vivunt, id est, lege romana quae communis est omnibus ... in ceteris vero causis lex communis Romanorum pariter utroque (romani et longobardi) comprehendat.*

(183) CALASSO, F., *Medio evo del diritto*, ob. cit., pp. 309 y ss.

(184) BESTA, E., *L'opera d'Irnerio. Contributo alla storia del diritto italiano*, Turín, 1896, I., p. VII.

(185) TAMAYO Y SALMORÁN, R., *La Universidad, epopeya medieval*, ob. cit., p. 31; *La Jurisprudencia y la formación del ideal político*, ob. cit., pp. 67-84, a quien seguimos en este planteamiento.

dad del poder imperial. En efecto, el papado, que asumía por primera vez el título de *Vicario de Cristo*, reclamaba también la *plenitudo potestatis*, plenitud que no se circunscribía a una *auctoritas sacrata* por encima de la potestad regia, sino que llegaba hasta la potestad regia, aquella que decidía sobre el recto uso del poder coercitivo, y que dio origen a la doctrina del poder indirecto, de la teoría de las dos espadas –*potestas indirecta*–. De acuerdo con esta concepción, el Papa podía disponer de los príncipes, y disolver el vínculo de fidelidad feudal, si así lo juzgaba preciso. Juicio que, como manifiesta Inocencio III, no se emitía conforme a criterios de política, sino *ratione peccati*, es decir, por razones de índole moral y espiritual, y siempre en la lógica de la subordinación de los reyes –vasallos– al Papado –feudatario (186)–.

No cabe duda que esta doctrina de la *plenitudo potestatis* del Romano Pontífice conformaba una auténtica teoría de la soberanía limitadora del poder temporal, ya que no trataba de convertirse en una verdadera *potestas directa*, por entender que al papado le habían sido confiadas las dos espadas, no para el ejercicio habitual del poder temporal, sino para la salvación de los hombres y del mundo (187).

En este sentido, la doctrina de la *plenitudo potestatis* reiteraba, en término de poderes, la neta superioridad de lo espiritual sobre lo temporal (188). Ahora bien, tal supremacía se aseguraba mediante un Derecho que convertía al poder temporal en brazo secular del espiritual, confiriendo al Papa el derecho a instituir y destituir a los reyes, lo que implicaba su soberanía sobre la base del primado de lo sacral sobre lo terrenal (189).

Para contrarrestar este poder, el rey, siguiendo los principios acuñados por el Derecho romano: *quod principi placuit, legis habet vi-*

(186) BURS, J. H., *The Cambridge History of Medieval Political Thought*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, pp. 300-305; ULLMANN, W., *Principios de gobierno y política en la Edad Media*, ob. cit., pp. 23 y ss; *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, ob. cit. pp. 33 y ss; *Escritos sobre teoría política medieval*, Eudeba, Buenos Aire, 2003, p. 201.

(187) SABINE, G. H., *Historia de la teoría política*, FCE, Buenos Aires, 1994.

(188) BLACK, A., *El pensamiento político en europa, 1250-1450*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, p. 65.

(189) ULLMAN, W., *Principios de gobierno*, ob. cit., pp. 72-86.

gorem o Princeps legibus solutus est, reclamó para sí la creación del Derecho, en un momento en que se apreciaban ya los primeros testimonios de la difusión del Derecho común. Así lo hallamos en los reinos de Castilla y León, bajo la regencia de Alfonso VIII (1158-1248) y, fundamentalmente, de Alfonso X (1188-1230) (190), cuya obra, como señala PÉREZ MARTÍN, es reflejo de los dos estilos justinianeos: de las *leges*, representadas en el Fuero Real, y del *ius*, recogido en Las Siete Partidas (191) y en el Setenario (192). No en vano, en el mismo prólogo del Fuero Real, Alfonso X rechaza la creación libre del Derecho a través de las *fazañas*, quedando esta función reservada a la *summa potestas* del monarca, a quien le correspondía crear Derecho con el consejo de *sabidores de derecho*, expertos formados en las Universidades europeas (193), en las que salían como doctores en *utruisque ius* (194).

(190) MARTÍNEZ Díez, G.: "Los comienzos de la Recepción del Derecho Romano en España y en el Fuero Real". *Diritto commune e Diritto locale nella storia dell'Europa. Atti del convegno di Varenne*. Milano, 1980, p. 258; IGLESIA FERREIRÓS, A.: "La labor legislativa de Alfonso X el Sabio". *España y Europa. Un pasado jurídico común*. Murcia, 1986, pp. 286-287.

(191) GARCÍA-GALLO, A.: "La obra legislativa de Alfonso X". *AHDE*, 44 (1974), p. 640-641: "la elaboración del Libro supone el apartamiento del Derecho hasta entonces vigente en Castilla y una aproximación o plena aceptación del Derecho romano y canónico. Con anterioridad, HINOJOSA, E.: "La recepción y estudio del derecho romano en España". *Obras*. III. Madrid, 1974, p. 324: "La historia de la recepción del Derecho romano en España, está enlazada íntimamente con la de las Siete Partidas ... que no hizo sino transcribir en muchos puntos las disposiciones contenidas en los Códigos justinianeos".

(192) PÉREZ MARTÍN, A.: "La obra legislativa Alfonsina y su puesto que en ella ocupan las Partidas". *Glossae* 3, 1992, p. 19.

(193) En palabras de García y García, los estudiantes constituyeron "el elemento principal que hizo posible la entrada, aclimatación y utilización del Derecho romano en la Península". Cfr. GARCÍA Y GARCÍA, A., "La penetración del Derecho Romano en la España medieval". *ISD*. Salamanca, 1985, p. 66.

(194) PÉREZ MARTÍN, A.: "El Fuero Real y Murcia", ob. cit., pp. 69-71.

Ante el vacío cultural reinante en los distintos reinos peninsulares (195), los estudiantes, mayoritariamente clérigos (196), marcharon a las Universidades extranjeras –*peregrinatio accademica* (197)–, preferentemente italianas y del mediodía francés, para realizar estudios en ambos derechos (198). Una vez superada su etapa de aprendizaje o de magisterio, regresaban para ocupar importantes cometidos como prácticos del Derecho en las Cancillerías civiles (199) o en los altos puestos eclesiásticos (200), en cuyos cargos aplicaban el Derecho aprendido –el *ius commune*–, y de cuyo aporte documental nos dan buena cuenta el catálogo de bibliográfico que traían de sus estancias universitarias, y del que irán adquiriendo con el paso de los años (201), bibliotecas que demuestran una presencia constante del Derecho común, tanto a nivel doctrinal como de práctica jurídica, como así lo atestiguan la vigencia alcanzada por obras

(195) GIBERT, R., "La enseñanza del Derecho en Hispania durante los siglos VI al XI". *IRMAE*, París, 1967. pp. 54 y ss.; LINAGE CONDE, A.: "El monacato en España e Hispanoamérica". *Instituto de Historia de la Teología Española*, Subsidia 5. Salamanca, 1977, pp. 56-67; BELTRÁN HEREDIA, V., Bulario de la Universidad de Salamanca. I. Salamanca, 1966, pp. 47-48 y 588-89.

(196) PÉREZ MARTÍN, A.: "Estudio de la Recepción del Derecho común en España". *Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado, Nuevas técnicas de investigación*. Bellaterra, 1988, p. 249; "Importancia de las Universidades", ob. cit., pp. 304-321.

(197) La presencia de estudiantes castellanos en las Universidades italianas fue constatada desde antiguo por la historiografía jurídica. SAVIGNY, F. C, *Storia del Diritto Romano nel medio evo*. Reed. Laterza, Roma, 1972. I, p. 561.

(198) GARCÍA Y GARCÍA, A.: "La canonística medieval en Galicia", *Collectanea Scientifica Compostelana*. Santiago de Compostela, 1981, p. 22 y ss; "En torno al Derecho romano en la España medieval". *ISD*. Salamanca, 1985, pp. 69-72; "La penetración del derecho clásico medieval en España", *AHDE*, XXXVI (1966), pp. 575-592; *En el entorno del Derecho Común*. Dykinson, Madrid, 1999.

(199) BARRERO GARCÍA, A. M.^a: "Un formulario de cancillería episcopal castellano leonesa del siglo XIII". *AHDE*, 46 (1976), pp. 771-711, doc. núms. 3, 5, 24, 25, 36 y 37.

(200) PESET, M. y GUTIÉRREZ CUADRADO, J., *Clérigos y juristas en la Baja Edad Media castellano-leonesa*. Senera, Vigo, 1981, pp. 55 y ss

(201) GARCÍA Y GARCÍA, A.: "El derecho común medieval en las bibliotecas de Galicia", *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, 1 (1988), pp. 189-198; RABADE OBRADO, M. R., *Las universidades en la Edad Media*. Arco, Madrid, 1996.

de Derecho procesal como la *Margarita de los pleitos* y la *Summa aurea de ordine iudiciario* (202).

Un buen ejemplo de esta proliferación de bibliotecas y libros de *ius commune* es el que hallamos en un protocolo del Real Colegio Seminario del Corpus Christi de Valencia, datado en 1309, en el que se recoge un testamento del Doctor en Derecho Sanz Pere de Montalban, en cuyo inventario de bienes se hace constar la existencia de un *Digesta Nova*, un *Digesta Vella*, un *Gillermus de Cuneo*, una *Segunda Part Novelles*, un *Enforcada –Inforciatum–*, una *Lectura Barthol*, una *Summa de Ostiench –el Hostiense–*, una *Secunda pars Novellae*, unas *Obres de Barthol*, una *Secunda pars lectures Hostiense*, un *Digestum Vetus*, un *Digestum Nova*, una *Lectura de Barthol sobre Enforcada*, un *Jacme de Bellvis*, un *Barthol sobre primera part Enforcad*, una *Lectura Barthol*, una *Novella sobre Sisse –Libro Sexto de las Decretales–*, una *Prima part lectures sobre Libre Inforcada*, un *Inventarium iuris*, una *Instituta* y un *Jacobus de Ravena* (203).

Este acopio de libros en los fondos bibliográficos de las Universidades españolas, fue, en no pocas ocasiones, fruto del depósito de los universitarios, quienes, al abandonar la Universidad, solían dejar buena parte de sus libros, como así lo atestigua una carta de Mayans y Ciscar a su padre. Carta datada el 9 de mayo de 1722 [*Colección de cartas eruditas*]:

Porque como esta universidad [Salamanca] fue algún tiempo tan numerosa que tenía más de 14 mil estudiantes, todos procuravan traer buenos libros i aquí se quedavan la mayor parte. Con lo qual ha sucedido que siendo pocos los estudiantes, son innumerables los libros (204).

(202) CERDÁ, J.: “La Margarita de los pleitos de Fernando Martínez de Zamora”. *AHDE*, 20 (1950); PÉREZ MARTÍN, A., *El derecho procesal del ius commune en España*. Universidad de Murcia, Murcia, 1999.

(203) Cfr. GRAULLERA SANZ, V., *Los primeros juristas valencianos. Valencia en la Baja Edad Media. Siglos XIII-XIV*. Universidad de Valencia, Valencia, 2000, p. 56.

(204) BERNAD SEGARRA, L. y OBARRIO MORENO, J. A., *Manual práctico de tradición romanística*. Dykinson, Madrid, 2010.

Fruto de este contexto, a lo largo del siglo XIII –y por iniciativa regia–, en los distintos reinos peninsulares se crearon las primeras Universidades. Así, entre los años 1208 y 1214, Alfonso VIII de Castilla, a partir de la escuela catedralicia (205), erigió la Universidad de Palencia. Hacia 1218, Alfonso IX de León fundó la Universidad de Salamanca –vinculada a una preexistente escuela catedralicia–. Hacia mediados de siglo, los reyes de Castilla promovieron la Universidad de Valladolid. En Aragón, Jaime II erigió la Universidad de Lérida en 1279-1300 (206). En Portugal, rey Dionís fundó la Universidad de Lisboa en 1288-1290, siendo trasladada a Coímbra en 1308.

En torno al estudio del Derecho, en una carta real de Alfonso X datada en 1254, se nos da una fehaciente información de las cátedras existentes en la Universidad de Salamanca, así como de su dotación, cuyas enseñanza consistía en la explicación de los pasajes recogidos en el *Corpus Iuris Civilis* y el *Corpus Iuris Canonici*, materias y planes de estudios que eran idénticos o muy similares en todas las Universidades de Europa (207):

De los maestros mando e tengo por bien que hayan un maestro en leyes e yo que le dé quinientos maravedís de salario por el año, e él que haya un bachiller canónigo.

Otrosí mando que hayan un maestro en decretos e yo que le dé trescientos maravedís cada año.

Otrosí que hayan dos maestros en decretales e yo que les dé quinientos maravedís cada año (208).

(205) En torno al 1184-1194, Alfonso VIII fundó el Estudio de Palencia, para lo cual, como nos describe el arzobispo Rodrigo Jiménez de Rada, trajo profesores de Italia y Francia: *Enuio (el Rey) por sabios a Françia et a Lombardia ... et tomo maestros de todas las sciencias e ayutolos en Palençia ... por uenir de los clrerigos de todas las Espannas, et dioles grandes soldadas, porque tod'aquel que delos saberes aprender quisiere, que allí uenga*. Cfr. JIMÉNEZ DE RADA, J., *De rebus Hsipaniae*. Lib. 7, Cap. 34. Madrid 1793, p. 174.

(206) En el cual podía leerse: “por ser oportuno que se recojan los frutos procedentes de las semillas que los más avisados habían sembrado con sus estudios, y que se pongan fin a la necesidad de implorar limosna de la ciencia en naciones extranjeras”. Cfr. BROCA, G. M.^a, *Historia del Derecho civil de Barcelona* ... Reed. Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1985, p. 383.

(207) PÉREZ MARTÍN, A.: “Importancia de la Universidad”, ob. cit, pp. 255-232.

(208) BELTRÁN HEREDICA, V., *Cartulario de la Universidad de Salamanca*, ob. cit., pp. 604-606.

Posteriormente, el propio Alfonso X fija en las Partidas la enseñanza de ambos Derechos en el ámbito universitario, tal y como se recoge en los *Statuta Ecclesiae Hispalensis* de 1261:

... quem nos Raimundus archiepiscopus supradictus magistro Ferrando Garsie doctori decretorum contulimus, licet sit canonicus extrauagans, posimus alias duas dignitates duobus canonicis extrauagantibus, infra iiii annos a data iustius litere, qui sint magistri in sacra teologia uel in decretis uel domini legum, et non aliis et nolumus ad hoc necesitate nissi [sic] secundum quod nos predictus Raimundus archiepiscopus duximus ordinandum. Et si forte talibus canonicis extrauagantibus dignitates conferantur, ad minus per annum in illa facultate in qua doctors fuerint in ciuitate Ispalensi ex debito regere teneatur, et tam magister Fernandus archidiaconus Eleplensis quam alii qui de canonia extrauaganti ad dignitate asumentur, illa portione que datur ratione dignitatis tantumodo sint contenti... (209).

Esta concepción se halló vigente en buena parte del Derecho medieval y moderno, como puede observarse en el Ordenamiento de Alcalá:

Ordenamiento de Alcalá, Título XXVIII, Ley 1 (1348)

Empero bien queremos, è sofrimos que los libros de los derechos, que los Sabios antiguos ficion, que se lean en los Estudios generales de nuestro Sennorio, porque ha en ellos mucha sabiduria, è queremos dar lugar que nuestros naturales sean sabidores, è sean por ende mas onrrados (210).

No será hasta el siglo XVIII cuando la concepción medieval del estudio comience a ser cuestionada (211), como podemos leer en

(209) COSTA Y BELDA, E.: "Las constituciones de don Raimundo de Losa-ña para el Cabildo de Sevilla (1261)". *HDI* 5 (1978), pp. 224-225.

(210) Sobre el orden de prelación dispuesto en Alcalá, véase el estudio de PÉREZ MARTÍN, A., "El Ordenamiento de Alcalá (1348) y las glosas de Vicente Arias de Balboa", *Ius Commune* 11 (1984), en particular pp. 98-99.

(211) MAYANS Y CISCAR, G., carta de 11 de abril de 1722. *Colección de cartas eruditas*. Valencia, 1791: ... *siendo esta materia de colaciones tan práctica, si solamente hablo del derecho romano, tendré aceptación en sólo los cathedráticos i estudiantes, pero no en los prácticos, que son los que más levantan el grito en la república. I assí que tiene [el pavorde Juan Bautista Ferrer] por mui conveniente que añada el derecho práctico, lo qual*

las obras de juristas como SARMIENTO (212) o BERNÍ CATALÁN, quienes repudian el uso del latín y el abuso del estudio del Derecho romano en detrimento del patrio (213): "... porque el Derecho Civil de Romanos no manda en España, según resulta del *tít. 1. part. 1.* de forma, que las Leyes Civiles se consideran por sentencias de Sabios, que solo pueden seguirse en defecto de Ley, y en cuanto se ayudan por el Derecho Natural, y confirman el Real, que es propiamente Derecho Común, *Auto I. tít. I lib. 2 Recop.* Pero siendo nuestras Leyes loadas, y aplaudidas por todo el Orbe, *Auto 3. tít. 2 lib 3 Recop.* solo necessitamos de estudiar nuestras Leyes, y nada tendrèmos que aprender, ni embidiar de otras Leyes humanas..." (214).

Así, cabe afirmar que la Universidad, hasta la reforma de Carlos III en 1770 (215), tan sólo se estudiaba el Derecho y las fuentes romano-canónicas (216), apareciendo en 1771 el primer libro de

a mí me será mui fácil viendo a Antonio Gómez i tres o quatro letrados, los más afamados. Cosa que en doce días está echa. Me ha parecido esto mui bien, pues de essa forma no habrá abogado que no tome este librito i que en mui poco papel i casi nada de coste, no tenga un derecho tan usual como éste...

(212) Fray MARTÍN SARMIENTO, Acuerdo del Consejo de 16 de diciembre de 1713: *Porqué los catedráticos y profesores pasan la flor de la vida en el estudio del derecho civil de los romanos, mirando nuestras patrias leyes con desdén y aun con desprecio, incapacitándose así de salir de las universidades a regentar los empleos de jueces de las Chancillerías, Audiencias y Tribunales, donde precisamente deben sentenciar las leyes del Reino y con cierta noticia y conocimiento de ellos, y de ninguna manera por el Derecho civil.* Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L., *Fray Martín Sarmiento y el mundo del Derecho*. Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2005.

(213) RODRÍGUEZ ENNES, L.: "La progresiva sustitución del latín universitario por las lenguas vernáculas". *BRAH*, CCVII, cuaderno 1, pp. 31-45.

(214) BERNÍ Y CATALÁ, J., *Apuntamientos sobre las Leyes de Partida a tenor de Leyes Recopiladas, Autos Acordados, Autores españoles, y practica moderna*, Valencia, 1759.

(215) PESET, M., *Las viejas Facultades de Leyes y Cánones del Estudi General de Valencia*. Universidad de Valencia, Valencia, 2006, pp. 37-61.

(216) Aunque el Auto Acordado de 4 de diciembre de 1713 insistió sobre la preferencia en la aplicación del Derecho real frente al romano-canónico (Nueva Recopilación 2, 1, 1), lo cierto es que tuvo escasa acogida; tampoco lograría imponer la denominación de "Derecho Común" para el castellano (y no para el romano-canónico), según se desprende del escaso –o mejor dicho, nulo– uso que se hace de ésta en este sentido en la práctica forense del XVIII; otra aproximación legislativa en esta línea, anterior

texto para la enseñanza universitaria del Derecho real (217). Desde ese momento, cada Universidad fue introduciendo, con mayor o menor premura, la enseñanza de un Derecho real (218) –y no siempre

a las reformas de Carlos III, puede apreciarse en el Auto Acordado del 29 de mayo de 1741, por el que se ordenaba que, «junto al Derecho de los romanos», se estudiaran las leyes del reino, resaltándose las analogías y diferencias (Autos Acordados 2.1.3, resumido en NoR 3, 2, 11 nota 3); en 1768 Olavide elaboró un plan de reforma de las Universidades, según el cual la carrera de derecho duraría cuatro años, con un solo profesor por curso: en el primer curso se estudiaba Derecho natural y de gentes, base de toda cultura jurídica, por los *Elementos* de Heinecio; en los cursos 2 y 3 las *Instituta* con el comentario de Vinnio y las Notas de Heinecio; en el curso 4.º Derecho canónico; el curso 5.º era de pasantía o práctica forense, simultaneándola con el estudio de la Política, preferentemente según las *Instituciones* de Bielefield; al respecto, véanse los estudios –ya citados– de ÁLVAREZ DE MORALES, *La Ilustración y la reforma de la Universidad en la España del siglo XVIII*; PESET REIG/PESET REIG, *La Universidad española (siglos XVIII-XIX). Despotismo ilustrado y Renovación liberal*; PESET REIG, “Derecho romano y Derecho real en las Universidades del siglo XVIII”.

(217) JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO, I. /DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, M., *Instituciones del Derecho civil de Castilla*. Madrid, 1771; al respecto, véase PESET REIG, M.: “Derecho romano y Derecho real en las Universidades del siglo XVIII”. *AHDE* 45 (1975) pp. 325 ss.

(218) En 1771 las Universidades de Salamanca, Valladolid y Alcalá instituyeron por vez primera *cátedras de Derecho real* proponiendo que éste se enseñara a base de las leyes mismas al no existir compendios o manuales; la Universidad de Granada aprobó un plan en 1776 por el que, además de las cátedras tradicionales, introdujo una cátedra de Historia del derecho (proponiéndose como guía la obra de J. VICENTE GRAVINA, 1664-1740, *Originum juris civilis libri tres*) y otra de Derecho político universal (señalando como texto las *Institutiones juris naturae et gentium*, de Juan Bautista Almicí, y el *Ius naturae et Ius gentium*, de Anselmo Desing); para el estudio del derecho nacional se señalaban las *Instituciones*, de ASSO y DE MANUEL, y los *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, de Juan Francisco DE CASTRO (1765); la Universidad de Valladolid propuso estudiar el Derecho romano y el Derecho nacional juntos sobre la base de la obra de Torres y Velasco, *Institutiones hispanico-theoricae comentate*, así como los *Discursos críticos* de J. F. DE CASTRO; en Alcalá se instauró el estudio de leyes según el plan tradicional, sin nuevas cátedras, mientras en Derecho Canónico se basó la enseñanza en autores franceses regalistas (INOCENCIO CIRONIO, ENGEL y ZOESIO, DOUJAT y VAN ESPEN); en Valencia se crea la cátedra de Derecho natural con el texto de Almicí, y el Derecho nacional con las *Instituciones* de ASSO y DE MANUEL; para Salamanca, véase ALONSO ROMERO, P., “Del «amor» a las leyes patrias y su «verdadera inteligencia»: a propósito del trato con el De-

a costa o en detrimento del Derecho romano (219)– y de unas lenguas vernáculas, lo que no fue elogiado de forma unánime por los juristas de la época:

Carta Borrull enviada a Mayans: *Yo ya metido en esta indigestión de practicones, ni me acuerdo de un texto, ni sé si entenderé el latín si me ponen delante a Cicerón, tal es la algaravía y confusión de estos pragmáticos que ni los entiendo, y me hazen olvidar aquello poco que supe* (220).

2.3. LA DOCTRINA DE LOS DOCTORES COMO FUENTE DEL DERECHO: LOS JURISTAS

2.3.1. El *ius interpretandi*

Al margen de la posición que el Derecho común tuviera con relación al Derecho propio, en la práctica judicial, ya fuera por las alegaciones jurídicas o por las decisiones de los comentaristas (221), la *communis opinio doctorum* se convirtió, paralelamente al *ius in-*

recho regio en la Universidad de Salamanca durante los siglos modernos”, *AHDE* 67-1 (1997), pp. 529-549; para la Universidad de Santiago, MONTANOS FERRÍN, “La aplicación del *Ius Commune* en el siglo XVIII en Galicia”, pp. 51-54; respecto a Valencia, véanse los estudios de PESET REIG, M., “Felipe V y la Universidad de Valencia. Las constituciones de 1733”, *AHDE* 43 (1973), pp. 467-480; “La enseñanza del Derecho y la legislación sobre universidades durante el reinado de Fernando VII (1808-1833)”, *AHDE* 38 (1968); “Universidades y enseñanza del Derecho durante las regencias de Isabel II (1833-1843)”, *AHDE* 39 (1969), pp. 481-544; así como de otros de los que tenemos noticia, publicados por sus discípulos (Pilar GARCÍA TROBAT, Yolanda BLASCO, Carles TORMO CAMALLONGA, etc.).

(219) La Universidad de Valencia no dispuso la enseñanza del Derecho real hasta la primera mitad del siglo XIX, merced a “los planes de 1802 ó 1807, en que el Derecho real se impone a costa, no del romano, sino de la práctica privada” (TORMO CAMALLONGA, C., *El Colegio de Abogados de Valencia entre el Antiguo Régimen y el Liberalismo*, ob. cit., p. 262).

(220) BORRULL Y VILANOVA, F. J., Carta Borrull enviada a Mayans. *Colección de cartas eruditas*. Valencia, 1791. Cfr. BERNAD SEGARRA, L. y OBARRIO MORENO, J. A., *Manual Práctico de tradición romanística*, ob. cit., p. 120.

(221) BARRIENTOS GRANDÓN, J., “La literatura jurídica indiana y el *ius commune*”, *Historia de la literatura jurídica en la España del antiguo Régimen*. I. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 209.

terpretandi de los monarcas bajomedievales (222), en una regla válida para la interpretación de los numerosos vacíos normativos que en los Ordenamientos se originaban, por lo que se tuvo como un criterio de autoridad válido tanto para analizar y aplicar los principios y máximas del Derecho romano-canónico, como para otorgar respuestas jurídicas a las cuestiones planteadas (223), o para dar cabida a las nuevas figuras jurídicas que iban surgiendo en los albores de la Edad Media (224).

En concreto, la denominada doctrina de los doctores, en virtud del método empleado –de clara orientación casuística y forense–,

(222) La labor interpretativa del emperador, presente ya en el *Corpus Iuris* –C. 1,14,1; 1,14,12–, fue asumida con prontitud por la doctrina medieval: AZO, *Summa super Codicem*, Rub. *De legibus*; ACCURSIUS, *Digestum Vetus*, rub. *De legibus*, gl. *Si de interpretatione*; *Codicis Iustiniani*, rub. *De legibus*, gl. *inter aequitatem*; gl. *Solis*: *Sed nonne consuetudo potest interpretari ... Et praeterea, nonne senatus potest interpretari? Distingue, quaedam est interpretatio generalis, et necessaria et in scriptis redigenda, et ista soli Imperatori competit. Quaedam est generalis, et necessaria, et in scriptis non redigenda, quae competit consuetudini. Alia nec generalis, nec necessaria, nec in scriptis redigenda, et ista neminem ligat. Ad hoc autem, quod dicitur, quod senatus potest interpretari, dicas, quod, haec dicto solus, non excludit populum romanum*; SAXOFFERATO, B. de, *In Primam Codicis Partem Praelectiones*, Rub. *De legibus*, lex 1, núm. 7; lex 11, núm. 2: *Debes scire, quod quaedam est interpretaio generalis, et necessaria, et in scriptis redigendam, et istam potest facere solus princeps; lex 11, num. 2: Secondo notatur, quod solus Imperator potest legem condere, et interpretari.*

(223) PIANO MORTARI, V., “L’argumentum ab auctoritate nel pensiero dei guiristi medievali”, ob. cit, pp. 77-91; “Cultura medievale e principio sistematico nella docttrina esegetica acursiana”, ob. cit, pp. 95-151; del mismo autor, “Il problema del’interpretatio iuris nei commentatori”, pp. 154-262 (todos ellos en *Dogmatica e interpretazione*. Napoli, 1976); CARPINTERO, F., “Mos italicus, mos gallicus y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica. *Ius Commune*. 6 (1977), ob. cit., pp. 108-171; del mismo autor, “En torno al método de los juristas medievales”, ob. cit., pp. 617-642.

(224) CALASSO, F., *Introduzione al diritto comune*, ob. cit., pp. 38 ss.; *Medioevo del Diritto*, p. 614; WIAECKER, F., *Historia del derecho romano en la Edad Media*, ob. cit., pp. 38 ss.; BRAGA DA CRUZ, G. *El Derecho subsidiario en la historia del derecho portugués*. Real Academia de Jurisprudencia Madrid, 1971, pp. 41 ss.

no fue tenida como una mera *ratio legis* abstracta y compleja (225), sino como fuente de Derecho y de interpretación, por ser ésta la que podía dar las respuestas a las numerosas deficiencias jurídicas que el *ius proprium* propiciaba; para lo cual no dudó en recurrir a una amplia selección de textos legales, que iban desde las fuentes justinianeas –*Instituta*, *Codex* y *Digestum* (226)– a los textos jurídicos del bajo-medievo, o a una copiosa pluralidad de criterios doctrinales, lo que otorgaba un valor vinculante a sus opiniones, dotándolas de mayor garantía jurídica. No en vano, aunque de forma reiterada se afirmaba que lo importante no era el número de los autores que se citaba, sino su calidad o trascendencia jurídica –*sententias non ex numero sed ex ratione meriri oportet* (227)–, el elenco de obras venía a confirmar que éstas no sólo se utilizaban para acreditar su mayor erudición, sino para corroborar sus conclusiones, ya que rara vez vemos una frontal oposición. Así, en las alegaciones jurídicas o en los distintos tratados se recurre –como criterio de autoridad– a glosadores como AZÓN, ACURSIO o GODOFREDO, a comentaristas como BÁRTOLO, BALDO, JASÓN DE MAINO o PABLO DE CASTRO; a consiliadores como SORDO o DECIO; a autores del *mos gallicus* como CUJACIO, FAVER o DONNELLO; e incluso dentro de las fuentes puramente literarias, a vemos con frecuencia citas a obras de CÍCERÓN o de AULIO GELIO.

En este sentido, los juristas fueron explícitos al afirmar que si bien los distintos Ordenamientos solían tener una regulación minuciosa, la doctrina y la práctica estatutaria, ante el vacío normativo existente, se vieron obligados a recurrir a la aplicación de las fuentes romanas y a la literatura jurídica del *ius commune*. La razón cabe hallarla en que las fuentes jurídicas romanas no sólo servían para refrendar las construcciones doctrinales, sino que eran tomadas como punto de partida para crear un sistema *iuris* donde los *iura propria* sólo podían ser interpretables con el auxilio del *ius commu-*

(225) TROBAT, J. B., *Tractatus de effectibus immemorialis. Quaestio II*, núm. 3: *unico contextu tractandae sunt, vestigia Imperatoris Iustiniani sequendo, in principio institut. quibus modis recontrahitur obligatio*.

(226) Puede citarse, a modo de ejemplo, TROBAT, J. B., *Tractatus de effectibus immemorialis. Quaestio II*, núm. 7: *Et essentia immemorialis consistit in eo, ut de initio introductionis non sit memoria, quod probant textus principales materiae*.

(227) LARREA, J. B., *Allegationum fiscalium*. Lugduni, 1642-1645, *proemio*.

ne (228). En este sentido, cabe afirmar que el nutrido grupo de juristas que comprende el amplio período temporal que recorre el *ius commune* se arrogó el principio proclamado por Baldus de Ubaldis: *Qui vult scire consequentes debet primo scire antecedentes*, para afirmar que quien quiere conocer los consecuentes, debe, primeramente, conocer los antecedentes (229).

Esta concepción de la realidad jurídica llevó a la literatura jurídica de los distintos reinos tardo-medievales, conformada mayoritariamente por prácticos del Derecho, a rechazar sus iniciales postulados teórico-doctrinales, para adentrarse definitivamente en la realidad de la vida jurídica. Y así, cabe observar cómo se compatibilizaban en sus obras elaboraciones doctrinales y eruditas con un estilo que incidía en la práctica del foro, incluyéndose formularios, sentencias, actas notariales o meros consejos, lo que las convertía en auténticos manuales del Derecho (230).

En definitiva, como afirmara KOSCHAKER, las numerosas lagunas jurídicas, la aparición de nuevas instituciones o la dificultad de comprensión y de adecuación de algunos textos llevó a la doctrina del *ius commune* a ser canalizada por el *usus fori*, y a ser tenida su opinión como la más veraz interpretación de las leyes (231), lo que le otorgaba una fuerza vinculante semejante a la costumbre (232),

(228) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars II*, Cap. 57, núm. 44-45.

(229) UBALDIS, B. DE *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*. Venetiis, 1616. *De iustitia et iura Rub., Lege Iuri operam daturum, prooemium*.

(230) LALINDE ABADÍA, J., "La literatura foral y jurídica en el Reino de Aragón", pp. 133-149; FERRO POMÀ, V., "Los juristas catalanes de los siglos XVI y XVII", pp. 153-166; MARZAL RODRÍGUEZ, P., "Juristas valencianos de la Edad Moderna", pp. 167-197 (publicados en *Historia de la literatura jurídica en la España del Antiguo Régimen*. Marcial Pons, Madrid, 2000).

(231) PIANO MORTARI, V., "L'argumentum ab auctoritate", ob. cit., p. 84, quien, citando a Coratius -*Authoritas doctorum ... ex duobus fontibus emanare dicitur, nempe ex scientia, seu peritia seu doctrinae excellentia et morum honestate, ac animi probitate*- sostiene: "Era, perciò, tale presunzione di verità che assicurava prestigio e credito alle opinioni dottrinali più autorevoli e comuni".

(232) GÓMEZ, A., *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum*. Matriti, 1780. *Opera Omnia*. I, *ad legem primam*, 9, 6.

toda vez que ésta era confrontada y sometida al *argumentum veritate* para hallar la *optima ratio* (233).

Pero este esfuerzo por ordenar el Derecho propio según los principios rectores del Derecho romano-canónico (234), así como el de adecuar la exégesis de las fuentes de tradición romana a los problemas y necesidades de cada época, desembocó en la aparición de numerosas opiniones que, si bien no siempre fueron contradictorias entre sí, hacían difícil su correcta aplicación al caso en litigio (235).

2.3.2. La estructura formal de los tratados y comentarios

Por lo que hace referencia a la estructura formal de sus obras, dentro de la escuela estatutaria cabe hablar –aun con lógicas variantes– de una sistemática expositiva, en la que, a través del recurso a la cita legal, de los criterios de autoridad, de las proposiciones dialécticas (236) o de las *quaestiones disputatae* (237) –*arguendo et disputando veritas invenitur*–, se busca exponer y resolver las dudas que iban surgiendo de la aplicación práctica del Derecho (238).

(233) KOSCHAKER, F., *Historia del derecho romano en la Edad Media*, ob. cit., pp. 150 ss.

(234) Con carácter ejemplificador, GUTIÉRREZ, J., *Opera omnia Civilia*. Ginebra, 1729-1731. *Repetitio 1*, núm. 20: *leges regias intelligi debere per ius comune*.

(235) CARPINTERO, F., "En torno al método de los juristas medievales", ob. cit., pp. 625-627, quien sostendrá que esta pluralidad de opiniones no siempre fue pacífica ni fructífera: "llegando a provocar en el siglo xv una degeneración de todo el método jurídico, que quedó reducido en buena parte a una acumulación de opiniones sobrecada tema, de valor dudoso".

(236) SCHULZ, F., *The History of Roman Legal Science*. Clarendon Press, Oxford, 1967, pp. 124-132; BERMAN, H., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*. Harvard University Press, Cambridge, 1983, pp. 1-123; CAVANNA, A., *Storia del diritto moderno in Europa. I. Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 125-134.

(237) KANTAROWICZ, H., "The *Quaestiones Disputatae* of the Glossators", *TS* (La Haya), vol. 16 (1939).

(238) COING, H. *Derecho privado europeo. I. Derecho Común más antiguo (1500-1800)* ob. cit., p. 45 ss.; CARPINTERO, F., "En torno al método de los juristas medievales", *AHDE* 52 (1982), pp. 617-647; PÉREZ MARTÍN, A./SCHOLZ, J. M., *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*. Universidad de Valencia, Valencia, 1978, pp. 311-314.

En este sentido, Panosfky nos recuerda el gran avance que supuso el medievo en la lógica estructural de los libros, lo que propició su mayor divulgación: "Según parece únicamente a partir de la primera parte de la Edad Media se dividen los "libros" en "capítulos" numerados sin que la sucesión de capítulos implique o exprese todavía un sistema de subordinación lógica; y será solamente a partir del siglo XIII cuando se organicen grandes tratados conforme a un plan de conjunto, *secundum ordinem disciplinae*, de modo que el lector se vea conducido, paso a paso, de una proposición a otra, y esté constantemente informado de los progresos de este proceso. El conjunto está dividido en *partes* que, como la segunda parte de la *Summa Theologiae* de TOMÁS DE AQUINO, pueden estar divididas en *partes* más pequeñas, las *partes* a su vez en *membra*, *quaestiones* o *distinctio-nes* y éstas en *articuli*" (239).

Tomando como referente estas premisas, y siguiendo la exposición de Archeri, cabe resumir la lógica interna seguida en la mayoría de los comentarios de los juristas del tardo-medievo (240):

Praemitto. Siguiendo los criterios fijados por los glosadores, la mayoría de los juristas partían de un análisis filológico de las distintas voces de la norma –*secundum gramaticus*–, lo que permitía, al dar una mayor precisión y alcance terminológico a las palabras, estudiar la introducción de supuestos no específicamente incluidos en la norma (241).

Scindo. Asimismo, cabe observar cómo los autores procedían al análisis lógico de la norma, recurriendo al método escolástico, variante medieval del silogístico de ARISTÓTELES.

Summo. A continuación, se resumía brevemente el contenido de la ley –*expositio litterae*–.

(239) PANOSFKY, E.: *Arquitectura gótica y pensamiento escolástico*, Las Piquetas, Madrid, 1986, p. 41.

(240) ASCHERI, M., *I Diritti del Medioevo italiano. Secoli XI-XVI*, Carocci, Roma, 2000, pp. 263-269.

(241) CARPINTERO, F., "En torno al método de los juristas medievales", ob. cit., pp. 625-627.

Casum figuro. Expuestas las partes que configuran el comentario, se desarrollaban los distintos supuestos teórico-prácticos en que podía halla el precepto legal. Con carácter ejemplificador, en los *Comentaria* de CERDÁN DE TALLADA, en su comentario 35 nos dice: “Resuelto esto, se nos ofrece ahora una ardua duda que tuve en una causa de hecho muy difícil sobre la disposición de cierto testamento materno, en la cual la madre había instituido heredero universal a su marido, sustituyéndolo, o instituyendo, para después de su muerte, a tres hijos legítimos y naturales de dicho matrimonio, pretiriéndolos en primer grado, sin hacer de ellos mención alguna, y sin dejarles legado alguno, o *leixa*, en fin, ningún otro beneficio en dicho testamento. Así pues, ¿se entiende cumplido dicho fuero por medio de la sustitución, de modo que no se pueda decir que han sido preteridos los hijos por la madre? Y lo mismo entiendo respecto al padre” (242).

Otro ejemplo lo hallamos en el comentario recogido en el número 41, donde el autor nos informa que “Así lo he visto juzgar muchas veces en la Regia Audiencia y en el Regio Sacro y Supremo Consejo, en la sobredicha causa de la que hice mención en la duda precedente” (243).

Perlego. A continuación se desarrollan las distintas argumentaciones: *quaestio*, *argumento pro e contra*. Generalmente, las *quaestiones* –el planteamiento de una duda jurídica surgida de la interpretación de la norma o de su aplicación al ámbito de la práctica forense– venían señaladas con las palabras: *Quaere*, *ardua dubitatio* o *potes in dubium verti*.

(242) CERDÁN DE TALLADA, T., *Commentaria*, núm. 35, *Quibus expeditis offert se nunc quaedam ardua dubitatio, quam habui in facto in causa ardua, super dispositione cuiusdam testamenti materni, in quo mater instituerat haeredem universalem virum suum substituendo, seu post mortem dicti viri, instituendo tres filios legitimos et naturales eiusdem matrimonii, praetereundo ipsos a primo gradu, nulla prorsus facta mentione, nulloque relicto legato, sive leixa, aut alio denique commodo dict[is] filiis in dict[o] testamento, et sic an sit satisfactum foro per substitutionem, ita quod dici non possit filios praeteritos fuisse a matre, idem intelligo respectu patris.*

(243) CERDÁN DE TALLADA, T., *Commentaria*, núm. 41: ... *et ita vidi multoties iudicari in Regia audientia, et in Regio sacro et suppremo consilio in dicta causa, de qua mensionem [sic] fecimus in praecedenti dubitatione.*

Do causas. Expuestas las proposiciones de la *communis doctorum opinio* –*discussio factorum et errorum*–, los autores, bien se suscribían a las que consideraban las más apropiadas, bien introducían un criterio propio. Para ello se recurría a los subgéneros de las *Contrarietates*, señalando los textos y las opiniones contrarias al precepto legal –las cuales se iniciaban mediante las expresiones *contrarium, sed contras, opositio*, etc.– , y al de las *Concordantiae*, mencionando las fuentes legales y doctrinales concordantes con las estatutarias o forales –a través de las expresiones como *argumentum, ad idem, ad hoc, ut lege*–.

Connoto. Finalmente, los comentarios culminaban con una conclusión en torno a la aplicabilidad del texto foral y con un breve epílogo.

ALGUNOS ASPECTOS SOBRE EL EJERCICIO DE LA COMISIÓN O ENCARGO HECHO EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 831 CC: EJECUCIÓN DE LA DELEGACIÓN Y DE LA FIDUCIA

(125 Aniversario del Código Civil)

Luis Rueda Esteban
Notario

SUMARIO

- I. FORMAS DE EJERCICIO DE LA FIDUCIA
 - 1. Las formas materiales
 - 2. Retroacción
- II. FORMAS DOCUMENTALES DE EJERCICIO DE LA FIDUCIA
 - 1. Formas documentales
 - 2. Revocación
- III. LA EXPRESIÓN DE LA CAUSA EN EL DOCUMENTO DE EJERCICIO DE LA FIDUCIA
- IV. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES QUE CONSTITUYEN EL CAUDAL RELICTO
- V. LA ESPECIAL SITUACIÓN JURÍDICA DE PENDENCIA DE LA HERENCIA
- VI. LA DISPOSICIÓN DE LOS BIENES SOMETIDOS A LA FIDUCIA
- VII. RESCISIÓN DE LOS ACTOS DEL CÓNYUGE FACULTADO
- VIII. LA FACULTAD DE ATRIBUIR BIENES CONCRETOS DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA Y NO LIQUIDADA. EL PAGO DE LAS LEGÍTIMAS Y DISPOSICIONES DEL CAUSANTE CON BIENES DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

1. Equivalencia a la partición que realiza el fiduciario a la realizada por el testador
2. Partición de la herencia y liquidación de la sociedad de gananciales. La liquidación de la sociedad conyugal
3. Mejoras, adjudicaciones y atribuciones con bienes de la comunidad postganancial
4. Pago de legítimas y cumplimiento de disposiciones del causante con cargo al patrimonio del cónyuge facultado

IX. COLACIÓN E IMPUTACIÓN

X. EXENCIÓN DE COLACIÓN DE LOS GASTOS REALIZADOS PARA ATENDER A LAS NECESIDADES DEL DESCENDIENTE INCAPAZ

XI. LA ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD Y LA POSESIÓN POR EL FAVORECIDO CON BIENES ESPECÍFICOS Y DETERMINADOS. LA ADJUDICACIÓN DE BIENES CONCRETOS, ESPECÍFICOS O DETERMINADOS

XII. ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN. SITUACIÓN EN LOS DERECHOS FORALES

XIII. CONCLUSIONES

I. FORMAS DE EJERCICIO DE LA FIDUCIA

Nos vamos a referir en este pequeño estudio exclusivamente a la fase de ejecución de la fiducia, por lo que no nos detendremos en las facultades del fiduciario o delegado del 831 salvo por las referencias que se tengan que afrontar en el análisis de los medios que pueda utilizar para el ejercicio de la facultad que le ha sido conferida por su difunto cónyuge o pareja estable de hecho. Tampoco nos detendremos en las cuestiones de los límites a los que está sometido en virtud del ejercicio de la misma, esto es el respeto de los legitimarios –hijos y descendientes comunes y no comunes– ni a la interpretación del precepto en cuanto a la diversidad de plazos –voluntarios o legales supletorios– que se conceden con la redacción del año 2003.

El objeto de estas notas es lo que se refiere a la fase concreta de la ejecución de la fiducia en cumplimiento del encargo hecho por el

testador. Y especialmente la cuestión de la partición de la herencia que haga el fiduciario, en relación con la liquidación de la sociedad de gananciales a la que se refiere el inciso final del apartado primero del artículo 831.

En primer plano, distinguiremos entre formas materiales de ejercicio de la fiducia y formas documentales de ejecución de los actos de la fiducia.

1. Formas materiales

Tiene su regulación especial en el párrafo segundo del número 1: *"Estas mejoras, adjudicaciones ó atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno ó varios actos, simultáneos o sucesivos"*. Con lo que nos indica un principio general de posibilidad de ejecución sucesiva y dilatada en el tiempo.

Pero ya antes, en el párrafo anterior matiza: *"... en general adjudicaciones ó atribuciones de bienes concretos por cualquier título ó concepto sucesorio ó particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar"*. Respecto al causante, las adquisiciones de los herederos lo son siempre a título *mortis causa*, pero respecto al fiduciario, pueden revestir diversas formas los títulos de adquisición.

Con esta regulación, tras la reforma de 2003, se admiten todo tipo de posibilidades *inter vivos* (cualquier acto ó instrumento público de adjudicación, atribución, especificación ó donación, si bien esta última, como veremos posteriormente, no se trata de una donación); y además puede ejercitarse la facultad en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos, extremo éste que no aclaraba el precepto en su redacción anterior de 1981 y que puntualizó con éxito la redacción actual de 2003. En este caso, pueden serlo tanto a título gratuito, que será lo normal, como a título parcialmente oneroso, en cuyo caso la atribución o mejora lo será en cuanto a la parte gratuita.

Y *mortis causa* (testamento del cónyuge supérstite), en cuyo caso lo podría ser única o tan solo respecto de aquello de lo que no se distribuyó en vida del fiduciario.

La reforma de 2003 también resolvió las dudas sobre la simultaneidad o posibilidad de hacer la distribución de forma sucesiva: *"Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por*

el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos". Lo que a nuestro juicio, tiene clara interpretación y no ofrece duda, de que estamos ante una auténtica fiducia.

En el mismo sentido SIERRA PÉREZ (1), para quien el párrafo segundo del artículo 831 CC, como única exigencia, siguiendo a ALPAÑÉS (2), es que la elección de cualquiera de las formas, se haga directamente y de forma clara e indubitada, de manera que no pueda haber duda alguna sobre que la declaración de voluntad emitida por el distribuidor se refiere a la herencia del premuerto y no a la suya.

Y sin embargo, parte de la doctrina (LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (3)), estima que el nombramiento de herederos en "actos sucesivos" no es convincente. Porque a su juicio, con cierta razón, "si existen deudas, todos los herederos responden incluso con su propio patrimonio, salvo aceptación a beneficio de inventario", por lo que no parece justo cargar al heredero nombrado en primer lugar con el pago de las deudas, cosa que puede suceder si los nombramientos se hacen en actos sucesivos y distantes en el tiempo. A mi juicio, teniendo la salvaguarda del beneficio de inventario, no parece tan grave. Es más, pensando en hijos o descendientes legitimarios que han aceptado la herencia ya en esa medida, responderían de las deudas y podrían los acreedores ir no sólo contra su legítima estricta, (que ya hemos visto que el fiduciario ha de pagarla) sino también como herederos, esto es con su propio patrimonio. Por otra parte también es posible que si son legatarios y no herederos, su responsabilidad se acabe con el valor de lo legado. Por lo tanto no supone grave problema.

Además, si el cónyuge se retrasa en el nombramiento de herederos y existen deudas, los acreedores no están obligados a esperar para cobrar. Ciertamente es que podrán demandar a la "herencia yacente y los herederos presuntos", pero también podrán instar en juicio

(1) SIERRA PÉREZ, I.: "La fiducia sucesoria en Derecho común: El artículo 831 del Código Civil (LEG 1889, 27) en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (RCL 2003/2695)". *Revista de Derecho Patrimonial*. Aranzadi-Thomson. 2007. (P. 89 a 121, especialmente 113 y ss.).

(2) ALPAÑÉS, E.: "La delegación de la facultad de mejorar". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 194. Año 1953. (P. 273 y ss.).

(3) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: "El artículo 831 del Código Civil". *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LVIII, julio-septiembre de 2005. Publicaciones BOE. Madrid, 2006. (P. 1127).

al cónyuge para que nombre herederos y manifiesten si aceptan o repudian (sobre la cuestión de la *interrogatio in iure o interpellatio*, hemos tratado suficientemente en el capítulo IX (4)), por aplicación analógica del artículo 1005 CC.

No obstante, y al margen de la cuestión de las deudas de la herencia, que presentan otro ámbito de aplicación, a mi juicio, la conclusión es que las mejoras y las adjudicaciones, tanto unas como otras, lo podrán ser en uno ó varios actos, que pueden ser simultáneos ó sucesivos; y con atribución de bienes concretos ó de cuotas con asignación de cosa ó incluso de cosas con delimitación de cuota. La distribución no tiene por qué ser completa y total. Así, por ejemplo, el fiduciario asigna un bien concreto a un descendiente en concepto de mejora, sin distribuir todavía el resto y el acto puede ser de adjudicación de bienes concretos o de simple asignación de cuotas, o incluso en comunidades romanas o pro indivisos, para que luego se repartan entre los comuneros y a su voluntad los bienes entre esos favorecidos.

Para VALLET DE GOYTISOLO (5), las mejoras realizadas por el "cónyuge facultado", actualmente el fiduciario, no son, ni pueden ser donaciones, porque se actúa con bienes relictos del difunto, ó sea que ya integran la herencia y por lo tanto pertenecen a los herederos. Pero el hecho de que incorrectamente diga dona, no debe afectar a la substancia del acto que valdrá conforme su propia naturaleza. Así pues, aunque se utilice técnicamente el vehículo de la donación, realmente estamos ante una distribución, sea total o parcial. En parecido sentido LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (6), para quien no parece que el cónyuge pueda hacer donaciones (7), en sentido propio, con

(4) DÍAZ ALABART, S.: "La *interrogatio o interpellatio in iure* (art. 1005 CC)" Trabajo en homenaje Rafael GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, pendiente de publicación y facilitado por gentileza de la autora. A juicio de la misma, no cabe la *interpellatio in iure* para el caso de la fiducia del 831 CC, porque una cosa es la aceptación o repudiación de la herencia y otra muy distinta la de aceptar o renunciar a la facultad especial que concede el artículo 831 CC.

(5) VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: "Comentario al artículo 831" en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales" dirigidos por Manuel ALBALADEJO. Tomo XI, 2.ª Edición. Madrid, 1982. (420 y 423).

(6) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: "El artículo 831 del Código Civil". (*Op. cit.*, p. 1128).

(7) LACRUZ BERDEJO, J. L.: "Sucesiones..." (en nota anterior, p. 355).

los bienes del difunto, que se recibirán siempre por título sucesorio, aunque la asignación se haga por actos *inter vivos*.

También podrá el fiduciario ejercitar la facultad conferida por disposición de última voluntad, posponiendo hasta el momento de su muerte el reparto de la herencia del difunto, con respeto, naturalmente, de las legítimas. En el caso de ser *mortis causa*, puede ejercitar el cónyuge fiduciario la facultad en su propio testamento, con lo que tendrá carácter esencialmente revocable hasta el momento de su fallecimiento y puede ligarse y ser completada con la partición de su propia herencia. Respecto de esta segunda posibilidad, nada decía la redacción anterior de 1981, pero la actual de 2003, lo reconoció literalmente, si bien es necesario que el testador haya atribuido al fiduciario esta facultad de forma expresa. Más discutible es si, no habiéndosela atribuido expresamente, el señalamiento de plazo por toda la vida del fiduciario equivale a la posibilidad de usar esta facultad en su propio testamento. Lo trataremos a continuación.

La ejecución a través del testamento sólo será posible, por tanto, si así le hubiese sido permitido al fiduciario y a juicio de SIERRA PÉREZ (8), será válida cualquier forma de testamento, aunque esta afirmación, creo debe ser cuestionada (RUEDA ESTEBAN (9)), ya que es muy peligroso dejar la realización de actos de ejecución de fiducia, que participan de la naturaleza de las particiones hereditarias, a la posibilidad del testamento ológrafo. Es conveniente para este tipo de documentos la forma notarial. En este caso, como señala DÍAZ FUENTES (10), si se realiza la ejecución por el viudo en su propio testamento, no testaría por su cónyuge, sino que en ese propio testamento, como pudiera efectuarlo en instrumento diferente, vendría a dar expresión o constatación a la decisión tomada sobre la herencia de su esposo fallecido. Continúa diciendo este autor que

(8) SIERRA PÉREZ, I.: "La fiducia sucesoria en Derecho común: El artículo 831 del Código Civil..." (*Op. cit.*, p. 89 a 121, en especial 93 y 113 y ss.).

(9) RUEDA ESTEBAN, L.: "La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil" (Boletín de la Academia Granadina del Notariado, 2005). Núm. 279. (P. 907 y 994). "El artículo 831 del Código Civil" en *El Patrimonio familiar, profesional y empresarial, sus protocolos*. Dirigida por VICENT CHULIÁ, GARRIDO MELERO y FUGARDO ESTEVILL. Editorial BOSCH-ISBN 84-9790-134-7. (P. 187).

(10) DÍAZ FUENTES, A.: "Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa". *Anuario de Derecho Civil XVIII-3*. Año 1965. (P. 903).

las conveniencias de solemnidad y autenticidad no se cumplirían de peor manera que en cualquier otro medio y que la única objeción es que la publicidad de su resolución habrá de demorarse hasta después de su fallecimiento. La práctica habitual, señala CALATAYUD SIERRA (11), es que el cónyuge fiduciario ejecute la fiducia en el mismo testamento en que ordena su propia sucesión. Esta es, como hemos señalado anteriormente, la forma de ordenación de la sucesión en el patrimonio familiar, y ordinariamente en la empresa familiar. La validez y eficacia de esta práctica no presenta dudas, si bien deberá desprenderse con claridad del testamento que el testador ha querido disponer no sólo de sus propios bienes sino también de los del comitente. Pueden plantearse problemas cuando en un primer testamento se hace uso de la condición de fiduciario y en otro testamento posterior, sin aludir para nada a la discusión de la herencia del cónyuge, se establecen normas para la distribución de los bienes propios. Admitiendo que el testamento posterior deroga el anterior, podría concluirse que se anula la distribución hecha y se renuncia a la facultad concedida. Pero para este supuesto LATORRE MARTÍNEZ (12) entiende que sigue teniendo valor el primer testamento en cuanto a la distribución fiduciaria encomendada. A mi juicio no es así, porque la distribución del patrimonio sometido a la fiducia, es revocable en la medida que está realizada en un acto esencialmente revocable, por lo que cabe su realización en forma distinta a la practicada, hecha en testamento posterior, o incluso que no se realice en aquel, y por lo tanto proceda la distribución en forma ordinaria de partición entre los herederos, respecto de los bienes respecto de los que no se hubiere ejercitado la fiducia.

Pero es que, además también cabe que se realice una partición con adjudicaciones en un testamento, y que esas adjudicaciones sean revocadas por actos *inter vivos* posteriores, cuya revocación unilateral por el fiduciario no sea posible, con lo que se habrá pro-

(11) CALATAYUD SIERRA, A.: "Ley de Sucesiones: comentarios breves por los miembros de la comisión aragonesa de Derecho Civil sobre la fiducia sucesoria". RDCA. Volumen 1.º-1999. "Actos de ejecución de la fiducia sucesoria". Circular 2004/0034. (P. 20).

(12) LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E.: "De la fiducia sucesoria. Comentario a los artículos 110 y siguientes de la Compilación aragonesa. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales". Dirigidos por Manuel ALBALADEJO. Tomo XXXIV-Volumen I. P. 290.

ducido la revocación de las realizadas en el testamento, aunque sea último.

No concediéndole facultad al fiduciario, para realizar el encargo a través de testamento, o si así lo decide el mismo fiduciario, habrá de realizarlo por actos *inter vivos*. Según la doctrina (13) puede hacerse por contrato oneroso celebrado con tercero o en un acto unilateral *inter vivos*, pero no por donación. No obstante, como hemos señalado anteriormente, VALLET DE GOYTISOLO (14) considera que el hecho de que, incorrectamente, diga dona, no debe afectar a la sustancia del acto que valdrá conforme su propia naturaleza y en este sentido, sostuvimos, (RUEDA ESTEBAN (15)), que con la nueva regulación, se admiten todo tipo de posibilidades: *inter vivos* (cualquier acto o instrumento público de adjudicación, atribución, especificación o donación), o *mortis causa*, por cualquiera de las disposiciones de última voluntad del fiduciario, pero bien entendido, que sean válidas y no revocadas por otras posteriores, o que en caso de tenerlas, esas posteriores, mantengan expresamente la vigencia de aquellas.

En todo caso, la diferencia entre unas y otras, deriva de la propia naturaleza del acto empleado para la distribución, de forma que las distribuciones ó atribuciones hechas *inter vivos*, por la propia naturaleza del acto no son irrevocables unilateralmente, aunque no obstante, pueden ser resueltas por acuerdo entre el supérstite y el mejorado ó beneficiado; mientras que las hechas por disposición *mortis causa* (testamento) son esencialmente revocables en la medida que lo son por la naturaleza de la propia disposición.

Llega a tal extremo la libertad que se le da al fiduciario, como veremos más adelante, que le permite pagar con bienes procedentes de la liquidación de la sociedad conyugal ("*... incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar*"), e incluso en el caso de tratarse de cumplir las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes,

(13) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: "El artículo 831 del Código Civil". (*Op. cit.*, p. 1128).

(14) VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: "Comentario al artículo 831" en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales" dirigidos por Manuel ALBALA-DEJO. Tomo XI, 2.^a Edición. Madrid 1982. (P. 427).

(15) RUEDA ESTEBAN, L.: "La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil". (*Op. cit.*, p. 994). "El artículo 831 del Código Civil" en "El Patrimonio familiar..." (*Op. cit.*, p. 187 y 188).

con bienes propios del fiduciario (*"...cuando unas y otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes al cónyuge que ejercite las facultades"*). Ya hemos comentado esto en otros capítulos (capítulos VI) suficientemente: se trata de organizar la distribución del patrimonio familiar de una forma sincronizada y ordenada; es una mezcla de patrimonios que responde a un interés del legislador en que se haga la distribución de aquellos, mediante la modernización de la finalidad familiar mencionada en el antiguo artículo 831 CC, que consistía en procurar el mantenimiento de la autoridad del viudo ó viuda para lograr el acierto en la elección (lo que lo hace especialmente aplicable a la transmisión de la empresa). Actualmente, aprovechando la finalidad y espíritu de la reforma de 2003, de protección del hijo discapacitado, se ha transformado el mecanismo y finalidad de mantenimiento de la autoridad del viudo o viuda en una auténtica fiducia sucesoria, que obviamente también tiene ese efecto de "mantenimiento de autoridad".

2. Retroacción

Es otro de los efectos naturales de la ejecución de la fiducia: la retroacción de los efectos al momento de la apertura de la sucesión aunque se hubieren producido en época posterior. Una vez ejecutada la delegación y hecha la elección, los efectos se retrotraerán a la fecha del fallecimiento del causante (657, 661, 758 y otros del CC). Si bien a efectos fiscales, una vez que transcurren los 6 meses y no se ha liquidado el impuesto de sucesiones, se incurre en mora y se soporta recargo, lo que dice poco a favor del respeto del fisco a la retroacción.

II. FORMAS DOCUMENTALES DE EJERCICIO DE LA FIDUCIA. REVOCACION

1. Formas documentales

Ya hemos visto como el 831 CC expone con carácter extensivo una amplia gama de vehículos para el ejercicio de la delegación, pero no contempla qué formas habrán de revestir esos actos; por lo

que nos tendremos que ajustar a las formas exigidas para cada uno de ellos: por ejemplo, la entrega de bienes inmuebles en escritura pública (1280 CC) que desde luego no se trata de una verdadera donación aunque a veces revista una forma semejante a la de las donaciones. Ciertamente, cualquier adjudicación de inmuebles, como la que se hace en una partición testamentaria, se otorga en una escritura pública para que tenga todas las ventajas que concede esa forma y en particular que tenga acceso al Registro. Ahora bien, en un sistema en el que impera la libertad de forma para las adjudicaciones de bienes, lo serán conforme la naturaleza de los mismos y según los efectos que se precisen (1279 y 1280 CC). No se habla de la necesidad de escritura pública ni siquiera de si es necesario que conste por escrito o si puede hacerse mediante actos concluyentes, pero entendemos que desde luego para los bienes inmuebles, debe ser por escrito, y más aún, por escritura pública ya que esta es la manera más cómoda para que esas adjudicaciones –en su caso– tengan acceso al Registro y sean oponibles a tercero. Pero si de otra clase de bienes se trata, por ejemplo, la entrega de un bien mueble, hay que pensar que esa entrega –salvo que quede claro que es para transmitir el derecho que se tenga sobre ella–, puede significar otras cosas. Puede tratarse de una entrega de propiedad con la mera entrega material, o un arrendamiento, comodato, o incluso un mero depósito. Lo esencial es que conste de forma clara en concepto de que titulo va a poseer el mejorado y la *traditio* de la cosa entregada, de forma que sea patente si la propiedad de la misma ha sido transmitida o se difiere esa transmisión de dominio a un momento posterior. Todo, naturalmente en ejercicio de la fiducia.

A juicio de LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (16), las distribuciones y mejoras deberán constar en escritura pública cuando las adjudicaciones son relativas a bienes inmuebles, si se pretende la inscripción en el Registro de la Propiedad a nombre del adjudicatario.

Lo normal será que la entrega se realice mediante un otorgamiento de atribución en ejercicio de la fiducia: justamente lo que es una atribución que normalmente la hubiera hecho el testador en su testamento y que ahora, en virtud de la facultad concedida, la hace el fiduciario; pero evidentemente la forma ha de ser similar a la que

(16) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: "El artículo 831 del Código Civil". (*Op. cit.*, p. 1128).

se emplea con el testamento, ya que quien recibe lo hace mortis causa y a todos los efectos debería ser lo más parecido posible, por eso no se puede hacer una adjudicación verbal, ya que de haberse hecho en testamento constaría en él. Hay otras formas, como la asignación en pago de derechos hereditarios, entrega de bienes en ejercicio de la delegación concedida por el causante, partición de herencia en ejercicio de la facultad de distribución conferida por el 831 y otros; bastarán las formas exigidas por las leyes civiles (1278, 1279 y 1280 del Código Civil), y la Legislación Hipotecaria; tratándose de bienes muebles, aun no siendo requisito de forma solemne, como hemos sostenido, se hacen también convenientes las formas documentales públicas, además de la constancia probatoria y la necesidad en su caso del carácter ejecutivo. Para LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (17), es posible que se deniegue la inscripción si no dan su conformidad a la adjudicación los herederos y los legitimarios, sean o no herederos, pues en otro caso el Registrador no podrá saber si se han respetado las legítimas y demás disposiciones del causante. No comparto esta opinión, porque al tratarse el fiduciario de una figura con tan amplias facultades, incluso con las propias de un contador partidor especial, como ya he sostenido en otro capítulo, se basta por sí solo para realizar la distribución a la que los adjudicatarios comparecerán a los efectos de aceptar y darse por pagados en sus derechos, con la excepción lógica de la necesidad de intervención de los legitimarios o de los defensores judiciales de los menores o de los incapaces, en el caso de liquidación de la sociedad de gananciales, para lo que como solución práctica ofrecemos el nombramiento de un contador partidor en el testamento a efectos de salvar la colisión de intereses. Desde luego que es criticable la falta de protección que este artículo 831 CC ofrece a los legitimarios, a quienes es dudoso que les quede la anotación del artículo 15 de la Ley Hipotecaria, pero ya hemos razonado, que con la reforma de 2003, estamos ante una auténtica excepción a la intangibilidad de la legítima y además en este caso concreto, la legítima adquiere la naturaleza de *pars valoris*.

Así pues, en cuanto a las formas, el fiduciario podrá hacerlo como quiera (documentalmente, desde luego). Hay muchas razones para

(17) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: "El artículo...." (*Op. cit.* en nota anterior, p. 1128)

exigir, al menos, el documento privado, y en cuanto sean cosas de algún valor en documento público. El fiduciario tiene poderes muy amplios, y aun así, es conveniente la forma escrita, que puede preconstituir la prueba de cómo se han ido haciendo las adjudicaciones; también sirve para que quede claro que ha cumplido correctamente con la fiducia, y que ha mantenido el respeto a las legítimas que impone la ley), pero el mejorado podrá instarle –si no lo ha hecho– a que otorgue escritura pública al respecto, porque tiene el mismo derecho concedido por el artículo 1279 CC a llenar las formas exigidas por la Ley, en su caso. Si hubiera recibido los bienes por testamento, este, y –en su caso– el cuaderno particional– son título suficiente frente a cualquiera, pero si se hace *inter vivos*, carecen de ese título si no hay una constancia documental que en cuanto afecta a bienes o derechos inmuebles en los términos del 1280; si de entrega de bienes inmuebles se trata, será en escritura pública conforme establece como forma probatoria y exigida en el artículo 1280 CC; y si son bienes registrables, si desea el interesado beneficiarse de la protección frente a terceros que le brinda el Registro, debe tener la forma precisa para poder acceder a ese Registro. Pero aun cuando se utilizase la forma de la donación (lo que en la práctica se menciona en numerosas ocasiones diciendo por ejemplo que “se dona en ejercicio de la facultad fiduciaria o de distribuir que me ha concedido....”, en puridad no son donaciones porque no está regalando nada, ya que el acto de liberalidad lo hizo el causante; el fiduciario sólo determina dentro de un grupo de sujetos predeterminado quien recibe y en que proporción. Otra cosa sería entender que la fiducia supone otorgar la facultad de donar al fiduciario, al igual que *inter vivos* se puede apoderar a alguien con facultades tan amplias que incluso incluyan donaciones (lo que no cabría porque el mandante falleció y se extinguió el mandato); pero siempre el que dona es el titular de los bienes y el fiduciario no lo es en ningún momento; y desde luego, la opinión mayoritaria de la doctrina es que en el CC no caben las donaciones *mortis causa* (v. art 620 CC).

Por lo tanto, las atribuciones *inter vivos* que hace el fiduciario, aunque pueda pensarse que son donaciones, no lo son realmente. Lo que se hace es repartir una herencia aunque con amplísimas facultades de mejorar. Así pues, se realiza la ejecución de un acto *mortis causa*; se realiza durante la vida del fiduciario pero es que no se trata de tus bienes (entonces si sería una donación), sino de unos bienes

que se adquieren por la comunidad hereditaria *mortis causa*, aunque luego la partición no se haya hecho en el testamento. En conclusión se trata de una adquisición *mortis causa*, aunque la adjudicación de los concretos bienes se produzca fuera del testamento. Si se tratara de una donación, el fiduciario podría revocarla *a posteriori* por las causas legales, por ejemplo la ingratitud. En definitiva, el fiduciario no deja de ser un especial contador partididor de lujo con funciones superiores, pero no ocupa en lugar del causante sino el suyo propio, aunque con unas facultades muy amplias y especiales, pero siempre dentro de los límites marcados por el propio causante.

En Derecho Foral Aragonés, el artículo 111 de la Compilación exigía la escritura pública para la ejecución, cuando no pudiese llevarse a cabo en testamento. Lo mismo se exige en el artículo 141 de la actual Ley de Sucesiones por causa de muerte en Aragón (En la actualidad, artículo 456 del Código de Derecho Civil de Aragón). Esta escritura pública se otorga normalmente entre el fiduciario y el favorecido o favorecidos por la ejecución, que aceptan las atribuciones que se les hacen. Pero nada impide que se otorgue sólo por el fiduciario y que posteriormente se acepte por los beneficiarios. No obstante, LATORRE MARTÍNEZ (18) entiende que el fiduciario puede exigir la aceptación o repudiación a un plazo fijo, para lograr la efectividad de su encargo, pues en caso contrario no transmite derechos a sus herederos. Si repudia el beneficiado, puede el fiduciario buscar otra persona para cumplir su misión; si fallece sin aceptar, al no haberse cumplido un requisito necesario, no se entiende cumplido el encargo y se abrirá la sucesión intestada. Luego en Aragón, se exigen con rigor el cumplimiento de las formas.

Cuestionan algunos autores foralistas (GARRIDO MELERO (19)), en sede de sus regulaciones de la fiducia, que si se realiza en el propio testamento del fiduciario (*mortis causa*), cual sea la forma del testamento es cuestión importante, porque la variedad de formas forales, diverge del sistema del Código Civil; en este último, aunque

(18) LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E.: "De la fiducia sucesoria. Comentario a los artículos 110 y siguientes de la Compilación aragonesa. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales". (*Op. cit.*, p. 290).

(19) GARRIDO MELERO, M.: "Matrimonio conviviente more uxorio y familia en el Código Civil de Familia y en la Ley Catalana de uniones estables de pareja". *La Notaría*, julio-agosto 1998. (P. 35 y ss.).

exista la forma ológrafa, el espíritu de la norma aconsejaría siempre el testamento notarial (en escritura pública), ya que no olvidemos que el artículo 831 CC en su génesis y hasta hace poco, contemplaba las capitulaciones matrimoniales como alternativa, y éstas revestían esa forma. Así pues, si el ejercicio se realiza por disposición *mortis causa*, creemos necesario que lo sea en testamento notarial.

2. Revocación

Si el ejercicio de la fiducia lo fue mediante la forma documental de un acto *mortis causa*, al tratarse de una disposición de última voluntad, será esencialmente revocable y además de forma unilateral por el fiduciario, ya que su acto de ejecución de la fiducia no surte efectos hasta la apertura de ese testamento, tras su muerte. Por lo tanto, no hay duda respecto a la revocabilidad unilateral.

Si se hace por acto *inter vivos*, la cuestión es si debe tratarse forzosamente de un documento bilateral ó cabe tan sólo una actuación unilateral por parte del fiduciario; en este último caso, como sólo comparece el fiduciario, y a pesar de ser *inter vivos*, se suscitaría la duda de la posible revocación unilateral (en caso de ser *mortis causa*, desde luego cabría deshacerlo con la revocación de ese testamento), por eso me resisto a pensar que pueda tener eficacia si no es con la notificación fehaciente al adjudicatario, que de alguna forma vincule al que ejerce la fiducia. De otra forma, si el fiduciario cambiase de opinión antes de que llegue a conocimiento del mejorado, no produciría efectos la distribución. En caso de tratarse de un documento bilateral en el que aceptan los elegidos, la revocación sólo cabrá conjunta por todos los que intervinieron.

En consecuencia, si la fiducia se ejecuta a través de actos *inter vivos*, éstos surten efecto inmediato y por tanto son irrevocables, como sostuve tras la reforma de 2003, aunque a mi juicio se plantean dudas para el caso de llevarse a cabo en documento unilateral por los motivos expuestos (RUEDA ESTEBAN (20)). No obstante, acepto que puedan ser resueltas por acuerdo entre el supérstite y

(20) RUEDA ESTEBAN, L.: "La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil". (*Boletín de la Academia Granadina del Notariado* 2005). Núm. 279. (P. 995). "El artículo 831 del Código Civil" en "El Patrimonio familiar, profesional..." (*Op. cit.*, pp. 191 y 192).

el mejorado o beneficiado. En el caso de que la ejecución se lleve a cabo en una escritura pública con efectos *post mortem*, los efectos no se producirán de forma inmediata y por tanto cabe su revocación de la misma forma que si se hubiera hecho en testamento, puesto que como sabemos adolecen de los problemas de las prohibidas (en el Código Civil) donaciones *mortis causa* por lo que se regularán por las reglas de las disposiciones de última voluntad (artículo 620 CC).

Si para interpretar este aspecto de la revocación, nos fijamos en los derechos forales, parece que también llegaríamos a la conclusión de que ejecutada la fiducia por actos *inter vivos* éstos son de efecto inmediato y por tanto son irrevocables. Y sin embargo, si la mejora o distribución fue hecha en un testamento u otra disposición de última voluntad, es plenamente revocable. En el Derecho de Cataluña la ejecución sólo puede llevarse a cabo a través de testamento, heredamiento o escritura pública y en los dos últimos casos será irrevocable, ya que así lo establece el artículo 148, 2.º de la Ley de Sucesiones catalana. En Aragón, el artículo 143.1, establece también la irrevocabilidad de los actos *inter vivos* en ejecución de la fiducia, que según el artículo 141 debe llevarse a cabo en escritura pública. La ley 286 del Fuero de Navarra también establece que los fiduciarios deben hacer la designación en testamento o en escritura pública y que en este último caso serán irrevocables, salvo que no haya habido aceptación. Como vemos, en el Derecho navarro se pone de manifiesto la necesidad de aceptación, lo que confirma la teoría de su necesidad (RUEDA ESTEBAN (21)) cuando la fiducia se ejecuta en escritura pública, ya que si es llevada a cabo de forma unilateral y no es conocida por el designado no se alcanza a entender el porqué de su irrevocabilidad, ya que en la donación, el donante puede cambiar de opinión desde que la hace hasta que conoce la aceptación del donatario. Todos estos datos sobre la forma en derechos forales en los que la fiducia es algo muy tradicional y usado tienen una gran importancia a la hora de interpretar el art 831 CC. Está claro que el fiduciario tiene una gran libertad de maniobra, pero le vinculan las actuaciones realizadas anteriormente, salvo que el camino elegido le permita otra cosa (por ejemplo, en caso del testamento), pero si el que se elige es *inter vivos*, parece claro que lo correcto es, como

(21) RUEDA ESTEBAN, L.: "La fiducia sucesoria..." (en nota anterior, p. 187)

en estos derechos forales, darle una forma solemne, lo que conlleva una mayor reflexión para el fiduciario, y que con la aceptación del favorecido devenga inamovible.

En el Derecho civil foral del País Vasco, tanto si se lleva cabo por actos *inter vivos* como *mortis causa* las disposiciones otorgadas por el comisario serán irrevocables, ya que lo dispone el artículo 47 de la Ley para todas las disposiciones otorgadas por el comisario en uso de su poder testatorio. La única excepción es cuando el nombrado comisario sea el cónyuge y disponga en su propio testamento a favor de los hijos y descendientes comunes, en cuyo caso podrá dar carácter revocable, de una manera expresa, a la disposición realizada. ASÚA GONZÁLEZ (22) señala que este derecho es diferente al resto de los derechos forales e incluso al artículo 831 CC. (SIERRA PÉREZ (23)).

III. LA EXPRESIÓN DE LA CAUSA EN EL DOCUMENTO DE EJERCICIO DE LA FIDUCIA

Es importante hacer constar que todos los comentarios sobre fiducia sucesoria, hechos por autores foralistas, hablan habitualmente de "designación de heredero ó herederos" y "delegación de institución hereditaria", por lo que es preciso comparar y utilizar sus razonamientos sobre la forma de ejercitar la fiducia con precaución (por ejemplo en contratos de atribución a título gratuito, en los que debe quedar claro que la causa de atribución es la sucesión del causante y no la liberalidad del fiduciario). El 831 CC sólo permite "mejorar ó distribuir ó ambas cosas" y siempre en un marco de herederos ya designados, lo que hace que la escritura de ejecución de esa delegación, ya sea unilateral ó bilateral, tenga su propia naturaleza independiente de la de la donación u otros actos semejantes. En cualquier caso, la causa de la atribución será gratuita, y el carácter unilateral ó bilateral de la actuación sólo predeterminará la misma naturaleza de la revocación, a la que ahora nos referiremos.

(22) ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: "Designación de sucesor a través de tercero". Madrid 1992. (P. 49).

A juicio de ROMERO-GIRÓN DELEITO (24), la expresión de la causa en el documento o en el vehículo de la adjudicación es esencial. Por ejemplo, en el caso de que el cónyuge fiduciario efectúe alguna adjudicación en vida, es conveniente otorgarla con la expresión de si lo hace o no en concepto de mejora. Esta declaración debe poder hacerse en el momento de la entrega o en cualquier otro momento posterior, lo cual es congruente con la finalidad del precepto de procurar una distribución de los bienes en función de las circunstancias, presentes o futuras, que justifiquen un reparto desigual. El sistema debe cerrarse con una cláusula subsidiaria que establezca que los bienes no adjudicados por el cónyuge fiduciario al tiempo de su fallecimiento, *inter vivos* o *mortis causa*, se repartirán a partes iguales. A mi juicio, la causa es importante, pero no es precisa esa expresión determinante de la misma, porque caben las mejoras tácitas hechas por el fiduciario en ejercicio de su encargo, y no precisa decir expresamente que está mejorando. Basta que en el título que trae causa del que utiliza para la mejora, sea cual fuere el vehículo documental empleado, conste su condición de fiduciario y la procedencia de los bienes que se asignan y su disposición en ejercicio de la fiducia, sin necesidad de mencionar que mejora, porque puede ocurrir que sea un anticipo de legítima, o que se vaya a compensar a otros hijos o descendientes con posterioridad en otros documentos separados. La circunstancia de si se mejoró o no, se aprecia a la finalización de la ejecución de la fiducia, sea por todos los actos *inter vivos* realizados, o por la última disposición del fiduciario en el caso de que hubiere sido facultado para hacerla.

En este sentido, es importante que se haga constar en el documento que se emplee como medio para la ejecución de la fiducia, el título de atribución y determinación de cuotas, que no dejaría lugar a dudas respecto de que lo que se realiza es un acto de mejora, distribución o adjudicación de los bienes sometidos a la fiducia sucesoria.

(24) ROMERO-GIRÓN DELEITO, J.: "El nuevo artículo 831 del Código Civil. Una aplicación práctica". Septiembre 2005. En *Notarios y Registradores*. 2005. En *Revista Jurídica del Notariado*, número 57 de enero-marzo 2006. (P. 226).

A juicio de SIERRA PÉREZ (25), el título de atribución y las correspondientes cuotas de participación en la herencia serán determinadas antes de la partición. Y es más, si el cónyuge está facultado para nombrar herederos o legatarios, lo que no compartimos porque ya hemos sostenido que no están entre las facultades del fiduciario la de instituir herederos o legatarios, deberá efectuar los nombramientos y establecer las cuotas de cada uno de los hijos comunes como paso previo a la partición.

IV. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES QUE CONSTITUYEN EL CAUDAL RELICTO

La cuestión antes de la reforma de 2003 era controvertida: sólo cuando el cónyuge tenía el usufructo universal en virtud del núm. 3 del artículo 820 podía ser considerado administrador de esa herencia yacente; porque en otro caso carecía de titularidad, e incluso en el caso de ser usufructuario su titularidad era controvertida; efectivamente la titularidad era de los hijos comunes, aunque su porción abstracta esté pendiente del ejercicio de la "potestad doméstica conferida" (26). En palabras de ALPAÑÉS (27), todos son posibles beneficiarios, aunque hipotéticos y en participaciones indeterminadas: su incertidumbre afecta no sólo al hecho de ser designado, sino también al *quantum* de la disposición. Para SECO CARO (28), "Mientras dura la comunidad hereditaria, los herederos son titulares de una cuota indefinida e indeterminada". Para VALLET (29), "es más exacto decir que no tienen cuota definida ni determinación". En definitiva, alguno sería el definitivo beneficiado y por lo tanto todos son poten-

(25) SIERRA PÉREZ, I.: "La fiducia sucesoria en Derecho común: El artículo 831 del Código Civil..." (*Op. cit.*, p. 119).

(26) RUEDA ESTEBAN, L. "La fiducia sucesoria..." (en nota anterior, pp. 194 y 195)

(27) ALPAÑÉS, "La delegación de la facultad de mejorar" R, G, L, J, 1953. 1.º (p. 328).

(28) SECO CARO, "Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo". Barcelona, 1960. (Pp. 200 y 201).

(29) VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: "Comentario..." (*Op. cit.* En nota anterior, p. 427).

ciales titulares. GARRIDO DE PALMA (30) Y LACRUZ BERDEJO (31), estimaron la teoría de la especial situación de yacencia hereditaria, en la "que se sabe quiénes son los sucesores pero no la proporción en que lo será cada uno, ni el título por el que sucederán".

Por eso, la administración de ese caudal hereditario dividía a la doctrina en dos grupos:

SECO CARO (32), DÍAZ FUENTES (33) y otros que estimaban que correspondía a los coherederos, discutiéndose entonces qué mayorías serían necesarias para cada acto en concreto (unanimidad, puesto que no se conocían las cuotas para conformar las mayorías del art. 398 CC; o mayorías de acuerdo con las porciones que les correspondían por su participación en la herencia *abintestato*). En contra, GARRIDO DE PALMA (34), que partía de que el cónyuge ostentaba una facultad fiduciaria "no para su beneficio y en propio interés, sino en el de la familia...". (Por analogía a las Leyes 281 y ss. de la Compilación Navarra y art. 115 de la catalana). Por lo tanto, le correspondería la administración ordinaria de los bienes de la herencia, siempre en provecho de la comunidad hereditaria. Añadía este autor que es la materia más delicada: "es claro que estamos ante una fase clave y decisiva de la institución, la situación de pendencia... anhelo y duda de quienes pueden ser elegidos". Así pues, el supérstite tiene una auténtica facultad fiduciaria que le concede la administración ordinaria de los bienes; otra cuestión distinta es la de sus frutos, como veremos.

El argumento, si le había sido concedido el usufructo universal del art. 820.3.º CC, tenía su soporte jurídico; pero en caso contrario era difícil justificar esa posición; sólo el encargo de realizar la administración o la orden de indivisión (art. 1051.2.º CC) o incluso en su caso el ejercicio de la patria potestad podrían sostener

(30) GARRIDO DE PALMA, V. M.: "Visión notarial..." (*Op. cit.* En nota anterior, p. 387).

(31) LACRUZ BERDEJO, J. L.: "Sucesiones II". (*Op. cit.*, p. 70).

(32) SECO CARO: "Partición..." (*Op. cit.*, nota anterior, p. 200 y ss.).

(33) DÍAZ FUENTES: "Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa. II- Sobre el artículo 831 CC". *ADC*. 1965. (P. 892).

(34) GARRIDO DE PALMA, V. M.: "Visión notarial del artículo 831 del Código Civil". Libro homenaje a Roca Sastre. Tomo III. "Los actuales artículos 831 y 1056.2 del Código Civil. Aplicaciones prácticas en el sistema de legítimas". (*Op. cit.*, en nota anterior, p. 387)

aquella; otros lo buscaban en una autorización tácita de los hijos comunes.

Hoy el nuevo texto no ha dejado lugar a dudas: "2. Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior".

En definitiva, durante el plazo de duración para el ejercicio del derecho (bien sea el señalado por el cónyuge o el de dos años desde la apertura de la sucesión... como veremos) se produce una pendencia hereditaria en la que se sabe quiénes van a ser sucesores pero no la proporción en que lo será cada uno, ni el título por el que sucederán (35). A diferencia de la legislación anterior, que no contemplaba nada y por lo tanto dejaba la administración a los herederos, el nuevo artículo 831 CC concede la misma, como veremos, al cónyuge viudo, ahorrándonos todos los problemas planteados respecto a las mayorías de cuotas necesarias para la toma de las decisiones.

Aspecto crítico. Parece concedérsele la administración de forma clara, con independencia de la institución de herencia, si bien a la redacción del precepto en este punto se le pueden hacer dos críticas: a) *Dice el número 2 "a que se refiere el párrafo anterior", no sabiéndose si se refiere sólo al último párrafo del número 1 del artículo 831 (bienes específicos o determinados sobre los que se hubiera realizado una disposición a favor de hijo o descendiente), en cuyo caso sigue subsistente la polémica sobre la administración del resto de la herencia yacente); o bien se refiere a todos los bienes y facultades amparados en el número 1 del art. 831; el sentido común nos dice que debería ser esta última la solución adoptada, porque de otra forma la utilidad del apartado sería exigua.* b) *No deja el número 2 espacio para la voluntad del testador, con lo que, si se hace una interpretación literal, no cabe que el causante en su testamento organice una forma de administración a medida de los bienes que son objeto de la fiducia. Sin embargo, la interpretación sistemática e integrada del precepto nos induciría a pensar que la aplicación del número 2 del art. 831 será supletoria y a falta de otra disposición específica del testador. Sobre todo, habida cuenta del espíritu de la*

(35) RUEDA ESTEBAN, L.: "La fiducia..." (En nota anterior, p. 195).

norma y ratio legis de la misma, que no es otra que la protección del patrimonio del discapacitado (36).

Así pues, en principio, de forma ordinaria, la administración de los bienes hereditarios correspondería a los herederos; y los actos de administración se ejecutan por mayoría. Pero como los herederos no saben exactamente en qué porción van a ser herederos, dada la facultad de mejorar y diferenciar que tiene el fiduciario, se planteaba la doctrina antes de la reforma que sólo cabían dos soluciones: o que actuasen por unanimidad; o que solicitasen del juez el nombramiento de un administrador judicial, en los términos del artículo 398 del Código Civil. El problema lo ha resuelto el legislador de 2003: la facultad de administración corresponde al cónyuge fiduciario por determinación legal (artículo 831-2, según el cual: *"Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a las que se refiere el párrafo anterior"*). Entiende SEDA HERMOSÍN (37), sin embargo, que el precepto no es imperativo, en el sentido de que el testador puede prever otro sistema distinto de administración de los bienes (por ejemplo, imponiendo la unanimidad de los herederos, o por mayoría de dos tercios del número de herederos, cualquiera que sea la cuantía en que resulten finalmente nombrados).

A juicio de ROMERO-GIRÓN DELEITO (38), conviene integrarla con el usufructo universal, que será la pretensión ordinaria del testador, como en todos los testamentos habituales. Pero a mi juicio, ocurre que esa pretensión que se hizo habitual en la práctica notarial, con la redacción del 831 CC no se hace necesaria, aunque si recomendable, porque es conveniente que no existan conflictos entre el fiduciario y los hijos comunes respecto a la percepción de los rendimientos y frutos de la herencia administrada durante la vigencia de la fiducia y hasta la definitiva ejecución de la misma. Estos problemas, no deben surgir con los descendientes no comunes, a quienes deberán ser entregados sus derechos legitimarios cuanto antes, salvo dis-

(36) RUEDA ESTEBAN, L.: "La fiducia..." (En nota anterior, p. 196).

(37) SEDA HERMOSÍN, M. A.: "Facultad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil". *Academia Sevillana del Notariado*. Editorial COMARES. (Pp. 278 y 279).

(38) ROMERO-GIRÓN DELEITO, J.: "El nuevo artículo 831 del Código Civil. Una aplicación práctica". (*Op. Cit.*, p. 222).

posición expresa del testador, a través por ejemplo, de una cautela socini. Además pueden añadirse, si lo desea el testador, la libre disposición de bienes en beneficio del propio cónyuge, con cargo al tercio de libre disposición, pero sin agotarlo, para no perjudicar la legítima estricta, dado el usufructo universal en el caso de ser concedido. Es decir, tendrá como límite el valor del usufructo del tercio de legítima estricta. Si se quieren evitar las cuestiones de cálculo, cabe atribuir el usufructo de dos tercios, en cuyo caso el derecho de disposición podría agotar todo el tercio libre.

Es de destacar que con esta fórmula, aprovechando las ventajas del artículo 831 CC, el cónyuge viudo disfruta simultáneamente del usufructo universal y del derecho de disposición sobre el tercio libre, sin necesidad de ejercitar la típica opción de los testamentos habituales. (ROMERO-GIRÓN DELEITO (39)). Pero naturalmente, no cabe esta solución en el caso de las parejas de hecho y por lo tanto en los casos de la fiducia conforme el apartado 6 del 831 CC.

Así pues, conforme el apartado 2.º del artículo, corresponderá al fiduciario la administración de los bienes sobre los que penden las facultades de mejora, atribución y adjudicación. Por lo tanto, se hace necesario conocer en primer lugar, cuáles son los bienes sobre los que recae tal facultad, lo cual no será fácil de resolver, salvo que el testador haya concedido al cónyuge facultades sobre todos los bienes de la herencia o haya separado bienes concretos para adjudicárselos a alguno de los coherederos, en pago total o parcial de su cuota, concediendo al cónyuge sobreviviente las facultades antedichas sobre todos los demás bienes o le haya conferido la facultad exclusivamente sobre determinados bienes y derechos.

Esto hace que cobre especial importancia la formulación del inventario y valoración de los bienes. En una partición ordinaria, todos los herederos se adjudican los bienes simultáneamente, con arreglo al mismo criterio temporal de valoración. Pero en la partición diferida y sucesiva del art. 831 CC, cuando el fiduciario opta por hacerlo así, lo que será habitual, cabe que transcurra mucho tiempo entre las diferentes adjudicaciones hechas en vida por el cónyuge fiduciario y entre estas y las que procedan a su fallecimiento respecto del resto del caudal, por lo que a mi juicio, se plantea un delicado y grave

(39) ROMERO-GIRÓN DELEITO, J. "El nuevo artículo 831..." (En nota anterior, p. 225).

problema de valoración, siendo aconsejable, para evitar diferencias no queridas, que se formalice el inventario al tiempo de fallecimiento del testador, con una valoración adecuada y uniforme que se vaya actualizando periódicamente con arreglo a un criterio justo. Aunque sin duda lo más cómodo es el IPC, caben desde luego, numerosas posibilidades de actualización, pero la que debe primar ha de ser aquella que el testador haya impuesto. Este inventario servirá, además, como libro de ordenación de las adjudicaciones (ROMERO-GIRÓN DELEITO (40)) y disposiciones efectuadas por el cónyuge fiduciario, en funciones de control y garantía de todos los interesados, pudiéndose comprobar en todo momento el estado de la partición y los bienes resultantes.

V. LA ESPECIAL SITUACIÓN JURÍDICA DE PENDENCIA DE LA HERENCIA

En este orden de cosas, es evidente que la herencia no es yacente, pero se encuentra en una situación de pendencia hasta el momento que se termine la ejecución de la fiducia. Las redacciones anteriores no regulaban en nada esta situación de pendencia, por lo que la doctrina se encontraba dividida respecto a si la fiducia otorgaba al cónyuge sobreviviente estas facultades o no. Al final de esta situación jurídica de pendencia, la parte de la herencia de la que no dispuso el testador irá a parar a los hijos o descendientes comunes. Y lo será a todos sus posibles beneficiarios, aunque sean con participaciones indeterminadas; su incertidumbre afecta tanto al hecho de ser nombrado heredero o legatario como al *quantum de la designación*. *Es una situación de "expectativa jurídica" y que debe calificarse como situación jurídica interina, y dentro de ella "de pendencia", es decir, una situación de protección interina, a favor de sujetos transitoriamente indeterminados de un derecho subjetivo. La herencia pertenece, hasta la elección, a los hijos o descendientes comunes.*

Pese a la certeza de los destinatarios del caudal, que serán los hijos o descendientes comunes, sus títulos sucesorios pueden

(40) ROMERO-GIRÓN DELEITO, J.: "El nuevo artículo 831..." (En nota anterior, p. 226).

no haber sido erigidos todavía, penden de la determinación de la cuantía de sus respectivas atribuciones y las diversas figuras jurídicas de adquisición, bien sea a título de herencia, legado o mejora. (LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (41)). Hay una delación pluripersonal y simultánea a favor de los hijos comunes, pero en condiciones de provisionalidad tales que el llamamiento indeterminado y genérico por el momento no permite la perfección del derecho hereditario en orden a su adquisición. Bien puede hablarse de una especie de herencia yacente pero sin serlo.

En estas condiciones, es obvio que para la administración no puede regir la regla del artículo 348 CC pues no es posible conocer qué partícipes representan "la mayoría de intereses". Por lo tanto es acertada la concesión de la administración al fiduciario.

Es evidente que ante el silencio de la ley podría darse al problema dos soluciones distintas (SIERRA PÉREZ (42)). Por un lado entender que la fiducia suponía, en sí misma, la concesión al fiduciario del poder de administración de los bienes. Por otro lado, también se podría pensar que, puesto que la titularidad de los bienes pendientes de distribución no corresponde al fiduciario, tampoco le correspondía un derecho de administración sobre ellos. En este caso, como es lógico, habría que entender que la administración correspondía a la comunidad hereditaria, titular de los bienes. Actualmente, desde 2003, como hemos expuesto, no hay duda de que la administración esta concedida por el 831 CC al fiduciario y en cualquier caso, si el causante legó el usufructo universal al cónyuge, la administración le corresponderá a él.

Si a esto añadimos que las facultades de administración y usufructo se refuerzan mutuamente en interés de la familia, si se combina la facultad del art. 831 CC con el usufructo universal de viudedad del art. 820 CC, podemos conseguir un efecto completo; en otras palabras, es conveniente que el usufructo viudal se agregue y yuxtaponga a la delegación a favor del supérstite.

Además, en el caso que nos ocupa, lo más conveniente para la administración de la empresa familiar es aquello que el testador

(41) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: "El artículo 831 del Código Civil". (*Op. cit.*, p. 1140).

(42) SIERRA PÉREZ, I. "La fiducia sucesoria en Derecho común: El artículo 831 del Código Civil..." (*Op. cit.*, pp. 89 a 121, en especial 119 y ss.).

(que era el empresario) considere más apropiado, que puede no coincidir con que sea el cónyuge supérstite encargado de la facultad de mejorar o distribuir (43).

Nos queda saber qué ocurre en el caso de que no se haya concedido al fiduciario el usufructo universal o que le haya negado la administración. Los autores (44) que se decantan por considerar que la administración corresponde a la comunidad hereditaria, lo hacen basándose en que en ningún momento el distribuidor aparece como titular de la herencia causada por su consorte; carece de derecho patrimonial alguno sobre ella. La administración será por tanto igual que la de cualquier herencia yacente. Pero al aplicar las normas de la comunidad de bienes, se encuentran problemas para la toma de

(43) RUEDA ESTEBAN, L.: "La fiducia..." (*Op. cit.*, nota anterior, p. 196).

(44) VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., en "Comentarios al Código Civil..." (en nota anterior, p. 426), y HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, en "La herencia yacente" Editorial JM Boch Editor, Barcelona 1995, p. 82. Para esta autora, "la situación de yacencia es como en toda sucesión mortis causa, pero como el cónyuge no designa la persona del heredero, la aceptación de la herencia debe tener lugar antes de la distribución de los bienes y del ejercicio de la facultad de mejorar. En el caso del artículo 831 no hay indeterminación de la persona del heredero o herederos llamados, sino en la cuota que a cada uno deben corresponderle en la herencia; por lo tanto, es un estado similar al de la comunidad hereditaria que se produce antes de la partición.

La doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado establece que en los casos de sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada, los actos de disposición sobre bienes concretos hechos unilateralmente por el cónyuge, no son inscribibles. No es inscribible la cesión de derechos que sobre un bien concreto de la disuelta pero no liquidada sociedad de gananciales realiza unilateralmente uno solo de los cónyuges, pues sin perjuicio de que la legislación registral permita la constancia registral del derecho de cada cónyuge sobre el patrimonio ganancial en liquidación así como los actos dispositivos que tengan por objeto claramente la cuota global, en tanto que representativa de un valor económico incluido en el patrimonio privativo de cada esposo, recuerda el Centro Directivo que disuelta pero aun no liquidada la sociedad de gananciales, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa de todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que pueden disponer separadamente, sino que por el contrario, la partición de aquellos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, de manera que solo cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que en cada uno de ellos se le adjudiquen.

decisiones en las que rige el artículo 398 CC, ya que su párrafo segundo establece que “*no habrá mayoría sino cuando el acuerdo esté tomado por los participantes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyen el objeto de la comunidad*”, y, precisamente en este supuesto se desconocen las cuotas de participación de los coherederos. Eso les hace llegar a la conclusión de que para cualquier acto de administración hace falta el acuerdo unánime de los coherederos, a falta del cual habrá que acudir al recurso judicial previsto en el párrafo segundo del precepto, con su complejidad de diligencias e impugnaciones, y lo costoso y oneroso que resulta todo esto (SIERRA PÉREZ (45)). GARRIDO DE PALMA (46), por el contrario, entiende que la administración normal ordinaria y los actos puramente conservativos deben corresponder al cónyuge supérstite, no para su beneficio y en su propio interés, sino en el de la familia. Hoy, como entendí tras la reforma de 2003, (RUEDA ESTEBAN (47)), el texto no ha dejado lugar a dudas y confirma absolutamente la teoría que sostenía GARRIDO DE PALMA (48) con la redacción anterior a 2003.

No obstante, ya resalté en los comentarios a esta reforma, la defectuosa redacción del precepto, en primer lugar porque en el número dos, donde se establece que corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes, se hace referencia al párrafo anterior, en el que se habla de unos bienes concretos y no de todos los que están pendientes de distribución; pero también porque no se hace referencia a la voluntad del testador en lo relativo a la administración, circunstancia que cabría interpretar como una imposibilidad de disponer a este respecto o, como es más acertado, que se trata de una norma supletoria aplicable únicamente para el caso en el testador no haya dispuesto otra cosa. En el mismo sen-

(45) SIERRA PÉREZ, I.: “La fiducia sucesoria en Derecho común: El artículo 831 del Código Civil...” (*Op. cit.*, p. 119 y ss.).

(46) GARRIDO DE PALMA, V. M.: “Visión notarial del artículo 831 del Código Civil”. (*Op. cit.*, p. 387)

(47) RUEDA ESTEBAN, L.: “La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil” (Boletín de la Academia Granadina... (*Op. cit.*, p. 991). “El artículo 831 del Código Civil” en “El Patrimonio familiar, profesional y empresarial...” (*Op. cit.*, p. 159 y 196).

(48) GARRIDO DE PALMA, V. M.: “Visión notarial...” (En nota anterior, p. 387 y ss.)

tido se manifiesta SIERRA PÉREZ (49), que no obstante la incorrecta redacción del artículo, entiende que la administración a la que hace referencia incluye todos los bienes pendientes de distribución, y también, que la norma se aplicará únicamente de forma supletoria.

Los autores foralistas (GARRIDO MELERO (50)) distinguen fiducias de ordenamientos en los que hay fideicomisos con facultades de elección de fideicomisarios, de aquellas otras en que éstos están predeterminados; en los primeros la administración correspondería al fiduciario y en el segundo a los herederos. No es éste el caso del art. 831 CC que ha resuelto la cuestión: los fideicomisarios no están determinados, pero tienen que pertenecer a un grupo concreto de personas (hijos y descendientes). El Código Civil ha resuelto (además de evitar las discusiones doctrinales históricas) eligiendo para la administración al cónyuge superviviente encargado de la facultad de mejorar (fiduciario).

En conclusión, no se trata más que de la relación existente entre las fiducias y las instituciones de protección de la casa y el régimen de comunidad conyugal. Por eso hay que darle a la administración de este tipo un carácter amplio y extraordinario (en las legislaciones forales, como veremos posteriormente, el fiduciario paga deudas y cargas de la herencia, entrega legítimas...); por ejemplo, la Ley de Sucesiones Vasca habla de "alimentos a cargo de bienes hereditarios..." (art. 41) y la Ley sucesoria aragonesa detalla que "... el administrador satisfará las obligaciones y cargas... y gestionará los negocios que formen parte del caudal... cobrar créditos vencidos... cancelar fianzas y derechos que garanticen... actos propios de todo administrador y facultades de gestión que el causante les haya podido atribuir".

En definitiva, el art. 831 nada regula de todo esto, pero si queremos hacer una interpretación extensiva, por ejemplo, para «manejo» de una empresa familiar, a falta de una regulación detallada por el mismo fideicomitente en su testamento, habríamos de acudir a estas normas forales, lo que detallaremos más adelante.

(49) SIERRA PÉREZ, I.: "La fiducia sucesoria en Derecho común: El artículo 831 del Código Civil..." (*Op. cit.*, p. 89 a 121, en especial 119 y ss.).

(50) GARRIDO MELERO, M.: "Los fideicomisos" En la obra "Instituciones de Derecho privado" la parte de Sucesiones Tomo V. Volumen 1.º "La sucesión y las instituciones ordenadoras de la misma". (Pp. 839 y siguientes).

Como particularidad, cabe que nos podamos encontrar con una herencia administrada por varias personas. Por ejemplo, cuando lo estableció el causante, si existen herederos nombrados por el testador, hasta que su cuota no se rellene con bienes o derechos concretos, son cotitulares del caudal relicto, del conjunto y de todos y cada uno de los bienes que lo componen y tienen la administración sobre esos bienes. Y aun así, a mi juicio, el fiduciario sobreviviente, con facultades de mejorar, atribuir y distribuir bienes, inevitablemente habrá de compartir la administración con esos herederos. En tal caso, a la hora de formar las mayorías a efectos de administración, el cónyuge viudo tendrá una participación correspondiente al valor de los bienes sobre los que pende su derecho y además, lo que corresponda al valor del ejercicio de sus facultades, tal como si se tratase de un derecho de uso.

VI. LA DISPOSICIÓN DE LOS BIENES SOMETIDOS A LA FIDUCIA

La actual redacción del artículo 831 CC, como hemos estudiado, en su párrafo segundo, deja suficientemente clara la adjudicación de la administración de los bienes pendientes de distribución al fiduciario, pero nada establece en relación con el poder de disposición sobre ellos. Las redacciones antiguas nada mencionaron sobre la disposición. La vieja Resolución de 11 de marzo de 1929 complicó la posibilidad de disponer incluso de bienes concretos, pues según ésta "la expectativa correspondiente a los hijos, entre los cuales ha de verificarse la elección, no constituye un derecho transmisible que les permita comparecer en una escritura pública de compraventa como vendedores de las fincas que con el tiempo y mediante la declaración del cónyuge supérstite le han de pertenecer».

En definitiva, era imprescindible la atribución del cónyuge supérstite por la que éste se "despegue" del bien sujeto a distribución o mejora. Todo esto se complicaba aún más si teníamos en cuenta las tendencias (hoy ya consolidadas y aceptadas), que sostenían que no sólo podían ser mejorados los hijos o descendientes ya nacidos, sino también los nietos o descendientes de ulterior grado que incluso podían ser *concepturus nondum concepti*; lo que eliminaba cualquier teoría que no pasase por la concurrencia y consentimiento del cónyuge supérstite.

Debemos remitirnos, por tanto, a las opiniones y tendencias doctrinales anteriores a la reforma de 2003, ya que a nuestro juicio, en la actualidad seguirán siendo igualmente válidas. Hubo dos grandes grupos en la doctrina

a) La de los que entendían que no es posible ningún acto de disposición de bienes ni siquiera de cuota de la herencia. Eran los conservadores de la disposición por los herederos. Con los mismos argumentos que la doctrina atribuía a los posibles herederos de forma conjunta la administración, les concedía (antes de 2003) el poder de disposición sobre los bienes. Así, ALPAÑÉS (51) señaló que la disposición de los bienes de la herencia antes de la distribución correspondía al grupo formado por los hijos comunes, todos conjuntamente. La situación, a estos efectos, es la normal de una herencia indivisa en cuyo caso está perfectamente sancionado por la jurisprudencia que todos los herederos, juntamente, podrán disponer de cualquiera de los bienes que la integran. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO (52) hablaba igualmente de hijos comunes, pero con distinto razonamiento porque los hijos comunes, pueden disponer antes del reparto de los bienes, en cuanto que no es posible que el cónyuge viudo mejore a descendientes posteriores, que pudieren tener participación futura en la comunidad hereditaria. SECO CARO (53) exigía la totalidad de herederos sin distinguir comunes y no comunes, porque la disposición de los bienes de la herencia antes de la distribución corresponde a la totalidad de herederos conjuntamente y deberán tomarse las precauciones necesarias para garantizar la subsistencia del precio o contraprestación sobre el cual, por subrogación real, se condensan los derechos existentes sobre el bien enajenado. VALLET DE GOYTISOLO (54) acepta, en términos generales, estas afirmaciones doctrinales

(51) ALPAÑÉS, E.: "La delegación de la facultad de mejorar". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, núm. 194. Año 1953. (Pp. 325 y 327).

(52) CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I.: "La mejora". Barcelona 2003. (P. 82 y ss.).

(53) SECO CARO, E. "Partición y mejoras encomendadas al cónyuge viudo". Barcelona 1960. (P. 117).

(54) VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: "Comentario al artículo 831" en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales" dirigidos por Manuel ALBALADEJO. Tomo XI, 2.^a Edición. Madrid 1982, (P. 426). Dice el maestro VALLET: "Ninguno de los coherederos puede enajenar una cuota fija, menos

en el sentido de la imposibilidad de que los herederos puedan enajenar la cuota fija y menos aun los bienes concretos, pudiendo hacerlo todos ellos de consuno.

b) Los que, a pesar de no admitir la disposición de la cuota fija en la herencia, sin embargo sí permitían la de bienes concretos en ésta, siempre y cuando lo sea conjuntamente por el grupo de hijos comunes (LACRUZ BERDEJO (55)). Para éste, la existencia de una cláusula distributiva no afecta a los derechos que al conjunto de hijos indiferenciadamente corresponde en la herencia.

c) Los partidarios de una auténtica fiducia sucesoria con todas sus consecuencias. Hay algunos autores que van más lejos con una doctrina progresista y aunque hacen referencia a los herederos, también aprecian en el fiduciario cierta capacidad de enajenación. En este sentido dice SAPENA TOMÁS (56): "El fiduciario, con los legitimarios del difunto o quienes les hayan sucedido en su derecho, más los otros posibles llamados por el causante, podrán disponer de los bienes de la herencia, ya que en conjunto representan todos los derechos a la misma. Pero el especial carácter de la fiducia conyugal nos lleva a considerar la posibilidad, y conveniencia, de que el fiduciario disponga de los bienes a título oneroso". GARRIDO DE PALMA (57) se decantó claramente por esta posibilidad cuando dijo que lógicamente al cónyuge fiduciario debe concedérsele facultades dispositivas sobre los bienes de la herencia siempre que la enajenación tenga causa de necesidad (pérdida del bien, evidente deterioro), de utilidad clara (inversión en otros bienes más productivos) o satisfacer cargas

aún unos bienes concretos, como participación propia en la sucesión del causante. En cambio, se ha dicho que la disposición de los bienes de la herencia antes de la distribución corresponde al grupo formado por los hijos comunes todos conjuntamente... deberán tomarse las precauciones necesarias para garantizar la subsistencia del precio o contraprestación sobre la cual, por subrogación real, se compensan los derechos existentes sobre el enajenado".

(55) LACRUZ BERDEJO, J. L.: "Sucesiones II". (*Op. cit.*, nota anterior, p. 70).

(56) SAPENA TOMÁS, J.: "La fiducia conyugal". (Art. 831 del Código Civil)". En la obra homenaje a Juan B. VALLET DE GOYTISOLO. Volumen VIII. Publicaciones de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid 1988. (P. 907 a 985, especialmente 940).

(57) GARRIDO DE PALMA, V. M.: Lo sostiene en varias de sus publicaciones. "Visión notarial del artículo 831 del Código Civil". (*Op. cit.*, p. 367).

de la herencia o necesidades del cónyuge o de los hijos. Ahora bien, los capítulos (en sede de la redacción en que la delegación se concedía en capitulaciones matrimoniales) deben prever el supuesto atendiendo las circunstancias concretas, fundamentalmente, al caso de los hijos de corta edad. Y es que en definitiva tales enajenaciones lo son desde el punto de vista estrictamente jurídico; porque económica y socialmente cuando se dispone de un bien con ese fin se está administrando, se está administrando bien y fielmente.

Y éste es en definitiva el criterio que adoptó la redacción dada al art. 831 por la Ley de 2003: *"Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados además de conferir la propiedad al hijo o..."*. Parece que *a sensu contrario* no quepa otra forma de conferir la propiedad al hijo que no sea la disposición del cónyuge supérstite, con lo que ninguna disposición de los hijos por sí solos, aunque concurren todos los posibles mejorados, podrá transmitir nada si no es con la aprobación del viudo o viuda. Y más aún, con GARRIDO DE PALMA (58), "lógicamente al cónyuge fiduciario deben concedérsele facultades dispositivas sobre bienes de la herencia siempre que la enajenación tenga causa de necesidad (pérdida del bien, evidente deterioro), de utilidad clara (inversión en otros bienes más productivos) o satisfacer cargas de la herencia o necesidades de los hijos" y "atendiendo a circunstancias concretas, fundamentalmente, repetimos de los hijos de corta edad"; así pues, para este autor, opinión que yo comparto, la justificación de la disposición del supérstite estaría en el mantenimiento del patrimonio, bien sea para evitar la pérdida o deterioro, o bien para su crecimiento, y especialmente en atención al interés familiar. Se trataría casi de una administración dinámica, es decir, que se permite la disposición de bienes para los fines antes expuestos (conservación, cargas, mantenimiento de valor, necesidades de los hijos, educación, desarrollo y evolución de la empresa familiar); lo que ha sido llamado por otros la administración de bienes para su conservación útil

Entre unas y otras teorías existen, con la última redacción del 831 CC, desde la reforma de 2003, tendencias intermedias (59) que

(58) GARRIDO DE PALMA, V. M.: "Visión notarial..." (Nota anterior, pp. 386 y 387).

(59) CÁMARA ÁLVAREZ, M.: "Compendio de Derecho sucesorio". 3.^a edición actualizada por Esperanza MARTÍNEZ-RADÍO, Antonio de la, Edición de marzo de 2011. *La Ley*. Wolters Kluwer España 2011. ISBN 978-84-8126-879-9.

buscan un equilibrio en el que el fiduciario tenga un amplio margen de maniobra, para desarrollar todo aquello que exija la ejecución del encargo, y al mismo tiempo un control por los herederos, que pueda garantizar su postura. Puede suceder que mientras dure la situación de herencia yacente por estar pendiente el uso de la facultad fiduciaria, pueda ser necesario o conveniente, que se realice la enajenación de bienes hereditarios. En tal caso, SEDA HERMOSÍN (60) entiende:

1. Que pueden ser enajenados bienes concretos de la herencia, con el consentimiento de todos los interesados. A juicio de este autor serían tanto los herederos, sean o no legitimarios, como los legitimarios, sean o no herederos. Pero en este caso, es discutible si resulta preciso el consentimiento del cónyuge fiduciario. Para algunos autores (61), no es preciso su concurso. Con SEDA HERMOSÍN (62), entendemos que sí, pues con la enajenación, el fiduciario se verá privado de un bien sobre el que ejercitar su facultad. Además, si es legitimario (cónyuge viudo), la razón es doble, porque ve disminuidas garantías de sus derechos legitimarios.

2. Que ninguno de los herederos puede enajenar bienes concretos ni cuotas concretas, pues no se sabe exactamente qué bienes o qué cuota le va a corresponder en el ejercicio de la facultad fiduciaria.

3. Que puede enajenarse el derecho hereditario, antes de la partición, si bien ese derecho hereditario será impreciso e incierto en

Si bien para este autor, lo serían para actos de enajenación de frutos, actos precisos para la conservación de la empresa o negocio, y los necesarios para mantenimiento de patrimonio. (P. 254).

(60) SEDA HERMOSÍN, M. A.: "Facultad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código..." (*Op. cit.*, p. 279).

(61) SAPENA TOMÁS, J.: "La fiducia conyugal". (Art. 831 del Código Civil)". (*Op. cit.*, pp. 940 y 941). GARRIDO DE PALMA, V. M.: "Visión notarial del artículo 831 del Código Civil" y "Los actuales artículos 831 y 1056.2 del Código Civil: aplicaciones prácticas ante el Sistema de legítimas". (*Op. cit.*, pp. 121 a 136). Publicado también en Libro Homenaje a... (*Op. cit.*, pp. 2021 a 2029).

(62) SEDA HERMOSÍN, M. A. "La facultad....." (*Op. cit.*, en nota anterior, p. 278 y 279)

el *quantum* hasta que el fiduciario haya hecho uso y ejercicio de la facultad que le fue conferida.

Pero la tendencia que resume este autor (63), nos sirve de muy poco, porque de lo que se trata es de saber, si la redacción de 2003 ha avanzado algo en lo que se refiere a las posibilidades del fiduciario para los actos de disposición. Y en esto, no se manifiesta.

En cualquier caso, debe criticarse en este punto la ley, por haber desaprovechado la ocasión de recoger el régimen de disposición de los bienes de la herencia yacente afectada por esta facultad fiduciaria. Así, podría regular, por ejemplo, la disposición de bienes en caso de necesidad, o de utilidad evidente, o los efectos de la subrogación real de los bienes o derechos adquiridos a cambio de los enajenados.

En conclusión, el cónyuge fiduciario está facultado para disponer de los bienes componentes del caudal relicto entre los hijos y descendientes comunes, pero no a favor ni frente a terceros. Si hay legitimarios menores, podría solicitar del juez la autorización para vender ciertos bienes en caso de necesidad, y si son mayores y consienten en ello, también podría hacerlo. Pero si no se tiene esa autorización judicial en el caso de menores o no consienten en el caso de los mayores, no cabe la disposición. Esto es así aunque haya un grave riesgo de conservación del patrimonio que se administra para lo que es indispensable vender o hipotecar algo, por sí solo no puede hacer nada porque su función es administrar. Cabe la posibilidad de una petición de autorización judicial con la justificación de esa necesidad, pero no hay regulación al respecto. Pensando que esta administración puede darse durante un tiempo prolongado, creemos que si el fiduciario entiende que existe una necesidad ineludible de disponer de algún bien para salvar el resto del patrimonio, y los herederos no le dan su consentimiento es una solución el poder acudir al juez, quien tras una información sumaria, pueda suplir –o no– ese consentimiento.

En el supuesto en que existan descendientes del causante no comunes, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido por el causante tendrá poderes en cuanto a los bienes afectados a la facultad para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución de las disposiciones del causante o de adjudici-

(63) SEDA HERMOSÍN, M. A. "La facultad...". (En nota anterior, p. 278 y 279)

caciones relativas al pago de las legítimas, pero no más ni a otros efectos.

Por lo tanto para disponer frente a terceros de los bienes hereditarios, tanto si existen como si no existen descendientes no comunes (además de los comunes, como es obvio), se necesitará el consentimiento de todos los legitimarios, de los herederos nombrados por el fallecido en su testamento e incluso de los herederos nombrados por el propio fiduciario, en su caso, que pueden no ser legitimarios, por supervivencia de ascendiente que sea descendiente de mejor grado del causante (por ejemplo, el fiduciario que instituye heredero a un nieto, en vida de su progenitor).

En definitiva, a pesar de la reforma de 2003, no han cambiado las tendencias y las dudas en este punto de la disposición de los bienes sometidos a la fiducia.

Para finalizar este apartado, haremos una brevísima mención de algo que tampoco contempla la nueva redacción del art. 831 CC: la posible subrogación real de bienes en lugar de los dispuestos y la aplicación de los frutos de los bienes fideicomitidos. Se recoge por ejemplo en la fiducia sucesoria catalana que para su inversión en otros bienes que quedarán subrogados y quedarán incorporados a la herencia los frutos y las rentas no consumidos en las expresadas atenciones; en especial en el artículo 148 de la Ley de Sucesiones Catalana: «la contraprestación obtenida quedará subrogada en lugar de los bienes enajenados salvo que se haya destinado al pago de las deudas y cargas del caudal pendiente de asignación» y actualmente en el artículo 426-36 del Código Civil Catalán, que veremos en el último apartado de este capítulo. Naturalmente, el Código Civil no regula esto, y aplicar supletoriamente la normativa foral es excederse en la institución, porqué la fiducia del art. 831 no es tan amplia ni concede ese cúmulo de facultades.

VII. RESCISIÓN DE LOS ACTOS DEL CÓNYUGE FACULTADO

Los actos del fiduciario en ejercicio del encargo están sometidos a una especial forma de rescisión que se recoge en el párrafo segundo del número 3 del artículo 831 CC. Este, establece que si el cónyuge sobreviviente facultado por el testador, no respetase la legítima estricta de algún descendiente común o su cuota de participación en

los bienes relictos que hubiese ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge, en cuanto sean necesarios para la satisfacción del interés lesionado. El análisis de este precepto excede del estudio que ahora nos ocupa, por lo que someramente haremos una referencia a esta forma especial de rescisión.

Ciertamente, cuando se solicite la rescisión de un acto de distribución y adjudicación de los mencionados por perjuicio de la legítima, se tratará, de rescindir un acto particional, por lo que acudiremos, como ya hemos analizado anteriormente, a los artículos 1073 y siguientes del CC.

La acción de rescisión durará cuatro años, contados desde que el cónyuge realizó las atribuciones inoficiosas (cfr. art. 1076 CC). Dice el artículo 1077 CC que el demandado podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a una nueva partición. La indemnización puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio. Si se procede a una nueva partición, no alcanzará ésta a los que no hayan sido perjudicados ni hayan percibido más de lo justo.

El demandado no será el fiduciario, sino el descendiente adjudicatario de los bienes (adjudicación que perjudica la legítima de alguno de sus hermanos). A este último, corresponde optar entre el numerario o la misma cosa en que consistió el ejercicio de la fiducia. La nueva partición, en el caso de que esta sea la opción elegida, corresponderá al fiduciario y se limitará a «quitar a uno» para dar «al otro» la porción que complete su legítima estricta, salvo que el testador no le haya conferido la facultad de mejorar.

La rescisión se realiza contra un acto válido que causa un perjuicio, por lo cual puede ser impugnado por el perjudicado en los casos previstos por la Ley (artículos 1290 y siguientes del CC). En el caso de esta rescisión, parece reservada al traspaso de los límites impuestos a favor de los descendientes comunes. Por lo que, como ya estudiamos en el capítulo correspondiente, parece que tendremos que buscar otro tipo de ineficacia para el supuesto de no respetarse las legítimas de los descendientes no comunes. Lo que es criticable respecto de la redacción de 2003. Tal vez pudiera pensarse en la nulidad radical y absoluta, lo que resultaría excesivo e injusto, porque los actos nulos son insubsanables, y si los interesados están conformes con las actuaciones del fiduciario (por las razones que sean,

por ejemplo, quieren favorecer a su hermano incapaz, aunque sea de vínculo sencillo, o no les compensa heredar y pagar el impuesto de sucesiones...) podrán pasar por ellas.

Por lo tanto, a mi juicio, la solución es también la rescisión. Pues si según las reglas generales, la partición realizada por el testador puede ser impugnada por causa de lesión si perjudica las legítimas o cuando aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador (artículo 1057 CC), no se va a aplicar una solución distinta en este caso. Por analogía, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (64), considera rescindibles los actos del cónyuge facultado que perjudiquen las legítimas o contravengan la voluntad del testador manifestada en sus disposiciones de última voluntad.

VIII. LA FACULTAD DE ATRIBUIR BIENES CONCRETOS DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA Y NO LIQUIDADA. EL PAGO DE LAS LEGÍTIMAS Y DISPOSICIONES DEL CAUSANTE CON BIENES DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

Ya anticipamos que no nos detendremos especialmente en las facultades de mejorar y su extensión, aspecto éste, que corresponde a las facultades del fiduciario –que excede de nuestro estudio–, pero antes de entrar en la cuestión de la disolución de la sociedad de gananciales, es preciso mencionar que el artículo 831 CC permite, por un lado, que el cónyuge sobreviviente puede ejercitar las facultades previstas en el precepto tanto con bienes propios como con los procedentes de la sociedad de gananciales disuelta y pendiente de liquidación. En efecto, el párrafo tercero del apartado 1.º dice: *“Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa”*.

Y, por otro lado establece además aun otra opción: *“Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas y otras resulten*

(64) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: “El artículo 831 del Código Civil”. (*Op. cit.*, p. 1140).

suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite la facultad”.

Del tenor literal de ambos párrafos del precepto llegaremos a concluir que el cónyuge facultado puede utilizar los bienes de la comunidad postganancial (sociedad de gananciales disuelta y no liquidada) para ejercer las facultades conferidas por el testador y en cambio, solamente podrá utilizar sus propios bienes para pagar las legítimas y demás disposiciones del causante. A mi juicio, si puede pagar legítimas y demás disposiciones del causante con sus propios bienes no hay razón para sostener que no pueda utilizar a tal objeto bienes de la comunidad disuelta y no liquidada. Y también, que puede mejorar, atribuir y distribuir bienes con cargo a su propio patrimonio, pagando incluso las legítimas que a su herencia correspondan con bienes del causante.

Esto es así porque el legislador mantiene el espíritu de una partición ordenada y conjunta de los bienes de ambos cónyuges, que se llevará a efecto a la muerte del último de ellos, sin perjuicio al respeto a las legítimas y demás disposiciones del causante.

Veamos algunas de las cuestiones que se originan como consecuencia de las operaciones y medios que tiene el fiduciario para realizar el pago de los derechos de todos los interesados en la sucesión del concedente de la delegación.

1. Equivalencia de la partición que realiza el fiduciario a la realizada por el testador

Las facultades particionales del cónyuge viudo son muy superiores a las del contador-partidor, asemejándose a las del propio testador (LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (65)). En ese sentido, LACRUZ BERDEJO (66) sentó la doctrina de que la comisión del cónyuge premuerto habilita al superviviente para, de una parte, fijar el *quantum de la cuota sucesoria de cada uno de los descendientes, sin más límites que las legítimas y las disposiciones del causante; y de otra, seña-*

(65) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: “El artículo 831 del Código Civil”. (*Op. cit.*, p. 1140).

(66) LACRUZ BERDEJO, J. L.: “Elementos de Derecho Civil”. Tomo V. Barcelona 1988. 4.ª Edición, reimpresa en 2009. Editorial Dykinson, SL. ISBN: 9788498497311. (Pp. 381 y ss.).

lar los bienes que deben integrar cada cuota. Pero bien entendido, que tanto una como otra facultad puede ser matizada o limitada por el testador. Así pues, en cualquier caso es más que un contador-partidor, por cuanto ocupa el lugar del propio disponente, al señalar las cuotas de los descendientes y así la partición realizada por él debe considerarse como una partición hecha por el propio testador, con aplicación del artículo 1056 CC y sometida a las mismas reglas de respeto.

Pero como veremos a continuación, sus facultades particionales son incluso superiores a las del testador, pues puede utilizar bienes de la comunidad postganancial para conformar los lotes y, además, puede pagar con bienes suyos propios en determinados casos –descendientes comunes– con caudal extrahereditario.

La delegación que hizo el cónyuge premuerto habilita al sobreviviente para, de una parte, fijar el *quantum* de la cuota sucesoria de cada uno de los legitimarios y, de otra, señalar los bienes que deben integrar cada cuota (LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (67)). Esta misma autora razona que la única diferencia entre “adjudicar” que es un acto particional y “partir”, es que adjudicar se refiere a bienes concretos de la herencia, sin realizar una partición completa del haber relicto y la posibilidad de «partir» se refiere al reparto completo de la herencia, adjudicando todos los bienes, completando el pago de las correspondientes cuotas. Si esto lo completamos y conciliamos con la teoría que hemos contemplado de VALLET DE GOYTISOLO (68), que sostiene que la expresión de que se concede la facultad de distribuir debe entender comprendida la facultad de mejorar, a menos que ésta haya sido expresamente excluida o si el causante hubiere establecido claramente otra cosa, encontramos una auténtica fiducia sucesoria.

Realmente, si puede atribuir y adjudicar, también puede partir, pero entendido en un sentido jurídico y lógico coherente, la atribución y la adjudicación debe ir precedida de unas instrucciones sobre partición hechas por el testador. La cuestión es analizar si la parti-

(67) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: “El artículo 831 del Código Civil”. (Pp. 1122 y ss.)

(68) VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: “Comentario al artículo 831 del Código Civil” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones...* (Op. cit., p. 403 y ss.).

ción es anterior o posterior a esas adjudicaciones y atribuciones, de forma que esas sean título de adquisición o por el contrario la consecuencia de la partición sean esas atribuciones y adjudicaciones.

No obstante, si sólo se había concedido al viudo la facultad estricta de partir, ya hemos apuntado que habrá de sujetarse a las cuotas establecidas en el testamento; y si el viudo se sale de ellas, el perjudicado podrá ejercitar su acción de rescisión de la partición por lesión en más de la cuarta parte (arts. 1.074 ss. CC) Si bien, como veremos, esta postura tiene su contraria, bien fundada, que aplica el artículo 1.075 CC, de efectos bastante distintos, ya que al ser la partición realizada por alguien con tantas facultades como el testador, tal cual si la partición hubiere sido realizada por el mismo testador, nos encontramos con el efecto de que la partición no podrá ser impugnada por causa de la lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador. Lo razona de forma clara la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2005, conforme la cual, la acción de rescisión por causa de la lesión nace una vez realizada la partición, y por el contrario, el artículo 1074 CC no distingue entre las diversas clases de partición, por lo que la única salvedad será la recogida en el artículo 1075 CC. En definitiva, la partición realizada por el fiduciario, se somete a la excepción del 1075 CC, sin que quepa por lo tanto la acción de rescisión por causa de la lesión del artículo 1074 CC.

En cualquier caso y aunque el supérstite tuviese sólo la facultad estricta de partir, sin haber sido autorizado por el testador para mejorar, su actuación es de mayor contenido que la de un contador partidor del 1.057 CC, ya que no tiene que guardar celosamente la debida igualdad que se propugna en el artículo 1.061 CC; su actuación de partidor se equipararía a la partición del testador mencionada en el 1.056 CC, y además lo sería con la posibilidad de aplicar en su completa extensión el segundo párrafo de este artículo, lo que comentaremos más detenidamente.

En este caso, es de notar que no sería con sujeción a los requisitos del tercer párrafo del artículo 1.057 CC; pero especialmente se discute si esa partición sería rescindible por causa de la lesión en más de la cuarta parte de los bienes adjudicados prevista en el 1.074 CC; si nos inclinamos por su inaplicación, a los perjudicados sólo les quedarían las acciones reguladas en el 1.075 CC, que

recoge que la partición hecha por el propio difunto sólo puede ser impugnada cuando perjudique las legítimas ó se presuma que fue otra la voluntad del testador. En definitiva, se equipara la partición del supérstite a la del mismo testador.

SEDA HERMOSÍN (69) considera que se trata de un título de atribución y determinación de cuotas. Para este autor, el título de atribución y la correspondiente cuota de participación en la herencia debe ser especificada antes de la partición. Es decir, si el cónyuge está facultado para nombrar herederos o legatarios, deberá efectuar los nombramientos y establecer las cuotas de cada uno de los hijos comunes como paso previo a esa partición. Si no lo está, no cabe que haga la partición.

En consecuencia, como ya hemos sostenido, hay una equivalencia a la partición realizada por el testador, y por lo tanto, el fiduciario tiene unos poderes, por lo que se refiere a la partición, iguales a los que tenía su causante, y la partición que él realice es de la misma fuerza que la partición realizada por el mismo testador. En conclusión, las facultades particionales del cónyuge viudo fiduciario conforme el artículo 831 CC, son superiores a las del contador-partidor, asemejándose a las del propio testador.

Como explicó en sede del viejo precepto LACRUZ BERDEJO (70), la comisión del cónyuge premuerto habilita al superviviente para, de una parte, fijar el *quantum de la cuota sucesoria de cada uno de los descendientes, sin más límites que las legítimas y las disposiciones del causante; de otra señalar los bienes que deben integrar cada cuota; así pues, puede limitarse a uno u otros. En definitiva es mucho más que un contador partidor, por cuanto ocupa el lugar del propio disponente, al señalar las cuotas de los descendientes y así la partición realizada por él debe considerarse como una partición hecha por el testador, con aplicación del artículo 1056 CC y sometida a las mismas reglas.*

A mi juicio y en conclusión, la partición hecha por el fiduciario es la del artículo 1056 CC, es del mismo porte que la realizada por

(69) SEDA HERMOSÍN, M. A.: "Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil". (*Op. cit.*, p. 266 y ss.)

(70) LACRUZ BERDEJO, J. L.: "Elementos de Derecho Civil" Tomo V. Sucesiones – 4.ª Edición de Editorial Dykinson S.L. 2004, ISBN 84-9772-323-6 y otra de 2009 ISBN: 9788498497311. (Pp. 357 y ss.)

el testador, tal cual si la hubiera verificado aquel. Pero la diferencia está en que así como en el 1056 CC el partidor vive al confeccionar las operaciones, en el 831 CC, ha fallecido ya, y aunque la partición surta sus efectos en los mismos términos que la partición del testador, no puede ser modificada por aquel. Así pues, se sujetarán ambas a las rescisiones especiales del artículo 1075 CC, que hace excepción a la mencionada en el artículo 1074 CC (rescisión por causa de la lesión en más de la cuarta parte del valor de los bienes adjudicados); pero si en el artículo 1056 CC, la partición hecha en testamento era esencialmente revocable por el mismo testador, y solo producía efectos tras su muerte; la verificada en actos *inter vivos entre el testador y sus herederos, también producía sus efectos tras la muerte del causante, pero solo era revocable por otro documento suscrito por los mismos que participaron en la partición inter vivos (en los términos del artículo 1271 CC en relación con el mismo 1056 CC). En la partición realizada por el delegado conforme la fiducia concedida en virtud del artículo 831 CC, igualmente es revocable por el mismo fiduciario cuando la ha realizado en sus disposiciones de última voluntad –si es que estaba autorizado para realizarla así–, y la realizada en actos de disposición inter vivos, bien sea total o parcialmente, en uno o varios actos de adjudicación, conforme relata el texto del precepto, solo serán revocables en la medida que lo permita el vehículo o instrumento que se utilizó para realizar la mejora, adjudicación, atribución o partición en su caso. En definitiva, son iguales, pero con la única diferencia de que en la partición realizada por el fiduciario, la voluntad del testador está delegada en cuanto a esa materia en el supérstite, de forma que no cabrá alegar el inciso final del artículo 1075 CC (“...o de que aparezca, o racionalmente se presuma que fuera otra la voluntad del testador”), ya que esa voluntad está delegada e insita en la del fiduciario mismo. Solo cabría presumir que no quiso el testador conceder la fiducia, pero no cual fuera su voluntad, que está delegada, salvo las limitaciones mencionadas expresamente en el testamento, que no serán presunciones, y naturalmente el límite de las legítimas que mencionan los arts. 831 y 1075 ambos del CC.*

Esto no obstante, como hemos sostenido, en el caso de la fiducia del artículo 831 CC conforme la redacción de 2003, sus facultades particionales son incluso superiores a las del testador, pues recordemos que puede utilizar bienes de la comunidad postganancial para

conformar los lotes y adjudicaciones; además, también parece que, como veremos, aunque sea de forma indirecta, puede atribuirse bienes a sí mismo siempre que no conculque lo ordenado en el testamento.

2. Partición de la herencia y liquidación de la sociedad de gananciales. La liquidación de la sociedad conyugal

En principio, existiendo sociedad de gananciales u otra forma de comunidad de bienes entre los cónyuges, su liquidación es paso previo para la partición de la herencia. Hasta que se haya liquidado la sociedad de gananciales no sabemos ni cuantos ni cuales de los bienes de la comunidad conyugal que se atribuirán a la masa de la herencia del difunto y se incluirán en el caudal relicto. Puede ocurrir, incluso que hubiere bienes pendientes de la liquidación de otra sociedad ganancial sin liquidar de su primer matrimonio (art. 1409 CC).

Con anterioridad a la reforma de 2003, para determinar los bienes del difunto se tenía que proceder a liquidar la sociedad conyugal, ésta tenía que realizarse entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del causante, y si los herederos o alguno de ellos eran menores de edad, se les nombraba un defensor judicial conforme a los artículos 162 y 163 del CC se formulaba el inventario con citación de acreedores (analogía al 1.057 2 CC).

El actual artículo 831 CC establece "...y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar". De manera que el artículo 831 CC al conceder al cónyuge viudo la facultad de atribuir bienes de la sociedad conyugal disuelta pero no liquidada, lo que está concediendo es liquidar unilateralmente la sociedad conyugal disuelta. Además, el párrafo 3.º del apartado 3 establece "Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejerce las facultades", de forma que el viudo puede pagar las disposiciones del causante y las legítimas con adjudicaciones de

bienes pertenecientes a él, que pueden o no ser los que resulten adjudicados en la liquidación de la sociedad conyugal.

La cuestión de si puede el fiduciario que es cónyuge superviviente liquidar unilateralmente la sociedad de gananciales o en su caso la sociedad conyugal, sigue siendo algo que la reforma de 2003 no ha aclarado. Con la redacción de 1981 se planteaban numerosas cuestiones que debido a lo parco del antiguo texto, se resolvían en contra de ninguna facilitación de esa liquidación unilateral. No se admitía ni en teoría ni en la práctica. Tras la redacción de 2003, se han complicado aún más las cosas, ya que las amplias facultades del fiduciario no se entienden si no acompaña la facultad de liquidar los bienes comunes unilateralmente; en otro caso, el precepto se puede, por lo que se refiere a las facultades, quedar vacío de contenido. Con este planteamiento, la doctrina que estudiaremos se ordena conforme un abanico que oscila entre dos tendencias: una es la de que el cónyuge puede realizar adjudicaciones y particiones de todo tipo, incluso las que se refieran a los bienes de la sociedad conyugal, lo que se ampara en el texto del inciso final del primer párrafo del artículo 831 CC que establece: *"incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar"*. De acuerdo con esta interpretación, el viudo podrá liquidar por sí solo, y como además puede satisfacer las legítimas con sus propios bienes (esos propios bienes pueden ser los resultantes de la liquidación de la sociedad conyugal), conforme las amplias facultades que tiene el fiduciario en el apartado 4.º del 831 CC, nos encontraríamos con unas facultades enormes. En este sentido, ROMERO-GIRÓN DELEITO (71), DIE LAMANA (72), Y MILLÁN SALAS (73), para quien la nueva facultad del 831 CC respecto de la sociedad de gananciales, podía resultar una revolución jurídica. A mi juicio, son excesivas de todo punto de vista, pues le permitirían burlar las legítimas de los

(71) ROMERO-GIRÓN DELEITO, J.: "El nuevo artículo 831 del Código Civil. Una aplicación práctica". (*Op. cit.*, p. 224).

(72) DIE LAMANA, J.: "El artículo 831 del Código Civil reformado por Ley 41/2003. Una reducción puntual pero importante de las legítimas en Derecho Común". Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo, núm. 32. Abril 2012. (En página web del Seminario Carlos Hernández Crespo).

(73) MILLÁN SALAS, F.: "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil". (pp. 403 a 433). *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Tercera Época, CLIII, enero-marzo. 2006, núm. 1. (p. 420).

hijos comunes, o incluso de los hijos que sólo lo son del causante o incluso de posibles acreedores, pero creo que indudablemente debe buscarse una forma de liquidación unilateral o algo que favorezca la misma puesto que en otro caso, la fiducia estaría muy limitada. Por lo tanto, anticipo que defenderemos una interpretación abierta de esta posible liquidación de la sociedad de gananciales por parte del cónyuge fiduciario por sí solo, aunque para esto, se hace preciso garantizar también los intereses en juego.

La otra tendencia, sería la de mantener que el cónyuge carece de tal facultad, porque esto podría suponer una peligrosa autocontratación, ya que se vulnerarían derechos de otros implicados, como los legitimarios e incluso hijos no comunes. El argumento literal del texto, también puede servir aquí, porque la mención de la adjudicación de bienes de la sociedad de gananciales que esté disuelta pero aún sin liquidar, no autorizaría la práctica de ninguna liquidación si no es ajustada a las normas generales, esto es con la intervención conjunta del cónyuge viudo y de los hijos comunes y los no comunes del causante; en el caso de existir menores o incapacitados habría que exigir las representaciones legales pertinentes y en su caso las autorizaciones judiciales correspondientes, sobre todo, habida cuenta de la colisión de intereses, lo que las haría necesarias siempre. La prudencia de la práctica notarial ha hecho que esta sea la tendencia a la que se acoge el Notario, por conservadora y en evitación de que el ejercicio de esta facultad de la fiducia se convierta en un semillero de pleitos y responsabilidades profesionales. Pero lo cierto es que ignorar esta facultad concedida en el artículo 831 CC, dejaría vacía de contenido en muchos de sus aspectos la fiducia. Naturalmente, siempre cabe el remedio que ha creado y se utiliza por la práctica notarial, que en ejercicio de previsión aconseja que en el testamento en el que se instituye la fiducia, al mismo tiempo se designe un contador partidor con facultades para liquidar la sociedad conyugal junto con el cónyuge supérstite. En este sentido SEDA HERMOSÍN (74), LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (75) y GARCÍA RUBIO (76). En definitiva, a juicio

(74) SEDA HERMOSÍN, M. A.: "Facultad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil". (*Op. cit.*, p. 273 y ss.).

(75) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: "El artículo 831 del Código Civil". (*Op. cit.*, p. 1140 y ss.).

(76) GARCÍA RUBIO, M. P.: "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar". *Anuario de derecho Civil*. Tomo LXI,

de esta doctrina, el cónyuge no puede liquidar por sí sólo, porque deja a los hijos prácticamente inermes y no puede privarles de todos sus derechos. Además de que esa liquidación afecta no sólo a los hijos comunes, sino también a los no comunes –si existieren–. En todo caso una partición así hecha, no les podría ser oponible ni a los hijos ni a los acreedores.

Por todo ello, para el supuesto de poder ser conveniente la liquidación de la sociedad conyugal, como acto previo al ejercicio de las facultades delegadas por parte del sobreviviente, es muy conveniente prever en el testamento el nombramiento de contador partidor con esta única finalidad, de liquidar la sociedad de gananciales junto con el cónyuge supérstite.

A nuestro juicio, que se ha anticipado antes y que ha cambiado desde el año 2003 (RUEDA ESTEBAN (77)), debe buscarse la permisión de esa liquidación unilateral de la sociedad conyugal, porque si no, las facultades del fiduciario quedarían muy mermadas como no esperase al ejercicio de la fiducia en el último testamento, para evitar la confluencia de intereses. Lo habitual es que ninguno de los legitimarios solicite la liquidación de la sociedad conyugal ni la precise el fiduciario, y éste, ejercite sus facultades de ejecución de la fiducia en su propio testamento, haciendo una partición conjunta de los bienes propios y los del causante de la sucesión en que se le encomendó la delegación. Es por esto, que no existe jurisprudencia sobre esta materia. No obstante, la cuestión de los hijos comunes o no (en este segundo caso con mayor razón), menores o incapacitados, o incluso discapacitados, y su condición de sujetos protegidos, nos parece que es un obstáculo importante a la hora de hablar de estas facultades del fiduciario respecto de la sociedad de gananciales, por lo que como hemos sostenido, la prudencia aconseja el nombramiento de un contador partidor para estas situaciones.

fascículo de enero-marzo 2008. Ediciones del Ministerio de Justicia. (Pp. 58 a 110, en especial la p. 96).

(77) RUEDA ESTEBAN, L.: "La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil". (*Op. cit.*, p. 973). "El artículo 831 del Código Civil" en "El Patrimonio familiar, profesional..." (*Op. Cit.*, pp. 176 y 177).

Para ROMERO GIRÓN DELEITO (78), la innovación de la nueva redacción respecto de la incidencia en la sociedad de gananciales plantea sus propios problemas. El artículo 831 CC permite que el cónyuge fiduciario pueda ejercitar sus facultades sobre bienes de la sociedad de gananciales disuelta y sin liquidar. Esto es una auténtica revolución por lo que se refiere a la liquidación de los bienes comunes. Pero esta es una atribución muy peculiar, pues, ya implique una liquidación parcial de la sociedad de gananciales, ya una disposición de bienes concretos sin necesidad de previa liquidación o partición (Resoluciones de la DGRN. de 10 de diciembre 1998, 25 de febrero de 1999, 11 de diciembre de 1999 y 28 de noviembre de 2000, 11 de enero de 2001 y 31 de enero de 2004), lo cierto es que se efectúa solo por el cónyuge fiduciario, sin intervención de los herederos del premuerto. En consecuencia, si esto fuera así, podríamos llegar a la conclusión de que lo que puede hacerse por actos aislados puede hacerse en un solo acto, de modo que el cónyuge fiduciario podría practicar por si solo la liquidación total de los bienes gananciales. Esto, creemos, parece una conclusión demasiado aventurada, porque el artículo 831 CC no da por supuesta esa posibilidad, sino que la extrae generalizando un caso singular respecto de un bien concreto, y es excesivo considerarlo liquidación generalizada de la sociedad de gananciales, aunque pueda ser repetido sobre otros bienes. En la práctica, parece más prudente que en el caso de que el cónyuge fiduciario desee efectuar la liquidación, que es una opción entregada a su arbitrio, se tomen las medidas pertinentes para evitar el riesgo de impugnación por colisión de intereses, ya sea imponiendo la intervención de los herederos, ya sea designando contador-partidor *ad hoc* por plazo indefinido o exigiendo tasación pericial, salvo el caso de que la liquidación se efectúe adjudicando todos los bienes en proindivisión. En resumidas cuentas, lo que habíamos defendido anteriormente.

Por otra parte, en las adjudicaciones *inter vivos* de bienes gananciales, deberán expresarse los conceptos de forma clara, así como si se efectúa con cargo a la participación ganancial del testador, del cónyuge viudo o de ambos, debiendo preverse en lo posible, en el testamento del causante.

(78) ROMERO GIRÓN DELEITO, J.: "El nuevo artículo 831 C.C. una aplicación práctica". (*Op. cit.*, pp. 224 y 225).

No tiene antecedentes (DIE LAMANA (79)) esta forma de liquidación de la sociedad conyugal. Ya hemos comentado, que en el precepto, no se expresa directamente si el cónyuge sobreviviente puede o no puede por sí solo liquidar la sociedad de gananciales, como acto previo a la partición en ejercicio de la facultad delegada, lo cual es muy importante en la práctica. Pero se intuye de la redacción de la norma. A mi juicio, debe buscarse esta posibilidad, pero como regla general es excesivo, y desde luego como confluyan intereses de los herederos descendientes e incluso de acreedores no creo que pueda hacerlo sólo.

VALLET DE GOYTISOLO (80), consideraba respecto de la redacción de 1981, que no comprendía la facultad de liquidar la sociedad conyugal. Pero la redacción de 2003 fue más allá de lo que siempre se reguló en forma clásica. Por eso hemos calificado la innovación de una auténtica revolución jurídica y legislativa.

Por un lado, la liquidación de la sociedad conyugal puede resultar innecesaria, con la redacción de 2003, en caso de que el supérstite ejercite la facultad delegada en su propio testamento, en el cual distribuya conjuntamente con su propio caudal el haber del cónyuge premuerto. El obstáculo es que si hay hijos no comunes, van a tener que esperar al fallecimiento del cónyuge de su progenitor para conocer el total del caudal hereditario del mismo (en el que obviamente se incluyen los bienes de esa sociedad de gananciales que se le adjudiquen por su mitad). Esta última posibilidad está contemplada directamente en la redacción actual, apartado 1 segundo párrafo. (... *si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento...*), y facilitada por el carácter de administrador del cónyuge supérstite (apartado 2) y por la posibilidad tan frecuente en la práctica de ser designado usufructuario universal. Como consecuencia de esta actuación del supérstite como administrador de un patrimonio ajeno, habrá de rendir cuentas y tendrá responsabilidad por su gestión, así como derecho a reembolsarse de los gastos o

(79) DIE LAMANA, J.: "El artículo 831 del Código Civil reformado por Ley 41/2003. Una reducción puntual pero importante de las legítimas en Derecho común". (*Op. cit.*, página web Seminario Carlos Hernández Crespo)

(80) VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: "Comentario al artículo 831 del Código Civil" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones...* (*Op. cit.*, p. 420 y ss.).

perjuicios que su gestión le haya reportado, siempre que no haya actuado negligentemente, y los daños se deban a esa negligencia.

Por otro lado, la posibilidad de liquidar la sociedad de gananciales realizada por el cónyuge supérstite por sí solo, supondría un claro supuesto de indebida autocontratación, con contraposición de intereses. Quizás por eso, la redacción de la Ley 41/2003 no confiere al sobreviviente la facultad de liquidar la sociedad de gananciales pero sí realizar adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar (apartado 1).

Sigue en esto la redacción de la Ley 41/ 2003, como en otros muchos puntos, la solución de la Ley de Sucesiones de 1999 de Aragón (artículo 142. 3, hoy artículo 449 del Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas, Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón). La actuación del fiduciario sobre los bienes de la sociedad conyugal disuelta sin liquidar se entiende sin perjuicio de las acciones y ha de estar sujeta a la posible reclamación de los legitimarios, para evitar el fraude de sus derechos. Eso no lo podía hacer el cónyuge concedente y tenía sus límites. Por tanto, el fiduciario también estará sujeto a esos límites. En definitiva se trata de una forma de pagar con bienes extrahereditarios. Esta solución del apartado 1, es parcial y puede crear muchos problemas a la posterior liquidación de la sociedad de gananciales. En Aragón hay soluciones totales, aparte de la mayor libertad de testar que puede evitar por anticipado problemas con algún hijo, como es la del artículo 77 de la Ley 2/2003 de Régimen Económico Matrimonial, actualmente artículo 258(81) del texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas (Código de Derecho Foral de Aragón), por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, que permite la liquidación de la sociedad conyugal promovida por el fiduciario. Pero claro está, en Aragón, la fiducia sucesoria es algo con lo que se ha convivido siempre, su regulación viene de muy atrás y

(81) Artículo 258: "Derecho a la división. –1 Disuelto el consorcio, cualquiera de los cónyuges o partícipes tiene derecho a promover en cualquier tiempo la liquidación y división del patrimonio consorcial. También se hallan legitimados para ello el fiduciario y el contador partidor de la herencia del cónyuge premuerto o de cualquier partícipe..."

sobre todo, concilia perfectamente con la naturaleza colectiva de la legítima. Ocurre que como siempre que se incorpora una institución de Derecho Foral al riguroso sistema legitimario del Código Civil, se producen desajustes en la aplicación del mismo. Por eso fue valiente e inteligente el legislador al afrontar la actual redacción del artículo 831 CC.

No obstante, recordaremos la observación que hemos hecho anteriormente respecto a que esa liquidación de la sociedad conyugal, como acto previo al ejercicio de las facultades delegadas por parte del sobreviviente, se deberá prever en el testamento el nombramiento de contador partidor con esta única finalidad, de liquidar la sociedad de gananciales junto con el cónyuge supérstite. Con esto se evita la confluencia de intereses. Ciertamente, el consejo habitual del Notario autorizante de un testamento en el que se establezca la fiducia sucesoria y delegación del artículo 831, es la de que el delegante o concedente prevea el nombramiento de un contador-partidor, para llegado el momento en que el fiduciario precise hacer una adjudicación en ejecución de la fiducia, pueda, si lo desea, hacer una liquidación de la sociedad conyugal, aunque sea de forma parcial. Es la conclusión que sostiene GARRIDO DE PALMA, "en aras de la cohesión y armonía familiar", que coincide con la "partición integral del patrimonio privativo del causante con el conyugal, para realizar una distribución ordenada de la sucesión en el patrimonio familiar" (82).

En definitiva, también ha cambiado el criterio en esta materia. Antes de la última reforma del año 2003, la liquidación debía efectuarla el supérstite junto con los herederos del premuerto, lo que obligaba en caso de menores de edad a la intervención del defensor judicial y a la formulación de inventario con citación de acreedores (analogía al 1.057 2 CC); en contra la doctrina más permisiva (MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE (83)), que había entendido que el cónyuge

(82) RUEDA ESTEBAN, L.: "El artículo 831 del Código Civil" (en el Patrimonio familiar, profesional y empresarial; sus protocolos) (Dirigida por VICENT CHULIÁ, GARRIDO MELERO y FERNANDO ESTEVILL). Editorial BOSCH. "Fiducia sucesoria del artículo 831 CC." *Boletín información del Colegio Notarial de Granada* número 279-marzo 2005.

(83) MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, E.: "Las particularidades de derecho patrimonial en el noroeste de España, ante la Compilación gallega y el Código Civil" Edita Becerreá. 1964, Madrid. (Pp. 194, 200 y 201).

viudo, actuando en el supuesto excepcional del 831 CC como contador partidor de la herencia de su esposo y en nombre propio como supérstite, podría practicar la liquidación de la sociedad conyugal. La incompatibilidad provenía de la objeción de que el cónyuge viudo en cuanto a heredero forzoso de su cuota legal, no podía ser contador partidor (STS 8 de febrero de 1.892 y otras), y en ese sentido, al recibir su cuota legal, no podía ejercitar funciones de distribución (y paradójicamente sí podía mejorar, lo que es incongruente) en virtud del 831 CC. Por eso, lo más lógico era entender que el artículo 831 CC hacía una excepción a favor del viudo respecto a los límites impuestos por el 1.057 CC (Piénsese que entonces el pacto se hacía en capitulaciones). No obstante, como hemos analizado antes, el legislador ha optado por las ideas más facilitadoras del ejercicio de la fiducia: *"...y en general adjudicaciones ó atribuciones de bienes concretos por cualquier título ó concepto sucesorio ó particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar."*

También del inciso final del último párrafo del núm. 4 se deduce: *"... suficientemente satisfechas aunque en todo ó en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades."* En conclusión, no se comprendía antes la facultad de liquidar la sociedad conyugal, pero la práctica había ideado mecanismos para sin colisión de la norma, ordenar una partición conjunta del caudal del finado y el del supérstite. Por todo esto, la liquidación de la sociedad conyugal puede resultar innecesaria con la redacción de 2003 en caso de que el supérstite ejercite la facultad delegada en su propio testamento, en el cual distribuya, conjuntamente con su propio caudal, el haber del cónyuge premuerto. Recordemos que esta última posibilidad está contemplada directamente en la redacción actual, apartado 1 segundo párrafo. (*...si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento...*), y facilitada por el carácter de administrador del cónyuge supérstite (apartado 2) y por la posibilidad tan frecuente en la práctica de ser designado usufructuario universal.

Así, era habitual la inclusión en el testamento, junto con la facultad del 831 CC, la de una liquidación de la sociedad conyugal y distribución conjunta del caudal propio y el del cónyuge; y también en el testamento del supérstite, una distribución conjunta del caudal propio y del haber del premuerto.

En otras ocasiones, la liquidación de la sociedad conyugal se hacía innecesaria, porque ningún legitimario lo exigía, y si el propio supérstite no lo pretendía, se relegaba todo a la partición hecha en el testamento del supérstite (esto se facilitaba normalmente por la coexistencia con el usufructo universal del viudo, que le evitaba la necesidad de liquidación).

Ahora, toda esta interpretación es muy cuestionable a nuestro juicio y no es necesaria, ya que al concederse al viudo la facultad de atribuir bienes de la sociedad conyugal disuelta y no liquidada, parece que se permite la práctica de una liquidación unilateral de aquélla. Y se completa la facultad con la posibilidad de que el cónyuge viudo pague las legítimas y disposiciones del causante con adjudicaciones de sus propios bienes, que pueden ser los resultantes de esa liquidación.

En consecuencia, la redacción de 2003, naturalmente nos suscita dos posibles interpretaciones: por un lado, la de que en la nueva redacción, se vislumbra una tendencia que coincide con el sentir actual de la sociedad de que en los matrimonios con hijos comunes hay una sola herencia; se produce una mezcla de los bienes de ambos cónyuges y de los comunes del matrimonio, de manera que todo se repartirá de forma sincronizada al fallecimiento del último de ellos; no se trata sólo de la protección del patrimonio del discapacitado (*ratio legis* de la norma), sino de la transmisión ordenada y continuidad de la empresa y del patrimonio familiar.

Por otro lado cabría una crítica desfavorable al camino seguido; se ha permitido una liquidación anticipada de la sociedad conyugal y de forma unilateral, lo que produce discutibles efectos jurídicos; anticipada no lo es de forma absoluta sino relativa: desde luego cabe esa liquidación en vida del viudo, pero puede dañar el patrimonio empresarial familiar, pues no se trata de bienes de cuantificación y valoración fácil (sobre todo si se hace de forma acelerada); por unilateral, la crítica, como hemos razonado, consistiría en que se trata de excesivas facultades para el cónyuge supérstite, lo que conducirá a un evidente "conflicto de intereses" con los legitimarios; y esto aunque se trate de una liquidación parcial del patrimonio conyugal; además, esta forma de liquidación y pago a los legitimarios con bienes propios del viudo puede suponer perjuicios para terceros (los acreedores por ejemplo).

En resumen y para concluir, hay doctrina reciente de la DGRN que no permite la liquidación unilateral de la sociedad conyugal cuando

esté concedida la cautela *socini*, incluso aunque se mantenga la herencia indivisa. Sin duda, el actual precepto somete todo esto a revisión (84). Coincidimos con GARRIDO DE PALMA (85) en que de alguna forma el artículo 831 CC si no lo permite abiertamente, pretende la permisión de la liquidación unilateral de la sociedad de gananciales. Al menos, que el fiduciario pueda liquidar parcialmente respecto de alguno de los bienes con cargo a la liquidación total futura. Esto tiene su sentido si observamos el criterio de que se trata de una partición integral en orden a la sucesión ordenada del patrimonio doméstico y familiar: un patrimonio único a efectos sucesorios. Se cuestionó SAPENA TOMÁS (86) si ha de entenderse facultado el fiduciario cuando el testador ordena la sucesión del caudal incluso el de carácter ganan-

(84) La doctrina de la DGRN ha quedado plasmada en Resoluciones del Centro Directivo en las que no se permite la liquidación unilateral de la sociedad conyugal si concurre con la cautela *socini*, incluso manteniendo la herencia indivisa. Lo cierto es que a pesar de la redacción del 831 desde 2003, no se ha revisado la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado. La Resolución de 2 de diciembre de 2003 establece que la partición de la herencia de una persona que estaba casada en sociedad de gananciales requiere ineludiblemente la previa liquidación de la sociedad ganancial, liquidación para la que es imprescindible el consentimiento del cónyuge viudo y desde luego se da por supuesto que también el de los herederos y en su caso los legitimarios. El centro de la fundamentación está en la exigencia del consentimiento de la viuda, pero la Resolución da por supuesta la concurrencia del consentimiento de los hijos. En el mismo sentido las Resoluciones de 6 de febrero de 2008, 24 de septiembre de 2003, que reiteran la de 11 de mayo de 1998. En estas, la partición hecha solo por el contador, aunque se refiera solo a los bienes privativos del causante, requiere inexcusablemente la concurrencia del cónyuge viudo, porque solo después de la liquidación será posible determinar el caudal partible y hacer inventario de los bienes. Pero tras la redacción de 2003, cabe que ese consentimiento del supérstite baste por si solo para la liquidación. La Resolución de 28 de febrero de 1992 recoge que solo cuando concluyan las operaciones liquidatorias "esa cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se adjudiquen."

(85) GARRIDO DE PALMA, V. M.: "Actualidad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil". *Revista Jurídica del Notariado*, número 83, 2013. P. 363.

(86) SAPENA TOMÁS, J.: "La fiducia conyugal". (Art. 831 del Código Civil)". En la obra homenaje a Juan B. VALLET DE GOYTISOLO. Volumen VIII. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid 1988. Reeditado el artículo en *Revista Jurídica del Notariado*, número de 2004.

cial. No tenemos jurisprudencia sobre esta cuestión, pero la solución que apuntaba este autor, sobre la posible adjudicación por parte del fiduciario a los descendientes de la mitad de los bienes de la sociedad conyugal en uso de su facultad fiduciaria, y la otra mitad por su propio derecho –como donación– a cuenta por ejemplo de su propia herencia, nos parece una solución práctica apropiada. Así pues, con el texto actual, se permite la liquidación unilateral del cónyuge supérstite excepcionando los límites del 1057 CC que someterían el ejercicio de la facultad del 831 CC a lo dispuesto en otros artículos, como el 1061, 1062... todos del CC. Pero seguimos encontrando los mismos obstáculos de necesidad de consentimiento de los hijos comunes –y desde luego de los no comunes– a menos que se salvase la oposición de intereses con la intervención de un contador partidor.

Además, por igualdad de *ratio legis*, entenderemos que puede usar de la facultad concedida en el 1056.2 CC; esa partición, además no será rescindible por causa de la lesión en la cuarta parte a que se refiere el 1074 CC, sino que lo será por la acción del 1075 CC (conforme ya vimos anteriormente) con la adición de que está sometida a la voluntad del causante, con lo que cumple la segunda circunstancia del precepto "... de que aparezca, ó racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador"; además, no serán aplicables los requisitos formales del 1057 CC en los párrafos 2.º y 3.º (inventario de los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de los sometidos a patria potestad, tutela o curatela, citación de los demás interesados, aprobación judicial en su caso). En cualquier caso, no necesita el consentimiento de los herederos, pues no tiene carácter contractual, a diferencia de la hecha por los coherederos (STS de 16 de marzo de 2001).

En conclusión, no obstante el gran privilegio que diferencia esta partición hecha por el fiduciario de otras, hay que emplear con prudencia esta posibilidad de la liquidación unilateral de la sociedad de gananciales. Para SEDA HERMOSÍN (87), no se puede liquidar la sociedad de gananciales en modo total y absoluto, sin contar con los legítimos y herederos del premuerto. Pero nosotros entendemos que el fiduciario tiene ciertas facultades, relativas, en orden a la liquidación de gananciales, pues puede hacer atribuciones a favor de hijos

(87) SEDA HERMOSÍN, M. A.: "Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil." (*Op. cit.*, p. 273)

y descendientes comunes con bienes procedentes de la sociedad de gananciales disuelta y no liquidada (inciso final del párrafo primero del artículo 831 CC). Sería a nuestro juicio, una adjudicación parecida a la traba de bienes gananciales que se produce en el caso del artículo 1373 CC, para el embargo de bienes gananciales pedido por el acreedor de deudas propias de uno de los cónyuges. Así pues, en la traba se sustituirían los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal. De la misma forma que para el caso de embargo se produciría la disolución de aquella, igualmente procedería la liquidación en el caso del ejercicio de la fiducia.

En definitiva esto significa que el cónyuge, por sí sólo, ordena que determinado bien ganancial forme parte del caudal relicto por el testador concedente y, por tanto, opera una suerte de liquidación parcial respecto de los gananciales. En la práctica, existiendo sólo hijos comunes es más fácil, pero si también hay hijos no comunes se complica. Y es que con hijos no comunes, para pagarles su legítima, antes habrá que liquidar la sociedad de gananciales para saber a cuanto asciende la mitad de su progenitor (y, en su caso, hacer el juego de reembolsos entre patrimonios que corresponda) y junto con los bienes privativos poder calcular su cuantía.

3. Mejoras, adjudicaciones y atribuciones de los bienes de la comunidad postganancial

Hemos analizado la cuestión de la liquidación, pero ¿qué ocurre si se adjudican directamente bienes de la sociedad postganancial? ya hemos sostenido que la solución más sencilla es que el viudo adjudique los bienes de la sociedad conyugal a los descendientes en cuanto a una mitad en uso de sus facultades fiduciarias y la otra mitad por su propio derecho, y como donación, a cuenta o no de su propia herencia, según lo ordene. Donación que aceptarán o no los propios donatarios. En este caso, se aplica de forma natural la solución apuntada.

La facultad de utilizar bienes de la comunidad post ganancial es algo que ha preocupado siempre a la doctrina (LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (88)), y como hemos anticipado, con la inclusión de la posibilidad

(88) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: "El artículo 831 del Código Civil." (*Op. cit.*, p. 1127).

en el 831 CC, se abre un nuevo campo para la organización de la sucesión sincronizada entre los cónyuges. El artículo 831 CC termina el párrafo donde describe las facultades del cónyuge añadiendo la siguiente frase "*incluidos bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar*". Se pregunta LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (89) si tal posibilidad se extiende a todas las facultades o se limita al supuesto de concesión de la facultad de partir.

Del análisis conjunto del precepto, ya he defendido anteriormente que cabe tal posibilidad en todos los casos. Es decir, se podrá mejorar con cargo a bienes de la comunidad postganancial y atribuir o adjudicar bienes de tal comunidad y proceder al reparto conjunto de los bienes privativos del difunto y de los bienes de la sociedad conyugal, extinta y no liquidada, con los problemas que en capítulos relativos a los límites del fiduciario, si bien esta cuestión excede de nuestro estudio porque estaría dentro de las cuestiones que se refieren a los límites de la facultad del fiduciario.

En resumen, para realizar la partición de la herencia, se hace necesario contar con la liquidación de la sociedad de gananciales, bien sea con su liquidación o bien con este mecanismo del artículo 831 CC. Porque existiendo sociedad de gananciales u otra forma de comunidad de bienes entre los cónyuges, su liquidación es paso previo para la partición de la herencia. Hasta entonces no sabemos ni cuantos ni cuales de los bienes del consorcio que se atribuirán a la herencia del difunto. Solo excepcionalmente se podrá hacer esta forma de liquidación especial sin las formas técnicas clásicas, cuando se haya hecho institución de la fiducia del artículo 831 CC mediante la atribución de bienes de la comunidad postganancial.

Así pues, como hemos analizado antes, en este caso, la posibilidad de que el cónyuge fiduciario pueda utilizar bienes de la sociedad conyugal disuelta y que esté sin liquidar nos puede llevar a pensar que está facultado para liquidar en solitario esa sociedad. Si así fuera, entiende LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (90) que antes de partir la herencia del difunto, el cónyuge viudo podría adjudicarse a sí mismo bienes de la sociedad de gananciales. Después de liquidar la socie-

(89) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: "El artículo... ." (Nota anterior, p. 1127 y 1134)

(90) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: "El artículo 831 del Código Civil." (*Op. cit.*, p. 1134)

dad de gananciales, en la partición de la herencia, podría concretar los bienes sobre los que recaería su usufructo, ya que las facultades conferidas no le privan de su cuota legal (y eso como mínimo pues el causante ha podido dejarle más de lo que por legítima le corresponde. Es más, lo frecuente es que se le deje el tercio de libre disposición). Esa concreción podría hacerla incluso de forma indirecta, pues dado que su usufructo recae sobre el tercio de mejora, le bastaría con adjudicar en ese concepto los bienes que le interese usufructuar.

Se daría así la circunstancia de que en el cónyuge viudo confluirían las condiciones de partidor, miembro de la sociedad de gananciales (extinta y no liquidada) y representante de la herencia yacente, en su condición de administrador. A juicio de esta autora (LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (91)), opinión que yo comparto, resulta excesivo. Por eso las corrientes críticas que hemos expuesto antes.

Existiendo algún hijo no común, favorecido por el testador, el precepto dice que el cónyuge que no sea pariente el línea recta de tal tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a las facultades conferidas, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución relativos a las legítimas o disposiciones del causante. Sobre esto volveremos posteriormente.

A contrario sensu, cuando no se den estas circunstancias el cónyuge fiduciario no representará a sus hijos comunes, por lo que tendrá que contar con éstos, sí fueran mayores de edad, para liquidar la sociedad de gananciales e incluso cabe pensar que tendrán que dar su aprobación a las operaciones de partición de la herencia (RUEDA ESTEBAN (92)).

Desde luego, si existen hijos menores, el cónyuge fiduciario será su representante legal, por lo que no podrá proceder a la liquidación de la sociedad conyugal ni a la partición de la herencia sin nombrar un defensor judicial, pues a esa solución conduce la doctrina que fluye del artículo 1057 CC, como bien dice el Auto del Presidente del

(91) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA; C.: "El artículo... (*Op. cit.*, nota anterior, en pp. 1134 y 1135).

(92) RUEDA ESTEBAN, L.: "La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil" (Boletín de Información de la Academia... (*Op. cit.*, p. 973). "El artículo 831 del Código Civil" en "El Patrimonio familiar, profesional y empresarial..." (*Op. cit.*, pp. 177, 178 y 183).

Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 3 de octubre de 1989, que si bien está referido al Derecho Foral de esa Comunidad Autónoma sería aplicable al caso del 831 CC. Por eso, la solución apuntada de un contador partidario que comparta la partición y distribución con el fiduciario, para así evitar los inconvenientes de paralizaciones y demoras producidas por el nombramiento procesal de defensores judiciales.

Respecto a la posibilidad de la facultad de atribuir bienes concretos de la sociedad de gananciales disuelta y no liquidada, y el pago de las legítimas y disposiciones del causante con bienes del cónyuge superviviente, incluso de la comunidad postganancial, nos referiremos a ello en el apartado relativo al pago de los derechos de los legítimos.

A juicio de LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (93), de la dicción literal del precepto se puede deducir que el fiduciario puede atribuir los bienes gananciales adjudicados a la herencia del difunto en la liquidación de la sociedad de gananciales. A mi juicio esto es así porque si el cónyuge superviviente tiene facultades para atribuir los bienes privativos del difunto, de la misma forma lo serán los bienes que resulten de la liquidación de la sociedad de gananciales y que hayan sido adjudicados a la herencia del difunto. Esto es así porque los bienes procedentes de la liquidación de la sociedad, ya no son gananciales sino privativos, por lo tanto el cónyuge superviviente podrá disponer de ellos a favor de cualquier hijo o descendiente.

Realmente, como hemos visto, se está aceptando por el 831 CC una posibilidad de liquidación parcial de la sociedad conyugal, porque lo que quiere decir el precepto, es que el cónyuge superviviente podrá detraer bienes de la comunidad postganancial a favor de cualquier descendiente, o en su caso, de no ser una liquidación parcial, será que el valor de tales bienes formará parte de la cuota correspondiente al difunto en la liquidación de la sociedad de gananciales.

En conclusión, el cónyuge superviviente tiene enormes facultades, porque se le atribuirán bienes de la comunidad conyugal por la mitad del valor de ésta. Así, puede utilizar para mejorar o atribuir a los hijos comunes los bienes que menos le interesen y quedarse con los que le convengan. No obstante, en virtud del principio de la bue-

(93) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: "El artículo 831 del Código Civil". (*Op. cit.*, p. 1127).

na fe, parece claro que no podrá ejercitar la facultad conferida en su propio beneficio, otra cosa será demostrar ese beneficio, porque es indudable que deberá respetar la igualdad cuantitativa de los lotes. No obstante, hay algunos límites y la facultad concedida al cónyuge sobreviviente no puede alterar el régimen legal de la liquidación de la sociedad de gananciales. En consecuencia, el cónyuge supérstite tendrá que respetar las adjudicaciones preferenciales previstas en el artículo 1406 CC, si bien esas preferencias están concedidas en su mayor parte a su favor. Y, si existen deudas gananciales, no podrá disponer del metálico existente en la comunidad postganancial hasta que sean pagados los acreedores, según lo dispuesto en el artículo 1400 CC (LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (94)).

Y por supuesto, en los mismos términos que para la partición hereditaria, si existen hijos o descendientes comunes menores de edad, si el fiduciario se adjudicase bienes y por lo tanto hubiere contraposición objetiva de intereses entre él y los hijos, aunque sean comunes, para el ejercicio de esta facultad deberá nombrarse un defensor judicial (cfr. art. 1057, 3 CC). Igualmente si hay hijos incapacitados, porque sus circunstancias en la mayor parte de los casos se asemejan a las de los menores.

Pero además, en la herencia pueden concurrir con los descendientes comunes, otros que no lo sean. Estos estarán también interesados en calidad de herederos, si así hubiesen sido nombrados por el testador o, cuando menos, en calidad de legitimarios, pues hasta que su legítima esté satisfecha todo el caudal relicto está afecto al pago de su porción legal. Como la mitad de los bienes resultantes de esa liquidación pertenece a la herencia del causante, y habiendo hijos o descendientes no comunes que son cotitulares, por su cuota pendiente de liquidación, del conjunto de bienes que forman el caudal relicto, no es claro que el fiduciario pueda, por sí solo, detraer bienes de tal comunidad para su adjudicación al hijo o descendiente común que libremente elija.

(94) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: "El artículo..." (*Op. cit.* en nota anterior, p. 1147).

4. Pago de legítimas y cumplimiento de disposiciones del causante con cargo al patrimonio del fiduciario facultado

Pero además de las posibilidades contempladas, el fiduciario puede atribuir sus bienes privativos, entre ellos, los que le correspondan en la liquidación de la sociedad de gananciales, para completar las disposiciones del testador y las legítimas de los descendientes.

Como acabo de analizar, el precepto parece fomentar una partición conjunta de los bienes de ambos cónyuges o incluso convivientes en su caso, cuyos efectos tendrán lugar a la muerte del fiduciario, permaneciendo hasta entonces indivisa la herencia del premuerto. Pero la partición así concebida puede causar problemas por diversas razones: la primera es, como ya hemos expuesto en capítulo anterior, que los legitimarios no están obligados a esperar al fallecimiento del último de sus progenitores para cobrar la legítima de la herencia del causante. La prolongación del poder distributivo del fiduciario, retrasando en el tiempo la partición, supone un gravamen para las legítimas, con una colisión importante con el principio de intangibilidad de la legítima. Anteriormente hemos señalado la similitud con el plazo establecido para el ejercicio del albaceazgo, que es el de un año, según dispone el artículo 904 CC.

En consecuencia, si los herederos forzosos reclaman la legítima que les corresponde en la herencia del cónyuge difunto, las adjudicaciones complementarias hechas a costa del patrimonio del fiduciario, solamente podrán hacerse mediante disposiciones *inter vivos* (LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (95)), sujetándose a las reglas de las donaciones, ya que las disposiciones *mortis causa* (evidentemente en el testamento del fiduciario) son esencialmente revocables, y no pueden considerarse pagadas las legítimas (ni siquiera se entenderán pagadas las disposiciones testamentarias no inoficiosas del cónyuge premuerto), mediante atribuciones esencialmente revocables y, que en caso de no revocarse, solamente tendrán efecto a la muerte del disponente. Se le aplican las reglas de las donaciones y serán revocables. En el fondo no serían donaciones puras, pues no las guiaría

(95) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: "El artículo 831 del Código Civil". (*Op. cit.*, p. 1147).

el mero afán de liberalidad En definitiva, está haciendo las adjudicaciones testamentarias usando de su fiducia, pero si lo hace con bienes propios es de suponer que ha recibido bienes del causante, porque el valor de las adjudicaciones que haga con los bienes que sean, no superará el monto del caudal relicto del delegante. Para ser donación habría de empobrecerse con ella, si da un bien suyo pero lo compensa a su favor con otro de igual valor del causante no hay donación. En una partición normal, si un heredero se queda con la totalidad de un bien relicto y compensa a los demás coherederos su parte con numerario propio, no les esté donando nada, sino que está pagando las legítimas, y reservar los bienes del premuerto para otros fines. El segundo de los problemas es que el patrimonio del cónyuge sobreviviente puede sufrir alteraciones desde el momento en que realiza las adjudicaciones a costa de su patrimonio, hasta el momento en que se produzca su fallecimiento. Puede suceder, que en el momento de su muerte resulte que aquellas adjudicaciones, realizadas en su día, no constituyan mejoras o que sean inoficiosas porque perjudiquen las legítimas de sus propios legitimarios.

Además, el cónyuge sobreviviente puede tener, después de haber ejercitado la facultad conferida por el testador, nuevos hijos no comunes, por lo que el importe de la legítima individual que a los hijos comunes les corresponde puede verse disminuida por la concurrencia de legitimarios imprevistos en el momento en que el cónyuge viudo paga las legítimas con sus propios bienes. No nos sirve el argumento de que si el supérstite tiene posteriormente hijos se extingue la fiducia, porque pudiera ocurrir que el testador lo hubiese autorizado expresamente, aunque como vimos en otro capítulo, no es cuestión pacífica. Además, las atribuciones anteriores al nacimiento son irrevocables y puede ocurrir que perjudiquen la legítima de aquellos hijos.

Tal vez la posibilidad de pagar legítimas y demás disposiciones del causante, con cargo a los bienes del fiduciario, quede limitada a la hipótesis de ejercicio de la facultad con efectos aplazados a la muerte de ese fiduciario, en cuyo caso si tiene hijos después de la muerte del fiduciante, los actos realizados en ejercicio de sus facultades quedarán sin efecto. (LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (96)). A nuestro

(96) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: "El artículo 831..." (en nota anterior, pp. 1148 y 1149).

juicio, más que quedar sin efecto, es que se someten a las posibles acciones de rescisión e inoficiosidad.

IX. COLACIÓN E IMPUTACIÓN

La colación, en sede de partición hereditaria, es la agregación contable a la masa hereditaria de los bienes donados por el causante a sus "herederos forzosos", para que "tomen de menos" del caudal, lo que ya habían recibido en vida del causante. Según VALLET DE GOYTISOLO (97) computación, imputación y reducción de una parte, colación de otra, son operaciones independientes y sucesivas. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (98), entiende por el contrario, que dichas operaciones están relacionadas entre sí, es decir que se debe «colacionar» porque las donaciones se han computado a efectos del cálculo de las legítimas y, como se han computado, se deben imputar a cada uno de las porciones en que idealmente se divide la herencia cuando existen legitimarlos. A mi juicio, hay que distinguir colación de la computación y la reunión ficticia, y con RIVAS MARTÍNEZ (99), computación, imputación y colación son operaciones independientes y sucesivas. La computación y la imputación tienen por fin ir encasillando donaciones y legados en su correspondiente cuota ideal del haber, para velar que no exista inoficiosidad. La colación, en cambio, se dirige a formar otra masa diferente que constituirá el teórico caudal partible. A ese efecto, del caudal relicto líquido se restan las mejoras y los legados no colacionables, así como las cuotas hereditarias de los herederos que no sean herederos forzosos, en cuanto tales disposiciones no sean inoficiosas, y después se suman las donaciones colacionables y el exceso inoficioso de las demás donaciones. Este caudal relicto o masa resultante, deberá ser distribuida entre los herederos forzosos en proporción a sus cuotas hereditarias.

(97) VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: "Comentario al artículo 831" en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales". (*Op. Cit.*, p. 426).

(98) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: "El artículo..." (En nota anterior, p. 1135)

(99) RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: "Derecho de Sucesiones Común y Foral". Tomo II. Volumen 1.º. 3.ª Edición DYKINSON 2004. ISBN: 84-9772-104-7. (Pp. 360,361 y 362).

Así pues, se debe seguir para pagar, el orden normal de todo proceso de liquidación de una herencia: 1.º Acreedores del causante y de la herencia. 2.º Legitimarios por su derecho o por suplemento de legítima. 3.º Legatarios. 4.º Herederos voluntarios. 5.º Acreedores particulares de los herederos. Pues bien, la computación es anterior a este proceso, y la imputación está en la fase de pago a los legitimarios. Ambas tienen como finalidad la fijación de la legítima. En cambio, la colación no es una operación de fijación de esta, sino de creación de una masa para constituir en caudal partible. Tiene lugar en la fase de computación para formar ese caudal. Sigue la imputación a efectos de situar los bienes recibidos por cualquier concepto (herencia, legado o donación), y si estos perjudican los derechos de los legitimarios, procederá la reducción de una parte o de la totalidad de ellas. Lo que es congruente con la teoría de VALLET DE GOYTISOLO (100), esto es, que se trata de operaciones independientes y sucesivas pero íntimamente relacionadas entre sí.

Señala RIVAS MARTÍNEZ (101), que la colación, aunque se practica entre legitimarios, no es un instrumento de defensa de la legítima; a pesar de partir de una especie de reunión ficticia de bienes, tiene por objeto servir de base para un nuevo cálculo de reparto del caudal en el que se tienen en cuenta las donaciones recibidas por los legitimarios en vida del causante. Aunque todas estas operaciones se realizan a través de la imputación, no se trata de una operación contable a fin de determinar si el donatario está pagado en su legítima, sino de una especie de pago ficticio de la participación del donatario en la herencia. En la colación no tienen cabida los tercios de legítima estricta, mejora y libre, porque se trata de una operación entre herederos forzosos; en cambio, en la imputación sí tienen lugar los tercios de la herencia, porque es una operación entre legitimarios y no legitimarios, para determinar posteriormente si ha lugar a la reducción de liberalidades.

En primer lugar, el artículo 818 CC trata de la colación a efectos del cálculo de las legítimas. Para calcular las legítimas tomamos el activo neto del caudal relicto y le añadimos todas las donaciones

(100) VALLET DE GOYTISOLO; J. B.: "comentarios..." (En nota anterior, p. 428 y s.s.)

(101) RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: "Derecho de sucesiones..." (En nota anterior, pp. 360 y 361)

efectuadas en vida por el causante. Evidentemente, si al valor del activo hereditario neto le añadimos el valor de las donaciones, la suma resultante excederá del haber partible, en consecuencia no habrá en el caudal relicto bienes bastantes para pagar a todos los legitimarios y cumplir las disposiciones no inoficiosas del causante con cargo a la parte libre, salvo que imputemos las donaciones a la porción correspondiente. Por lo tanto, antes de cubrir la cuota de cada heredero y de cada legitimado, sea o no heredero, debemos colacionar las donaciones e imputarlas a la legítima, parte libre y, en su caso, a la mejora.

En suma, debemos imputar las donaciones porque las hemos computado y, luego, el afectado tomará de menos de la masa hereditaria lo que ya hemos imputado a su cuota.

En palabras de LACRUZ BERDEJO (102), la colación es una operación que sirve para el cálculo de las legítimas y para contar en la partición como un anticipo de lo donado a los legitimarios por el causante, que se realiza por imputación.

Así pues, la colación se realiza por imputación, es decir, se imputa contablemente en el lote correspondiente a cada coheredero, para completar después su cuota con bienes concretos del haber hereditario. Otra cosa es que los legitimarios legatarios, no deban colacionar, es decir traer a la masa el valor de los objetos legados, puesto que ya están en la masa, aunque deban imputarse a su legítima.

El artículo 1037 CC, afirma no estar sujetos a colación los bienes dejados en testamento (salvo voluntad en contra del testador) porque a juicio de LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (103), es de lógica común: "no es de buen sentido agregar contablemente a la masa hereditaria el valor de los bienes que forman parte de esa masa y que, lógicamente, tenemos que valorar para realizar las operaciones contables". Cabe pensar que el precepto quiere decir que lo dejado a título singular por el testador a un legitimario se imputará a la parte de libre disposición y, sí no cabe en ese tercio, el exceso se imputará al tercio de mejora, lo cual coincide lo establecido en el artículo 828 CC que trata de la imputación de legados, afirmando que no se reputarán mejora salvo que el testador declare expresamente

(102) LACRUZ BERDEJO, J. L.... "Elementos de Derecho Civil". Tomo V. Barcelona 1988. 4.^a Edición, reimpresa en 2009. Editorial Dykinson, SL. ISBN: 9788498497311. (P. 381 y ss.).

(103) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: "El artículo 831 del Código Civil". (*Op. cit.*, pp. 1136 y 1137).

ser ésta su voluntad o no quepan en la parte libre. Todo ello significaría que las atribuciones testamentarias de bienes o derechos concretos significan un "extra" sobre la legítima para el legitimario favorecido.

Dados sus antecedentes, el artículo 828 CC parece partir de la hipótesis de un prelegado, que se recibe además de la institución (en la que se entiende incluida la legítima del instituido) por lo cual se imputa a la parte de libre disposición y, si no cabe en ella, a la mejora, es decir a las porciones en las que el testador puede desigualar a sus descendientes legitimarios. Para la doctrina mayoritaria (VALLET DE GOYTISOLO (104)), el legitimario no tiene por qué recibir su legítima a título de herencia, bien puede suceder que el legado no sea un prelegado y que, por tanto, su legítima no esté cubierta con el contenido de la institución de heredero sino con el de ese legado o incluso con una donación en vida del testador. Pero otra doctrina (DÍEZ PICAZO Y GULLÓN (105)) opina que los legados realizados a favor de los legitimarios, sin orden de imputación, deben imputarse en primer lugar a la legítima, cuando no esté cubierta por otra distinta atribución patrimonial en cuyo caso, aunque no deba traer exactamente "a colación" el bien legado, a efectos prácticos se consigue el mismo resultado, pues el legitimario legatario "tomará de menos" de la masa hereditaria lo que ya recibió en concepto de legado. Así pues, para esta doctrina, cuando el testador no haya dejado al legitimario su cuota legitimaria expresamente (a título de herencia o legado), si entendemos que el legado debe imputarse en primer lugar a la parte libre, habría preterición, pues el testador no ha dispuesto a favor del legitimario de la cuota que legalmente le corresponde. Sin embargo, si el testador favorece a su legitimario con un legado, no hay preterición, puesto que lo ha recordado en su testamento y ha realizado una atribución patrimonial en su favor (precisamente el supuesto de preterición del art. 814 CC es el opuesto). El legatario no se considerará preterido y en todo caso podrá pedir el complemento de su legítima (cfr. art. 815 CC).

(104) VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: "Comentarios..." (*Op. cit.* en nota anterior, p. 428 y ss.)

(105) DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, A.: "Sistema de Derecho Civil". Parte IV: Sucesiones. 7.^a Edición-Madrid 1997. ISBN 84-309-3673-4. (Pp. 526 y 527) y en Editorial Tecnos, 10.^a Edición. Biblioteca Universitaria 2013.

En conclusión, el cónyuge facultado por el testador, esto es el fiduciario, a la hora de efectuar el pago de las legítimas y componer las cuotas de los descendientes, deberá realizar las correspondientes imputaciones, teniendo en cuenta las donaciones y legados realizados por el causante y sus propias atribuciones. Si procede al reparto conjunto de sus bienes y los del causante, tendrá también que tener en cuenta las donaciones que él mismo haya efectuado a favor de los descendientes comunes. Por lo tanto es un agente calificador y determinante de la colación. Como las donaciones pueden ser colacionables o no, son importantes la computación y la reunión ficticia necesaria para el cálculo de las legítimas; posteriormente procederá la colación que dependerá de las circunstancias de cada sucesión concreta

X. EXENCIÓN DE COLACIÓN DE LOS GASTOS REALIZADOS PARA ATENDER A LAS NECESIDADES DEL DESCENDIENTE INCAPAZ

Lo recoge el párrafo segundo del artículo 1041 CC, añadido por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, que no estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad. Esa exención de colación afecta tanto a los hijos o descendientes comunes como a los no comunes. No es preciso que exista declaración judicial de incapacidad, sino que basta con la discapacidad en los términos del artículo 2 de la Ley 41/2003.

Se pregunta LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (106) si la exención de colación significa imputación al tercio de libre disposición o exención de cómputo para el cálculo de las legítimas, en cuyo caso el incapaz podría recibir íntegra su legítima estricta, el tercio de mejora y el tercio de libre disposición, sin imputación a ninguno de los tercios de los gastos a los que hemos referido.

La exención de colación de los artículos 1036, 1037 y 1042 CC se refiere a donaciones, disposiciones testamentarias o gastos que son computables a efectos del cálculo de las legítimas, puesto que

(106) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: "El artículo...". (En nota anterior, p. 1138).

no pueden perjudicarlas, e imputables al tercio de libre disposición, que se imputarán a la legítima del favorecido en cuanto excedan de la parte de la que podía libremente disponer el causante y si aún así perjudican la legítima de los restantes herederos forzosos se reducirán por inoficiosas. SARMIENTO RAMOS (107), ha sostenido que los gastos exentos de colación del artículo 1042 CC no son computables en el sentido propio de la palabra, por lo que no habrán de tenerse en cuenta para el cálculo del tercio de libre disposición, sino que las cosas ocurrirán del siguiente modo: habrá una primera fase de determinación de los tercios en la que se tendrá en cuenta el haber hereditario neto y las donaciones computables, con exclusión de los gastos previstos en el artículo 1042 CC y una segunda fase en la que a los dos tercios de legítima así obtenidos se añadirán dichos gastos, los cuales tendrán la consideración de dispensados de colación y se imputarán a la mejora.

En contra, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (108), porque la mejora es parte de la legítima, mientras el testador no disponga expresamente de una parte de los dos tercios en concepto de mejora. La exención de colación no puede significar imputación a la legítima, aunque sea a la legítima larga, se trata de "extra" a la legítima.

En cambio, los gastos exentos de colación del artículo 1041 CC no son computables a efectos del cálculo de las legítimas y por lo tanto

(107) SARMIENTO RAMOS, J.: "Comentario al artículo 1042 CC". Ministerio de Justicia, T.I (Pág. 2450, 2451 y 2452). Este autor ha sostenido que los gastos exentos de colación del artículo 1042 CC no son computables en el sentido propio de la palabra,; por lo tanto no habrán de tenerse en cuenta para el cálculo del tercio de libre disposición, sino que las cosas ocurrirán del siguiente modo: habrá una primera fase de determinación de los tercios en la que se tendrá en cuenta el haber hereditario neto y las donaciones computables, con exclusión de los gastos previstos en el artículo 1042 CC y una segunda fase en la que a los dos tercios de legítima así obtenidos se añadirán dichos gastos, los cuales tendrán la consideración de dispensados de colación y se imputarán a la mejora. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (p. 1138 de su obra citada, en pie de página) sostiene otra postura y no lo cree así, porque a su juicio, la mejora es parte de la legítima, mientras el testador no disponga expresamente de una parte de los dos tercios en concepto de mejora. La exención de colación no puede significar imputación a la legítima, aunque sea a la legítima larga, se trata de "extra" a la legítima.

(108) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: "El artículo...". (*Op. cit.* en nota anterior, p. 1138 y ss.).

no son imputables a alguno de los tercios. Suponen una atribución extraordinaria que no podrá considerarse inoficiosa, siempre que tales gastos sean los previstos en el precepto. Obedece la exclusión a que no se trata de auténticas liberalidades sino del cumplimiento de deberes impuestos por la relación jurídico familiar o por el uso social. El artículo 1041 CC, segundo párrafo, no es realmente distinto del primero, lo que ocurre es que para las personas con discapacidad suele ser mas costoso cubrir las mismas necesidades que las de aquellos que no tienen esa discapacidad. Así, el aprendizaje puede ser mas laborioso o el equipo más caro

Además, la nueva redacción del artículo 822 CC, operada por la citada Ley 41/2003, se refiere al legado o donación del derecho de habitación sobre la vivienda habitual, a favor del incapaz, y dice que *"no se computará para el cálculo de las legítimas"*, lo que significa, indirectamente, que no se imputará a ninguno de los tercios en los que idealmente se divide la herencia, en el caso de existir descendientes del causante, como hemos sostenido en otros capítulos. Es una atribución basada en la necesidad del incapaz, que no se considera, exactamente, como una liberalidad.

Pues bien, el fiduciario, en aras de la naturaleza de su cargo, tendrá en cuenta al realizar la distribución, las disposiciones legales de exención de colaciones en los términos explicados.

XI. LA ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD Y LA POSESIÓN POR EL FAVORECIDO CON BIENES ESPECÍFICOS Y DETERMINADOS. LA ADJUDICACIÓN DE BIENES CONCRETOS, ESPECÍFICOS Y DETERMINADOS

El último párrafo del apartado 1 precepto, como ya hemos expuesto anteriormente, además ha incluido una norma que no deje lugar a dudas sobre el efecto determinante de la disposición *inter vivos*, hecha por el supérstite.

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

Creemos que se refiere solo y esencialmente a las disposiciones *inter vivos*, puesto que las hechas *mortis causa* estarían pendientes

de la muerte del supérstite y serían revocables; por lo tanto, incluye exclusivamente las que se produzcan como consecuencia de acto *inter vivos*, bien sean llamadas donación (mal llamadas, como hemos visto), adjudicación, distribución, especificación ó sencillamente atribución como consecuencia del ejercicio de la facultad conferida en virtud del 831 CC; éstas son irrevocables, si han sido aceptadas por el beneficiario, como se deduce del precepto, a diferencia de las que se hayan verificado en el testamento del cónyuge supérstite.

Con esto, se quiere además indicar la efectividad del ejercicio de la fiducia: no se trata de una promesa de mejorar, ni siquiera se trata de una constitución a favor del adjudicatario designado, de un derecho de crédito ó un derecho personal, sino de una auténtica transmisión de derecho real; desde ese mismo momento, el adjudicatario es propietario efectivo y puede disponer y transmitir. En definitiva, es auténtico título a efectos de la *traditio* o entrega.

Este párrafo cuarto del artículo, objeto de análisis, es innovador desde la reforma que del artículo 831 CC se hizo en el año 2003. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (109), con la lectura de este párrafo, concluye en que las disposiciones del cónyuge sobre los bienes del difunto tienen el carácter de adjudicaciones particionales, que atribuyen al favorecido la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados.

No obstante, como ya hemos tratado anteriormente, si se trata de inmuebles, el adjudicatario no podrá inscribirlos en el Registro de la Propiedad a su nombre sin el consentimiento de los herederos y de los legitimarlos, sean o no herederos, pues mientras no se realice la partición completa de la herencia no puede saberse si el fiduciario ha respetado las legítimas y disposiciones del causante. Pero esto no es concluyente, porque a mi juicio, los legitimarios tienen otros medios para sostener y defender sus derechos (acciones rescisorias y de nulidad en otros casos), sin que sea la falta de inscripción en un Registro público lo que determine si son correctos o no. Además, con la constancia en documento público del simple consentimiento del fiduciario y la aceptación del beneficiado, tendrá acceso esa adjudicación al Registro de la Propiedad y a cualquier otro Registro que sea preciso o menester.

(109) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: "El artículo 831 del Código Civil". (*Op. cit.*, p. 1139).

Siguiendo a LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (110), el adjudicatario se encuentra favorecido por una especie de posesión civilísima en virtud de la cual, no necesita aprehensión material de los bienes adjudicados. Esto, para las situaciones normales de masa hereditaria, se plasma en el artículo 440 CC que se refiere específicamente a los herederos. Pero en este caso, existe una adaptación del 440 CC a la especial situación jurídica de pendencia que se recoge como consecuencia de la fiducia del 831 CC. Así pues, en este caso, parece que para adquirir la posesión de los bienes adjudicados no hace falta adquirirlo a título de herencia. Si el adjudicatario es legatario, adquirirá también la posesión igual que la civilísima (ya que esta solo es del heredero) de los bienes adjudicados por la entrega del fiduciario, posesión que dejará de ostentar el heredero. Esa posesión se adquirirá "*ipso iure*", por el solo hecho de la aceptación de la disposición del cónyuge fiduciario y se retrotraerá al momento de la muerte del causante, lo que puede chocar con alguna otra situación de situación de hecho, dando lugar a la concurrencia de posesiones. En tal caso, si se trata de posesiones en concepto distinto de dueño, no hay contradicción. Si se trata de posesiones en el mismo concepto y este concepto es el de dueño, el poseedor material estará adquiriendo por usucapión de buena o mala fe y se hará con el dominio, salvo que el descendiente adjudicatario del bien en cuestión utilice los mecanismos legales para recuperar la posesión material.

Esta disposición del artículo 831 CC relativa a la posesión debe relacionarse también con lo dispuesto en el artículo 442 CC, relativo a la adquisición de la posesión por título hereditario. Es evidente que el precepto se refiere a la sucesión en la posesión a título de heredero, pues como sostiene LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (111), nos hallamos ante un supuesto de *successio possessionis*, que tiene lugar en la sucesión *mortis causa* a favor de quien sucede al poseedor a título universal. Sin embargo, en el caso del legatario se da una *accessio possessionis*, que si bien trae causa del causante, aparece como una nueva posesión, que puede ser unida a la del causante a efectos de usucapión como recoge el artículo 1960.1.º CC.

(110) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: "El artículo..." (*Op. cit.*, en nota anterior, p. 1139 y ss.)

(111) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. "El artículo..." (En nota anterior, p. 1139 y ss.)

En conclusión, la situación que recoge el 831, se refiere también a la situación de la sucesión en la posesión a título de legado, pues el adjudicatario de los bienes hereditarios, adquiere la posesión civilísima y no puede recibir una posesión distinta de la que ostentaba el causante, sin que se le puedan atribuir las consecuencias de la posesión viciosa, por el hecho de que sea legatario en vez de heredero.

Esto produce un efecto indirecto y derivado de las reglas de la usucapión; este es que la adquisición de la posesión civilísima actúa como elemento purificador de la mala fe del causante, pues el que suceda en la posesión no sufrirá las consecuencias de ésta, siempre y cuando ignore que la posesión adquirida adolecía de vicios que invalidaban el título o modo de adquirir.

XII. ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN. SITUACIÓN EN LOS DERECHOS FORALES

El artículo 313 de la Compilación aragonesa decía que la administración y disposición de los bienes pendientes de asignación se regirá por las normas de la comunidad hereditaria. Pero como el derecho aragonés concede al viudo o viuda el usufructo universal sobre los bienes del causante, salvo pacto en contrario, dispone aquel no sólo de los frutos sino también de la administración del patrimonio. Solamente le quedarían vedados los actos dispositivos sobre los bienes pendientes de entrega. La Ley de Sucesiones modificó este criterio y hoy en su artículo 449 del Código de Derecho Foral de Aragón, Decreto Legislativo 1/2001, de 22 de marzo, dice: *"Pendiente de ejecución la fiducia, la administración y representación del patrimonio hereditario corresponderá: 1.º Al cónyuge viudo sobre todos los bienes y derechos del premuerto, mientras tenga la condición de administrador de la comunidad conyugal, o, en otro caso, sólo sobre los bienes afectos al usufructo de viudedad. 2.º Al fiduciario o fiduciarios. 3.º En las fiducias colectivas, la administración del patrimonio pendiente de asignación sólo corresponderá a los fiduciarios si el causante no hubiera designado un administrador"*. Y por lo que se refiere a las facultades de disposición, al artículo 452 señala que *"1. El fiduciario podrá disponer a título oneroso de los bienes o derechos hereditarios sujetos a fiducia si el comitente*

le hubiera autorizado para ello, o para atender al pago de las obligaciones y cargas a que se refiere el artículo 451, o cuando lo juzgue conveniente para sustituirlos por otros. En las fiducias colectivas, a falta de instrucciones del causante, el acuerdo sobre la disposición se tomará por unanimidad. 2. La contraprestación obtenida quedará subrogada en lugar de los bienes enajenados, salvo que se haya destinado al pago de las deudas y cargas del caudal pendiente de asignación. 3. El fiduciario o fiduciarios no administradores darán cuenta al administrador de toda enajenación que hayan realizado y, en su caso, de los bienes adquiridos que han sustituido a los enajenados". También recoge normas en el artículo 4564 relativas a las disposiciones habiendo legitimarios y sus autorizaciones o la de la junta de parientes en el caso de menores o incapacitados.

En Navarra, la Ley 287 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, establece en parecido sentido: *"Siempre que los fiduciarios fueren el cónyuge o los ascendientes del causante, en tanto no hubieren cumplido enteramente su cometido, tendrán facultades de administración y disposición sobre los bienes de los que todavía no hayan dispuesto. Cuando se trate de otros fiduciarios, se aplicarán las reglas de la comunidad hereditaria entre los llamados, pero si alguno de estos es menor o incapaz, se requerirá para los actos de disposición el consentimiento de los adjudicatarios".*

Igualmente en Cataluña, el artículo 148 señalaba: *"Mientras no se defiera la herencia, quedará ésta bajo la curatela de la persona o de las personas que a tal efecto hubiera designado el testador, con las facultades y limitaciones que éste haya establecido y, en su defecto con las propias del curador a que se refiere el artículo 143.*

A falta de designación del testador, ejercerá la curatela el cónyuge sobreviviente, que tendrá la libre administración de la herencia y plenas facultades dispositivas sobre los bienes hereditarios, para su inversión en otros bienes que quedarán subrogados, así como para satisfacer necesidades de la herencia, atender a su subsistencia personal, a la de los hijos y a la de los descendientes y pagar las deudas, cargas y legítimas, con las limitaciones establecidas por el testador.

Quedarán incorporados a la herencia los frutos y las ventas no consumidos en las expresadas atenciones".

Más actual, el artículo 424.4 del Código Civil de Cataluña, en su Libro IV, relativo a sucesiones, por Ley 10/2008, establece que "Ad-

ministración de la herencia. 1. Mientras no se defiere la herencia, esta queda bajo la administración de la persona o personas que el testador ha designado a tal efecto, con las facultades y limitaciones que este ha establecido o, si no ha establecido ninguna, con las propias de un albacea universal de entrega de remanente. La persona o personas designadas tienen derecho a percibir lo que les corresponda por sus trabajos y al reembolso de los gastos causados por el ejercicio del cargo. 2. Si el testador no ha designado a ninguna persona o la designación es ineficaz, la herencia debe ser administrada por el cónyuge o conviviente superviviente. El cónyuge o conviviente tiene, en este caso, la libre administración de la herencia, y plenas facultades dispositivas sobre los bienes hereditarios para hacer actos de inversión, satisfacer necesidades de la herencia, atender a su subsistencia personal, a la de los hijos y a la de los descendientes, y pagar deudas, cargas y legítimas, con las limitaciones establecidas por el testador. Los bienes adquiridos por la realización de actos de inversión y los frutos y rentas no consumidos en dichas atenciones se incorporan a la herencia". Y por lo que se refiere a la disposición, se recoge una regulación detalladísima (de los artículos 426-36 al 426-43 del Código Civil de Cataluña que por exceder de la materia que nos ocupa no nos extenderemos más.

En definitiva, en todas estas legislaciones forales, la regulación es bastante detallada y no son precisos otros comentarios.

XIII. CONCLUSIONES

1. La delegación del artículo 831 CC se trata indudablemente de una fiducia sucesoria, lo que se manifiesta en las formas del ejercicio de la misma: amplio abanico de posibilidades tanto *inter vivos* como *mortis causa* (testamento del fiduciario), en una o varias veces, simultanea o sucesivamente y tanto a título gratuito (que será lo normal) como a título oneroso (imponiendo ciertas obligaciones o cargas).

Pero en cualquier caso, la elección de cualquiera de las formas de ejercicio de la fiducia exigirá que se haga de forma clara e indubitada, de manera que no pueda haber duda sobre que la declaración emitida por el distribuidor se refiere a la herencia del premuerto y no a la suya.

2. Cuando se realice en varios actos –que podrán ser simultáneos o sucesivos– puede ser con atribución de bienes concretos o de cuotas de los mismos o de la herencia, y en este último caso lo puede ser con asignación de cosa o incluso de cosas con delimitación de cuota. La distribución no tiene por qué ser completa o total.

3. Cuando el ejercicio de la fiducia se realice *inter vivos*, si se utiliza una forma semejante a la de la donación, no será en puridad una auténtica donación, porque no se están transmitiendo bienes propios del donatario sino distribuyendo los que proceden de la herencia del testador. Por lo tanto se trata de de una distribución o adjudicación en pago de derechos a los que se accede por sucesión en la herencia del causante. Por tanto, esa distribución o adjudicación ha de hacerse con las formalidades necesarias para que quede constancia frente a coherederos y terceros y en su caso, para que pueda anotarse o inscribirse en los Registros correspondientes. Y en cualquier caso, si el fiduciario las hiciera sin respetar esas formas, el beneficiario o cualquiera de las partes interesadas (posibles adjudicatarios o los legitimarios) podrían exigirle y compeler a que las rellenase aquella forma y cumplierse en los términos de los artículos 1279 y 1280 CC, una vez se hubiese prestado el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez. En caso de negativa por el fiduciario, podrá exigírsele el otorgamiento por la autoridad judicial.

4. La distribución y adjudicaciones *mortis causa*, esto es, en el testamento del fiduciario, solo podrá hacerse cuando el causante de la delegación haya facultado expresamente al delegado para hacerlo así. En otro caso, solo podrá hacerse en vida del fiduciario, quien se someterá a los plazos impuestos por el causante y en su defecto a los legales señalados por el 831 CC.

5. En el caso de ejercicio de la fiducia por testamento del fiduciario, solo será válida la realizada en el último testamento vigente del mismo.

6. Se da una libertad amplísima al fiduciario para el cumplimiento de la fiducia como no haya sido restringida por la voluntad del testador. No solo podrá ejercitar la distribución por actos *inter vivos* o *mortis causa*, a título oneroso o gratuito, e incluso en una sola

vez o varias, simultanea o sucesivamente, sino que también podrá cumplir con la entrega de bienes de la sociedad conyugal disuelta y que esté sin liquidar o incluso con bienes propios del cónyuge que ejercite las facultades.

7. Una vez ejercitada la delegación, los efectos se retrotraerán a la fecha del fallecimiento del causante.

8. Las formas vehiculares para el ejercicio de la fiducia deberán ser las que exija la Ley, dependiendo de la naturaleza de los bienes que se distribuyan. Siendo bienes inmuebles, derechos reales u otros derechos personales, deberá ser en Escritura Pública, no solo porque pueda revestir la forma semejante a la de una donación, sino porque otras formas de transmisión –atribución en ejercicio de la fiducia, asignación en pago de derechos hereditarios, entrega de bienes en ejercicio de la delegación– requieren las formas exigidas por las leyes civiles –1279 y 1280 CC–. Tratándose de bienes muebles, bastaría la entrega, pero se hace conveniente a efectos probatorios y efectos ejecutivos, la Escritura Pública.

9. La causa de atribución en ejercicio de la fiducia es importante, pero no es precisa la expresión determinante de la misma, porque caben mejoras tácitas hechas por el fiduciario en ejercicio de su encargo y no precisa decir expresamente que está mejorado. Basta que mencione el título del que trae causa para mejorar, que lo hace en su calidad de fiduciario en ejercicio del encargo y la procedencia de los bienes que se disponen.

La circunstancia de si mejoró o no y en la medida que lo hizo, se aprecia a la finalización de la ejecución de la fiducia, al computar todos los actos realizados en ejercicio de la fiducia y de las disposiciones de última voluntad del fiduciario.

10. La administración de los bienes sometidos a la delegación, salvo disposición especial del testador, corresponderá al fiduciario; por lo que se hace conveniente compaginar la delegación con un legado de usufructo universal y vitalicio a favor del fiduciario, sobre los bienes de la herencia que se ha de distribuir.

El testador podrá incluir, si lo desea, la posibilidad de que su fiduciario goce de la libre disposición de los bienes con cargo al tercio

de libre disposición, pero sin agotarlo para no perjudicar la legítima.

Se hace de especial importancia, la formulación del inventario y valoración de los bienes.

11. Al existir una delación pluripersonal y simultanea a favor de los hijos comunes, pero en condiciones de provisionalidad debido al llamamiento genérico, la herencia no es yacente pero se encuentra en una situación de pendencia hasta el momento en que se termine la ejecución de la fiducia.

12. Para la disposición de los bienes sometidos a la fiducia sucesoria se observarán las reglas siguientes:

12.1. Por el acuerdo unánime de todos los herederos y el fiduciario se podrá proceder a la disposición o enajenación de cualesquiera bienes concretos de la herencia. De existir un menor o incapacitado se precisará la autorización judicial.

12.2. Por sí solo, el fiduciario únicamente puede disponer de los bienes sometidos a la fiducia, entre los hijos y descendientes comunes pero no a favor de terceros. Si hay legitimarios menores o incapacitados, o falta el consentimiento de todos los legitimarios, si son capaces, el fiduciario podrá solicitar la autorización judicial para la disposición a favor de terceros.

12.3. El fiduciario podrá realizar disposiciones por sí solo, cuando hubiere sido autorizado expresamente por el testador para los casos de necesidad (pérdida de bienes, evidente deterioro), utilidad (inversión en otros bienes más productivos). Faltando esa autorización expresa del testador, no podrá disponer de nada por sí solo, aún grave riesgo de conservación del patrimonio, pues su función es exclusivamente la de administrar.

13. Contra las actuaciones del fiduciario en perjuicio de los derechos de los legitimarios, cabe la acción de rescisión de la partición recogida en los artículos 1073 y siguientes del Código Civil.

14. Respecto a la cuestión de si puede el cónyuge fiduciario liquidar unilateralmente la sociedad de gananciales, en principio, con la actual doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado, así como con la Jurisprudencia existente hasta ahora, hay que res-

ponder negativamente. En primer lugar porque en caso de existir menores o incapacitados habría que exigir las representaciones pertinentes y en su caso las autorizaciones judiciales correspondientes y esto hace, que se produzcan concurrencia y contraposición y de representaciones y autorizaciones, especialmente las que procedan para el caso de colisión de intereses con el fiduciario. Ciertamente, la práctica notarial lo ha resuelto en muchos casos con la designación de un contador partidor con facultad para liquidar la sociedad conyugal junto con el viudo/a. En segundo lugar, porque dejaría a los hijos prácticamente inermes, y esa liquidación afecta a los hijos comunes y a los no comunes, por lo que hecha de forma unilateral no podría ser oponible a los hijos ni a los acreedores. En consecuencia, en principio, parece que se precisaría la intervención de los herederos, con lo que la institución de esta fiducia quedaría muy limitada.

Es por esto que, no obstante, en aras del mantenimiento del contenido de la fiducia, creemos que debe buscarse un sistema que permita la liquidación unilateral de la sociedad conyugal por el fiduciario, porque en otro caso, las facultades del cónyuge estarán muy mermadas, como no sea esperar al ejercicio de la fiducia en su último testamento, si así lo autorizó el testador. Esta posibilidad de realizar en el último testamento del fiduciario, la partición y liquidación unilateral simultánea, está comprendida expresamente en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 831 CC.

En consecuencia, ajustándonos a la doctrina y jurisprudencia estrictas, no se puede liquidar la sociedad de gananciales en modo total y absoluto, sin contar con los legitimarios y herederos del premuerto como no sea aplicando la solución notarial de nombrar un contador partidor específico para esta función.

Sostenemos que se debe fomentar la interpretación amplia del 831 CC en aras de lograr una forma de liquidación unilateral para los casos de la fiducia sucesoria. Por esto, creemos que el artículo 831 CC, en su espíritu y en la intención de su redactor, pretende que el fiduciario, tiene ciertas atribuciones a favor de hijos y descendientes comunes con bienes procedentes de la sociedad de gananciales disuelta y no liquidada, consistentes en, por sí solo, ordenar que determinado bien ganancial forme parte del caudal relicto y por lo tanto se realice una especie de liquidación parcial respecto de los gananciales. Ayuda a esta postura, la interpretación sistemática y

teleológica del inciso final del párrafo primero del apartado 4 del artículo 831 CC. es decir, todo aquello que favorezca la institución creada por el legislador. En forma parecida ocurre con la traba de bienes gananciales que se recoge en el caso de ejecución regulada en el párrafo segundo del artículo 1373 CC. Pero en caso de existir hijos no comunes, no cabrá tal liquidación parcial puesto que no se habrá podido calcular su legítima.

15. Otra posibilidad que concede facultades al fiduciario, es la de entender que al cónyuge supérstite se le atribuirán bienes de la sociedad conyugal extinta (comunidad postganancial) por la mitad del valor de esta; por lo que puede utilizar este valor para mejorar y atribuir a sus hijos con determinados bienes, lo que supone una liquidación virtual o anticipo de la misma para el caso de ejercicio de la fiducia; si bien en aras de la buena fe, no podrá utilizar la facultad conferida en su propio beneficio y deberá respetar la igualdad cuantitativa de los lotes pero con algunos límites: respeto de las preferencias establecidas en el artículo 1406 CC (que son a su favor) y no podrá disponer del metálico existente hasta que sean pagados los acreedores (1400 CC).

16. Es posible el pago de las legítimas y demás disposiciones del causante con cargo a los bienes del fiduciario, si bien ese pago, quedará limitado a la hipótesis del ejercicio de la facultad con efectos aplazados a la muerte de ese fiduciario, ya que si tiene hijos después de la muerte del fiduciante, los actos en ejercicio de esas facultades estarán sometidas a posibles acciones de inoficiosidad; esto es, que por el transcurso del tiempo, al abrirse la sucesión del fiduciario, hubiese variado su patrimonio de forma que esas adjudicaciones que lo fueron en concepto de mejora se conviertan en inoficiosas por perjudicar la legítima de otros hijos o descendientes.

17. Los legitimarios no tienen por qué recibir su legítima a título de herencia. Puede ser a título de heredero o de legatario o incluso su legítima puede haber sido cubierta con una donación en vida del testador. Cabe cualquier atribución patrimonial con tal de que quede satisfecha su legítima.

Al fiduciario corresponderá efectuar el pago de las legítimas y asignar las cuotas de los hijos y descendientes, debiendo por lo tan-

to hacer las imputaciones con la previa computación de donaciones y legados realizados por el causante con las atribuciones realizadas por el mismo fiduciario.

18. El fiduciario es especial garante de la voluntad del testador, y en su función de mejorar y distribuir, velará por el cumplimiento y aplicación de las exenciones de la colación que se recogen en el artículo 1041 CC, en particular las señaladas en su párrafo segundo respecto de incapacitados y discapacitados.

19. La entrega de la posesión que hace el fiduciario en virtud del último párrafo del apartado 1 del artículo 831 CC, se refiere tanto a la transmisión de la posesión a título de herencia como a la de legado; tiene su particularidad en lo que se refiere al legatario, porque como adjudicatario de los bienes hereditarios, aunque sea por título de legado, obtiene la posesión civilísima al igual que si se tratase a estos efectos de un heredero.

En este sentido, obtiene la posesión civilísima y no puede recibir una posesión distinta de la que ostentaba el causante, sin que se le puedan atribuir las consecuencias de la posesión viciosa por el hecho de que sea legatario en vez de heredero. Por lo tanto se produce un efecto indirecto derivado de las reglas de la usucapión: la adquisición de la posesión civilísima actúa como elemento purificador de la mala fe –en su caso– del causante, pues quien suceda en la posesión, no sufrirá las consecuencias de esta siempre y cuando ignore que la posesión adquirida adolecía de los vicios que invalidaban el título o modo de adquirir.

BIBLIOGRAFÍA

- ALPAÑÉS, E.: "La delegación de la facultad de mejorar". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 194. Año 1953.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: "Designación de sucesor a través de tercero". Madrid 1992. (P. 49).
- CALATAYUD SIERRA, A.: "Ley de Sucesiones: comentarios breves por los miembros de la comisión aragonesa de Derecho Civil sobre la fiducia sucesoria". *RDCA*. Volumen 1.º-1999. "Actos de ejecución de la fiducia sucesoria". Circular 2004/0034.
- CÁMARA ÁLVAREZ, M.: "Compendio de Derecho sucesorio". 3.ª edición actual-

- lizada por ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, Antonio de la, Edición de marzo de 2011. *La Ley*. Wolters Kluwer, España 2011. ISBN 978-84-8126-879-9.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I.: "La mejora". Barcelona 2003.
- DÍAZ ALABART, S.: "La *interrogatio o interpellatio in iure* (art. 1005 CC)." Trabajo en homenaje Rafael GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, pendiente de publicación y facilitado por gentileza de la autora.
- DÍAZ FUENTES: "Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa. II- Sobre el artículo 831 CC". *ADC*. 1965. "Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa". *Anuario de Derecho Civil* XVIII-3. Año 1965.
- DIE LAMANA, J.: "El artículo 831 del Código Civil reformado por Ley 41/2003. Una reducción puntual pero importante de las legítimas en Derecho Común". *Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo*, núm. 32, abril 2012. (En página web del Seminario Carlos Hernández Crespo).
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: "Sistema de Derecho Civil". Parte IV: Sucesiones. 7.ª Edición-Madrid 1997. ISBN 84-309-3673-4; y en Editorial Tecnos, 10.ª Edición. Biblioteca Universitaria 2013.
- GARCÍA RUBIO, M. P.: "La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar". *Anuario de derecho Civil*. Tomo LXI, fascículo de enero-marzo 2008. Ediciones del Ministerio de Justicia. (Pp. 58 a 110, en especial la página 96).
- GARRIDO DE PALMA, V. M.: "Visión notarial del artículo 831 del Código Civil". Libro homenaje a ROCA SASTRE. Tomo III. "Los actuales artículos 831 y 1056.2 del Código Civil. Aplicaciones prácticas en el sistema de legítimas". "Actualidad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil". *Revista Jurídica del Notariado*, número 83, año 2013. Consejo General del Notariado. ISSN 1132-0044.
- GARRIDO MELERO, M.: "Los fideicomisos" En la obra "Instituciones de Derecho privado" la parte de Sucesiones Tomo V. Volumen 1.º "La sucesión y las instituciones ordenadoras de la misma". "Matrimonio conviviente *more uxorio* y familia en el Código Civil de Familia y en la Ley Catalana de uniones estables de pareja". *La Notaría*, julio-agosto 1998.
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, en "La herencia yacente" Editorial JM Boch Editor, Barcelona 1995.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: "Elementos de Derecho Civil" Tomo V. Sucesiones-4.ª Edición de Editorial Dykinson SL. 2004, ISBN 84-9772-323-6 y otra de 2009 ISBN: 9788498497311. "Elementos de Derecho Civil". Tomo V. Barcelona 1988. 4.ª Edición, reimpresa en 2009. Editorial Dykinson, SL. ISBN: 9788498497311.
- LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E.: "De la fiducia sucesoria. Comentario a los artículos 110 y siguientes de la Compilación aragonesa. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales". Dirigidos por Manuel ALBALADEJO. Tomo XXXIV-Volumen I.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: "El artículo 831 del Código Civil". *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LVIII, julio-septiembre de 2005. Publicaciones BOE. Madrid 2006.

- MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, E.: "Las particularidades de derecho patrimonial en el noroeste de España, ante la Compilación gallega y el Código Civil" Edita Becerreá. 1964, Madrid.
- MILLÁN SALAS, F.: "La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil". Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Tercera Época, CLIII, enero-marzo. 2006, número 1.
- RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: "Derecho de Sucesiones Común y Foral". Tomo II. Volumen 1.º. 3.ª Edición DYKINSON. 2004. ISBN: 84-9772-104-7.
- ROMERO-GIRÓN DELEITO, J.: "El nuevo artículo 831 del Código Civil. Una aplicación práctica". Septiembre 2005. En "Notarios y Registradores". 2005. En *Revista Jurídica del Notariado*, número 57 de enero-marzo 2006. (P. 226).
- RUEDA ESTEBAN, L.: "La fiducia sucesoria en el artículo 831 del Código Civil" (*Boletín de la Academia Granadina del Notariado*, 2005). Núm. 279. "El artículo 831 del Código Civil" en "El Patrimonio familiar, profesional y empresarial, sus protocolos". Dirigida por Vicent CHULIÁ, GARRIDO MELERO y FUGARDO ESTEVILL. Editorial BOSCH. ISBN 84-9790-134-7.
- SAPENA TOMÁS, J.: "La fiducia conyugal". (Art. 831 del Código Civil)". En la obra homenaje a Juan B. VALLET DE GOYTISOLO. Volumen VIII. Publicaciones de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid 1988. Reeditado el artículo en *Revista Jurídica del Notariado*, número de 2004.
- SARMIENTO RAMOS, J.: "Comentario al artículo 1042 CC". Ministerio de Justicia, T. I.
- SECO CARO: "Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo." Barcelona, 1960.
- SEDA HERMOSÍN, M. A.: "Facultad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil". Academia Sevillana del Notariado. Editorial COMARES.
- SIERRA PÉREZ, I.: "La fiducia sucesoria en Derecho común: El artículo 831 del Código Civil (LEG 1889, 27) en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (RCL 2003/2695)". *Revista de Derecho Patrimonial*. ARANZADI-THOMSON, 2007.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: "Comentario al artículo 831" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO. Tomo XI, 2.ª Edición. Madrid 1982.

LA FAMILIA EMPRESARIA: EL CAMBIO GENERACIONAL EN LAS EMPRESAS FAMILIARES

(125 Aniversario del Código Civil)

Víctor Manuel Garrido de Palma

Notario

"A Francisco Vicent Chuliá, recreador de la sociedad familiar"

SUMARIO

PRÓLOGO de la obra en la que me apoyo en el presente estudio

- I. CUESTIONES A PLANTEAR NECESARIAMENTE
 - 1. ¿La empresa existe para dar trabajo a la familia?
 - 2. El tratamiento laboral y jurídico a dar a los miembros de la familia
 - 3. El legado generacional en la empresa familiar
 - 4. El complexus regulador de las empresas familiares
- II. LOS PROTOCOLOS FAMILIARES (P. F.)
 - 1. Un concepto orientativo
 - 2. Análisis del concepto
 - 3. La necesaria actualización del P. F.
 - 4. La interrelación de los órganos familiares-empresariales y los órganos societarios. Imprescindible delimitación
- III. PRESTACIÓN ACCESORIA DE CUMPLIR EL PROTOCOLO FAMILIAR
- IV. EL ACCESO REGISTRAL DE LOS PACTOS ESTATUTARIOS Y EL PROTOCOLO FAMILIAR
- V. EL CAMBIO GENERACIONAL EN LA E. F. Y LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA ASEGURARLO
- VI. LA PARTICIÓN DEL TESTADOR Y ESPECÍFICAMENTE LA FACULTAD DEL ARTÍCULO 1056.2 CC EN LA OBRA DE J. M. SERRANO CAÑAS

1. Razones de la deficiencia regulatoria
2. El artículo 1271.2 y su interpretación integradora
3. Lo que permite el artículo 1056.2
4. El elemento personal en el supuesto fáctico del precepto.
5. Amplitud objetiva de la partición por el testador
6. El pago de la legítima: características del supuesto
7. Problemas de la valoración de la empresa familiar
8. ¿El protocolo familiar puede considerarse partición *inter vivos* del art. 1056?

VII. CONSIDERACIONES PERSONALES ANTE LO YA EXPUESTO:
"ÉRASE UNA VEZ..." EVITAR EL SÍNDROME BUDENNBROOK

1. Un matrimonio con empresa familiar en Béjar
2. Dudas que plantean al jurista ante la situación familiar
 - 2.1. Cómo comprometer a toda la familia directa en la empresa
 - 2.2. Intentarlo ya o demorarlo para que previsiblemente lo haga el cónyuge viudo. Carácter y posición ex artículo 831 CC
 - 2.3. Existiendo potencial sucesor en la empresa ¿oportunidad de agilizar el cambio generacional, en la propiedad, en la gestión efectiva, o en ambas?
 - 2.4. ¿Y habiendo discapaces?
3. Diagnóstico y tratamiento jurídico presente y para el futuro.
 - 3.1. La empresa ¿es privativa o es ganancial? El Código Civil
 - 3.2. Partición *inter vivos*; o a causa de muerte. El destinatario ¿puede ser un nieto en vida de sus padres legitimarios? Donaciones
 - 3.3. ¿Qué puede significar acudir al artículo 831 CC?
 - 3.4. ¿Y el judicialmente discapacitado?
 - 3.5. ¿Todo resuelto con lo planteado?

EPÍLOGO

APUNTE BIBLIOGRÁFICO

La segunda parte del título del presente estudio coincide con el del libro que me sirve de apoyo para meditar en voz alta acerca de lo que quiero expresar sobre la Empresa Familiar.

José Manuel SERRANO CAÑAS (S. C.) ha escrito el libro que, editado por Marcial Pons y prologado por Valerio PÉREZ DE MADRID CARRERAS, ha aparecido en 2013. Sobre algunas de las ideas que se plasman en la obra voy –en el paréntesis navideño– a meditar en voz alta, sin apoyo ni

aporte bibliográfico, pero sí con lo que puede representar lo que desde años he estudiado, aplicado profesionalmente, evolucionado, matizado, reflexionado, más no concluido, ya que las familias empresarias exigen seguir abierto intelectualmente y con horizonte de grandeza.

PRÓLOGO

En la obra, el prologuista V. PÉREZ DE MADRID CARRERAS (P. M. C.) afirma la exigencia que supone el cambio generacional en la empresa familiar (E. F.) de planificación por el empresario, para conciliar el corazón (la familia) y la razón (su empresa). Veamos lo que sugiere.

¿Fe y razón son conciliables? No está mal el interrogante para empezar. Teólogos, filósofos... tratan de responder (actuales son los pensamientos de los últimos Papas y de filósofos tratando de armonizar ambas), y los juristas, psicólogos, expertos en terapias familiares..., son conscientes de que la profundización en el diagnóstico y el tratamiento que precisa cada familia empresaria (F. E.) parte de la imprescindible atención de la fe en la familia y su armonización con lo que representa una organización empresarial. Vayan por delante las siguientes cuestiones de necesario planteamiento de base.

1. ¿La empresa es, ha de ser, debe seguir siendo, un medio para dar trabajo a la familia? El titular de la E. F. que responda afirmativamente sin más está firmando el acta de defunción de la E. F. La experiencia universal así lo confirma (a lo sumo, y como afirma George Clooney en "Los descendientes", a los hijos hay que proporcionarles lo suficiente para su mantenimiento, pero no demasiado porque entonces no harán nada de provecho, lo que es básico y elemental si de la empresa se trata: los hijos pueden tener –pueden– la puerta abierta para empezar a servir a la E. F., pero al mismo nivel que los que no lo son).
2. ¿El tratamiento a los miembros de la familia debe ser idéntico a los que en la E. F. trabajan sin ser familiares? El titular de la E. F., el pacto entre los que la encabezan, el protocolo familiar que así lo plasme sin mayor profundización, desconocen la idiosincrasia propia de las F. E., individualmente consideradas.
3. Pienso que hay creencias –no solo ideas– que han de grabarse en el hondón de las F. E.: cada generación tiene el deber –no ya

la obligación- de conservar la E. F. y transmitirla, robustecida, a la siguiente. De legado se habla dentro de los principios, presupuestos y pilares que conforman las bases de las F. E. de solera.

4. Protocolos familiares, pactos de la F. E., Consejos de la F. E., previsión de "cajas fuertes" para que miembros de la F. E. adquieran conocimientos necesarios para vivir la idiosincrasia propia de su E. F. (ayuda económica para en su caso comenzar trabajando fuera de la E. F., ayuda para la formación de las generaciones siguientes...), planteamiento de la posibilidad, real como la vida misma, de que se compruebe qué miembros de la familia no encajan en la E.F. (la técnica de los "dos sombreros": dentro de la E. F. el dictamen de los componentes del Comité *ad hoc*, considera que el hijo, nieto... x no debe seguir trabajando en, o no tiene las cualidades que el cargo de gestión, de dirección, de... exige la E. F., ha de llevar a que el titular de la E.F actúe con el sombrero de empresario para hacer efectiva la decisión, pero a continuación debe calarse el sombrero de padre, abuelo...para hacerle saber al frustrado destinatario de la decisión adoptada que: estamos dispuestos –porque así está previsto- a ayudarte para que "vuelas por tu cuenta", alejado de resabios y rencores, muy al contrario sacando brillo a tus talentos, cualidades y valores que sin duda tiene el familiar concreto; y caso de que física, psíquicamente, necesite protección, ayuda, tratamiento especial y específico, el fondo económico de la F. E. –previamente tenido en consideración– aporte lo necesario, preste atención en lo conveniente).

II. LOS PROTOCOLOS FAMILIARES (P. F.)

1. El autor, S. C., transcribe –entre otros– el concepto descriptivo y analítico que yo he considerado en estudios sobre la F. E. y la E.F, adecuado para definir el P. F.: acuerdo entre dos familias propietarias de la empresa por el que se comprometen a organizar –con proyección de continuidad– la propiedad y el gobierno de la misma, así como su dirección y gestión y las relaciones profesionales-laborales de la E. F. en su conjunto (nota 7, p. 41)
2. Lo expuesto plasma el contenido de la configuración organizativa de la EF con arreglo al imprescindible "sistema de los tres círcu-

los”: familia-empresa, gestión y relaciones profesionales, laborales de la misma. Trata de abarcar tanto el aspecto subjetivo: familias propietarias, no propietarios pero sí con facultades de gestión, o no pero laboralmente trabajando en y para la E. F., como el objetivo: qué se entiende por E. F. en cada supuesto real concreto, de modo que –sobre todo a partir de la segunda, tercera generación– constituye el acuerdo marco que institucionaliza el compromiso de la F. con su E. (sociedad familiar en su conjunto).

Lo que no refleje lo anterior podrá –a lo sumo– constituir el embrión de un protocolo familiar, pero no lo es. En el P. F. ha de marcarse la trayectoria de la E. F. y el orden organizativo de la misma por la F. titular de la empresa, de modo que las capitulaciones matrimoniales, los testamentos, constitución de sociedades, estatutos (y modificaciones estatutarias e incluso previsión de las modificaciones estructurales si la evolución de la E. F. así lo aconseja) han de quedar canalizadas siguiendo las directrices marcadas en el P. F. Y la previsión del cambio generacional en la EF, la planificación de la sucesión en la gestión empresarial, gestión-management (DRUCKER), que con este experto hay que considerar cuestión de interés público, general, dada la trascendencia de la conservación y la continuidad de las E. F. para las economías nacionales. No se olvide.

3. P. F. que hay que modificar en lo necesario para que esté al día siempre, de modo que no solo plasme la específica cultura de la F.E. en un determinado momento, sino a lo largo de su peripecia vital, evolución y paso de generaciones. De ahí que –como dice S. C.– tanto la posible elección del “delfín” de entre los miembros de la familia, como la jubilación del fundador o fundadores (y yo añadido, el papel a desempeñar por él cuando llega el traspaso del testigo, de la vara de mando, SONNENFELD; recuerdo mi apunte acerca del papel desempeñado por G. AGNELLI cuando “cumpliendo el compromiso adquirido en el pacto familiar, dejé a los 75 años mis funciones ejecutivas en la EF”, pasando a ser el embajador de la FIAT turinesa), la articulación de cauces representativos de las distintas ramas familiares en la administración societaria, la progresiva introducción de los nuevos miembros de la familia en los diversos puestos de representatividad de la empresa, la remuneración de los directivos, el “cierre” familiar en la cir-

culación-transmisión de acciones o participaciones sociales, etc, constituyen entre otros aspectos de especial trascendencia para la supervivencia “familiar” de la empresa; todo ello necesita ser planificado correctamente si se quiere conseguir el objetivo último de toda sociedad familiar: el mantenimiento de la propiedad de la empresa en manos de la familia empresaria. (pp. 37 y 38).

4. Lo expuesto clarifica dos esferas íntimamente conectadas pero necesariamente inconfundibles: el gobierno de la E.F (sociedad, sociedades mercantiles...) y el gobierno de la familia en cuanto empresaria con la existencia de la Junta de familia y del Consejo de la F. E. Este último ha de ser el creador del P. F. (y el de sus puestas al día; ha de ser el custodio del P. F., se ha podido decir con grafismo realista); así como el velador del patrimonio de la F. E. (“no todos los huevos en el mismo cesto”; separación nítida del patrimonio empresarial y del familiar, no de riesgo, con su necesaria separación (modificaciones estructurales societarias incluidas: fusiones, escisiones, ... escisión financiera o de cartera...), institución de Fundación familiar, creación y dotación de fondos –hucha familiar...–; y el evitador de la confusión entre EF y FE (en las reuniones del Consejo familiar deben “lavarse los trapos sucios”, evitando que inficionen a los órganos de la administración-gestión de la E. F.; nótese que ineludiblemente distingo los órganos de la FE y los de la EF, aunque lógicamente pueden, en parte al menos, coincidir miembros componentes de los mismos).

Interrelación de los órganos familiares-empresariales (Junta de familia y Consejo de familia) con los órganos societarios (de la o las sociedades que conforman la EF, la sociedad familiar en el plano institucional) que S. C. estudia en la p. 60 y ss, así como la creación de Comités consultivos y cargos honoríficos (a los que se refiere el R.D. 171/2007 regulador de la publicidad de los protocolos familiares); p. 63 y ss.

III. PRESTACIÓN ACCESORIA DE CUMPLIMIENTO DEL PROTOCOLO FAMILAR

Siempre que lo permitan las normas legales imperativas y no contradigan a los estatutos sociales ni a los principios configurados

del tipo social concreto (SA, SRL) existe hoy la posibilidad de estipular una prestación accesoria de la aportación al capital social cuyo contenido consista en cumplir el protocolo familiar. Tan solo se requiere –como expone S. C. en la página 79– que esté debidamente publicado (como mínimo, el depósito del mismo con la presentación de las cuentas anuales), concretando y determinando el contenido del protocolo familiar (así lo exige el art. 187.1 Reglamento R. M.), por lo que debe ceñirse su plasmación estatutaria “a los aspectos económicos o en general a las obligaciones de dar, hacer y no hacer, así como a las garantías previstas para caso de incumplimiento” –así, la exclusión societaria–).

Cumpliendo lo anterior la seguridad jurídica preventiva (autorización notarial y calificación registral) queda garantizada ante el necesario control de la legalidad que implican ambas. Así se desprende de la regulación del R. Decreto 171/2007, al menos en la interpretación que parece más ajustada a su *ratio*, a pesar de la defectuosa regulación en él contenida (y que el autor pone de manifiesto en la p. 70 y ss).

IV. EL ACCESO REGISTRAL DE LOS PACTOS ESTATUTARIOS Y EL P. F.

Si con arreglo al P. F. se adoptan acuerdos por la F. E. creando, por ejemplo, órganos societarios estrictamente familiares (Junta o asamblea familiar, Consejo de la familia empresaria...), configurando la estructura y el régimen de funcionamiento de los órganos de la sociedad o sociedades familiares (Junta General, Órgano de administración) su acceso al R. M. necesita que “se haga mención expresa de que el acuerdo social inscribible se ha adoptado en ejecución del P. F. publicado” (art. 7 RD 171/2007).

V. EL CAMBIO GENERACIONAL EN LA E. F. Y LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA ASEGURARLO: CÓDIGO CIVIL Y DERECHOS TERRITORIALES

El autor, S. C., muestra la insuficiente respuesta del legislador español (común) en comparación sobre todo con la validez de los

pactos sucesorios en las regiones patrias de Derecho especial, así como la labor reformista realizada en Italia con el denominado *Patto di Famiglia* (en adelante, P. de F.), para asegurar los procesos sucesorios propios de las E. F.

De un lado –y recogiendo palabras textuales mías “el C. C. tiene mucho que aprender de los derechos forales”–, compara el instrumental de aquél (la mejora en cosa determinada ex art. 829, el legado ex art. 882, la partición por el testador ex art. 1056.2), con el de las regiones autonómicas (al reconocer plena validez jurídica a los pactos sucesorios: normalmente de institución, renuncia, apartamiento y mejora, cumpliendo concretos requisitos de forma y el respeto a las legítimas, las que están reguladas con mayor margen de libertad que en el C. C.; p. 101 y ss.).

De otro, S. C., que ha alumbrado su investigación en el Real Colegio de España en Bolonia y contado con la dirección de Renzo COSTI (nota del autor; p. 15), estudia en profundidad el P. de F. (Ley n. 55, de 14 –febrero– 2006), ideado para facilitar la transmisión de los bienes empresariales a las siguientes generaciones.

El art. 768 bis del *Codice* define el Pacto de Familia como un contrato típico y solemne por el que el empresario individual o el titular de participaciones sociales –el disponente– *asigna*, en todo o en parte, la empresa familiar o las cuotas societarias de la sociedad mercantil titular de ésta, con efecto inmediato y sin recibir retribución alguna, al descendiente o descendientes –asignatario o asignatarios– elegido por aquél en atención a su mayor idoneidad para la continuación de la gestión del patrimonio empresarial familiar (pp. 118 y 119).

Su carácter contractual implica la irrevocabilidad (cabe desde luego el mutuo disenso y también concretas causas de rescisión unilateral que el precepto legal preve), y la exención de reducción y de colación de los bienes objeto del P. d. F. desactiva los mecanismos operativos de tutela y de los derechos de los legitimarios y es lo que atribuye –dice S. C. en la p. 152– mayor atractivo respecto a nuestros protocolos familiares sucesorios.

Lo anterior –que expongo resumidamente– constituye la clave de bóveda de la crítica al derecho sucesorio del CC español –dice en el prólogo de la obra PMC– por la falta de libertad total del testador para organizar su sucesión y asegurar así la correcta transmisión de la empresa familiar con especial énfasis en la prohibición del pacto

sucesorio en el Derecho civil común y en las legítimas del CC (hoy solo flexibilizadas tímidamente en las reformas del 2003; pág. 13)

**VI. LA PARTICIÓN DEL TESTADOR Y ESPECÍFICAMENTE
LA FACULTAD DEL ARTÍCULO 1056.2 CC EN LA OBRA
DE J. M. SERRANO CAÑAS**

1. Aunque, como se verá, la deficiencia reguladora del Derecho común para lograr la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar se debe, en el sentir de S. C., a la inadmisión de la sucesión contractual –a diferencia de las legislaciones autonómicas– y a la falta de la plena (o al menos de una mayor) libertad de testar, considera el autor que la facultad particional ex art. 1056.2 CC constituye un paso adelante... (p. 165, cierre de sus conclusiones).
2. El precepto citado no permite una sucesión contractual *inter vivos* con efectos *post mortem*, pese a la referencia del art. 1271.2 al mismo (p. 93). Con todo, estima factible la adjudicación de la empresa por acto *inter vivos*, como excepción a la prohibición de los pactos sucesorios ex art. 1271, porque –dice en la nota 39, p. 97– según la doctrina más autorizada y la interpretación del TS y la DGRN, la prohibición de los pactos sucesorios se refiere única y exclusivamente a los pactos sobre la universalidad de la herencia, (y no a los que tienen por objeto bienes concretos y determinados); aunque conformen una empresa, como *universitas*, añadido.
3. El actual art. 1056.2 –por la reforma operada por la Ley 7/2003– al aludir al testador exige como requisito previo, simultáneo o posterior, la existencia de testamento como vehículo dispositivo hábil y único de la adjudicación, testamento que puede ser revocado en cualquier momento (p. 93).
4. El adjudicatario ex art. 1056.2 ha de ser uno o varios legitimarios: no tiene por qué ser hijo del testador, pero sí –en su opinión– legitimario del mismo (p. 94). No parece lógico, por otra parte, ni viable, que sean terceros extraños a la familia, como cierta doctrina –dice– ha señalado.
5. El testador –a pesar de la literalidad del precepto– es plenamente libre para atribuir la totalidad de sus acciones o participaciones al

heredero especialmente elegido por sus cualidades personales; no tiene por qué estar constreñido a atribuir al “delfín” las que confieren el control de la sociedad titular de la empresa familiar. Pero en cualquier caso sí la facultad legal está matizada en función de la posible existencia de restricciones estatutarias a la transmisibilidad *mortis causa* de aquéllas... (p. 96).

6. El pago en metálico –incluso extrahereditario– de su legítima a los demás interesados y además aplazándolo por un tiempo no superior a los cinco años a contar desde el fallecimiento del testador (siendo también aplicable cualquier medio de extinción de las obligaciones), supone la obligación de satisfacer la legítima corta o estricta, salvo que otra sea la voluntad del testador; ello comporta –dice en la p. 97– una mejora tácita para el adjudicatario de la empresa familiar.
7. Uno de los principales defectos del art. 1056.2 es el del momento de la cuantificación de la legítima a satisfacer, ¿cuál es?; y es que si se realiza por acto *inter vivos* la adjudicación entre ese momento y el del fallecimiento del testador puede mediar un plazo que haga variar el valor de la empresa (coyuntura económica, capacidad gestora del “delfín” elegido por el testador...; pp. 97 y 98).
8. En último término ¿puede considerarse el Protocolo Familiar partición *inter vivos* ex art. 1056?, afirmativamente hay que responder siempre que se efectúe la misma en aquel y exista –ya o posteriormente– testamento otorgado conforme a lo pactado en el P. F. (p. 99). Pero, conforme al CC, hasta la defunción del empresario fundador no existe certeza para los sucesores: la reforma del art. 1056 –dice en la pág. 101– tan solo ha flexibilizado el pago de la legítima en metálico pero en nada ha avanzado en la senda de la eliminación de los pactos sucesorios, o al menos, de la admisión de los pactos de definición de legítima o de la posibilidad de renuncia anticipada a la acción individual de reducción por inoficiosidad de donaciones, como sucede en los derechos civiles especiales –que estudia a continuación– o como ha sucedido en Italia (lo que hace en la p. 116 y ss). No obstante –dirá en el reverso de la portada del libro– la facultad particional del 1056.2 constituye un espaldarazo a la utilización de los protocolos familiares como cauce para gestionar los procesos de cambio generacional en empresas familiares.

VII. CONSIDERACIONES PERSONALES ANTE LO YA EXPUESTO

Evitar el síndrome Budennbrook.

1. Alberto y Beatriz, de casi 80 años de edad, casados desde hace 50 años, en sociedad de gananciales.

Alberto, aunque cada vez delega más, sigue al frente de la empresa familiar, hoy dedicada a la ropa del hogar. Con fábrica en Béjar y tiendas abiertas en varias ciudades españolas y recientemente en Munich (que dirige su hija Carla) y en París (su nieto Guillermo está al frente).

El matrimonio tiene tres hijos: la citada Carla (divorciada, sin hijos), Dámaso, casado con Erika: dos hijas: Federica; empresariales y decoradora; trabaja en Béjar, en la fábrica, donde entre familiares y trabajadores no familiares existen 150 personas en nómina.

Federica, con 27 años, lleva nueve en la empresa y se perfila como la idónea para estar al frente de la empresa familiar (dos sociedades limitadas, el matrimonio y los tres hijos socios, con poder mayoritario de los padres); en una de ellas está la titularidad del patrimonio familiar, sin riesgo empresarial.

Guillermina, 25 años, vive entre Béjar y Hong-Kong, donde se fabrica ropa del hogar para la empresa familiar.

En cuanto al tercer nieto, Hilario, vive en Londres y se perfila para ser el asesor jurídico en el futuro de la empresa. Actualmente, con 24 años, es socio junior de un bufete internacional.

Y el tercer hijo del matrimonio, Ignacio, judicialmente discapacitado, bajo la patria potestad rehabilitada de sus padres.

2. Dudas planteadas por Alberto y Beatriz al profesional del Derecho:

2.1. Llegar al compromiso familiar entre ellos, los dos hijos capaces y los nietos, que vincule a todos.

2.2. Alberto, con cáncer de próstata y problemas cardiológicos, no sabe si es el momento adecuado para el pacto familiar o si parece lo mejor delegar en Beatriz para que, si fallece, sea ésta la que "reine como regente" (así lo expone al jurista al que el matrimonio acude para asesoramiento y consejo).

2.3. Federica, en el punto de mira, como sucesora potencial ¿ha llegado o no el momento para de algún modo dar pasos en pro del *iter* del cambio generacional?, ¿en la propiedad de la empresa; en su gestión efectiva?

2.4. ¿E Ignacio, como asegurar su existencia?

3. Diagnóstico y tratamiento jurídico presente y futuro.

3.1. La empresa ¿es privativa o es ganancial?: arts. 1346.1.º y 1347.1.º respectivamente. Las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales...art. 1352?

El derecho de atribución preferente ex art. 1406 respecto a la explotación económica que un cónyuge gestione efectivamente, si es ganancial (arts. 1406,2.º y 1407 CC).

Y la disposición testamentaria de un bien ganancial... ex art. 1380 CC.

3.2. Ambos cónyuges en este caso concreto pueden realizar conjunta o separadamente, pero de común acuerdo, por actos *inter vivos*, la partición de sus bienes y separadamente en su respectivo testamento la misma. La vía del art. 1056,2 ya se ha expuesto, pero ahora toca dar mi enfoque personal: puede designarse a un descendiente posterior, en vida de sus padres, como continuador de la empresa familiar. La realidad lo demuestra pues la *ratio* de la reforma, año 2003, abre tal posibilidad y la literalidad del precepto abona la respuesta afirmativa, sin duda.

Ahora bien, lo ideal es llegar aquí y ahora al compromiso de y para el futuro: la donación es el vehículo idóneo, porque permite tomar medidas y decisiones definitivas cara a la empresa familiar y cara al reparto eficaz del patrimonio con los descendientes (con el apoyo en el 829, mejora en cosa específica y el 1056,2 para el pago de legítimas en su caso).

3.3. ¿Y si Alberto y Beatriz consideran que aún no ha llegado el momento? Como el esposo no tiene esperanza de vida y aún siendo la esposa de edad avanzada, la *regencia* puede –caso de fallecer Alberto– recalar en Beatriz sobre la base de lo que el actual art. 831 permite: el cónyuge viudo podrá hacer mejoras, incluso con cargo al

tercio de libre disposición y en general adjudicaciones o atribuciones por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

Será al ejercitar las facultades encomendadas cuando está obligado a satisfacer las legítimas estrictas de los descendientes comunes –para lo que puede valerse en todo o en parte de bienes a él solo pertenecientes–. Alteración del régimen legal general de las legítimas que no es posible caso de que su destinatario no sea descendiente común de delegante y delegatario (así se deduce del texto legal).

Lo anterior, sin perjuicio de combinar lo que permite el 831 que estoy exponiendo –en lo fundamental– con el art. 1056.2, configurando al cónyuge fiduciario como contador-partidor (en el supuesto del 831 es más que contador-partidor, desde luego, cualitativa y cuantitativamente). Y sin perjuicio de designarle en el testamento a la vez usufructuario universal de la herencia; ya ciñéndose exclusivamente al supuesto ex art. 831, al cónyuge fiduciario le corresponde –conforme al precepto– la administración de los bienes sobre los que penden las facultades encomendadas.

Y desde luego cabe que el usufructo testamentario viudal sea no gerencial, respecto a la empresa familiar.

Con lo anterior, el cónyuge viudo –con atribuciones sobre el patrimonio familiar (el suyo y el constitutivo de la herencia del difunto)–, puede actuar, en interés de la familia, con atención a la evolución de la misma, llegando –lo que sin duda es deseable– al acuerdo “con todos los interesados” en el momento o momentos que parezcan adecuados.

Protocolo familiar, disposición testamentaria de que “el que no respete lo acordado, lo dispuesto, las atribuciones realizadas, las donaciones con reparto distributivo de los bienes, quedará reducido a la legítima estricta” sirven de cláusula de cierre a fin de asegurar –en lo posible– el cambio generacional en la empresa familiar, embridando pretensiones individuales.

3.4. ¿Y el judicialmente discapacitado?: los actuales artículos 782 y 808 permiten designarle fiduciario, siendo fideicomisarios los co-legitimarios; sin perjuicio de la donación o legado del derecho de habitación sobre la vivienda habitual que realice su titular del actual art. 822 (en posible y hacedera combinación, si es el supuesto fác-

tico, con el que preve el art. 1406,4.º respecto a la vivienda ganancial, residencia habitual del cónyuge supérstite y respecto a la que éste puede atribuirse en propiedad o constituir sobre ella un derecho de habitación, conforme al art. 1407; derecho que ha de coexistir –dice el citado art. 822, párrafo último–, con el de habitación al que este precepto se refiere). Y en último término, no están sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad (párrafo 2.º de art. 1041; reforma por la Ley 41/2003).

3.5. ¿Acaso está todo resuelto? Ni mucho menos: disposiciones o cláusulas estatutarias limitativas de la transmisión de acciones o participaciones sociales; protocolo familiar; designación de albacea *ad hoc* ; de contador-partidor que con el cónyuge viudo liquide la sociedad conyugal –a pesar de lo que el 831 admite– y sin perjuicio de que combine el cónyuge fiduciario el patrimonio como un todo y realice donaciones, atribuciones y disposiciones con y a los interesados..., engarzando los preceptos legales ahora considerados y combinados (831; 1056; con otros ya apuntados y a los que el autor, S. C., presta atención específica, así: el de la mejora en cosa determinada ex art. 828 y el 882 regulador del legado de cosa específica y determinada)... Pero lo hasta aquí expuesto revela que hoy por hoy el Código Civil ha tratado de armonizar intereses divergentes y concretamente en cuanto a la empresa familiar ha considerado el interés de la norma como prevalente, ello “en atención a la conservación de la empresa o en interés de la familia”, como textualmente fundamenta el 1056.2, lo que desde el 2 de junio de 2003 está vigente en nuestro Código Civil (precepto reformado que –como he indicado– no convence a S. C., como tampoco a mí –y no digamos a mercantilistas que como Ángel Rojo agudamente lo ha criticado en su conferencia dictada en la sede del I. Colegio Notarial de Madrid en el otoño de 2013–, pero... es lo que hay).

EPÍLOGO

1. Expone Federico FERNÁNDEZ DE BUJÁN, que en un plano teológico *fides et ratio* son proposiciones que se complementan. La experiencia muestra y demuestra que son conciliables la fe en la fami-

lia y la razón aplicada a la empresa sustentada por ella: índices de mortandad, desaparición con la segunda, tercera generación, agonía inexorable y fagocitación, pérdida del poder de mando...

Cierto, pero también existen familias que mantienen la empresa para la generación futura, adaptada a los cambios, a la globalización, a los mercados. La continuidad es la clave para que jurídicamente se la siga estudiando, legislativamente se la regule, fiscalmente se la trate específicamente. Hay que proseguir, sin duda; la familia empresaria merece atención, las empresas familiares necesitan que se les reconozca que son creadoras de puestos de trabajo, de riqueza nacional.

2. Contrato sucesorio, legítimas... "El Código Civil nuestro ha de aprender de los derechos forales" dice José Manuel SERRANO, citándome textualmente (aunque lo que yo he afirmado es: en sede de E. F. y de F. E. y respecto a la cuestión sucesoria, tiene nuestro Código Civil mucho que aprender de los Derechos especiales (p. 1033 del estudio que consta en la nota 8 de bibliografía). Pero... en sede de legítimas el actual parcheado legal hace que ya no sean éstas lo que eran. Así lo he plasmado en este estudio, destacando los supuestos del 782-822-831...
3. Resumiendo, emprendedores hacen falta. Más, muchos más que los que cobran sueldos, nóminas, dietas del Estado o de las Autonomías. Protejamos a las PYMES, démosles a las familias empresarias instrumentos que faciliten el espíritu empresarial, comenzando por instituciones legales, financieras y económicas estables, realistas y durables (como afirma GUY SORMAN, no manipulaciones presupuestarias y normativas cortoplacistas). Mucho hemos de aprender en esto de los EEUU.

APUNTE BIBLIOGRÁFICO

El presente estudio lo he realizado "sin apoyo ni aporte bibliográfico". Así lo digo al principio del mismo.

8.760 horas ha tenido el año 2013. A comienzos del 2014 ("año perfecto", se dice: sus dígitos suman siete) y vuelto del paréntesis navideño, repaso la bibliografía que contiene el libro que me ha servido de base intelectual: El autor ha trabajado a fondo la materia que contiene lo sustancial de su estudio, por lo que aquí y ahora me permito solo exponer alguna cita bibliográfica con el ánimo de profundizar en la raíz de la F. E. y de la E. F.

- DELLE MONACHE, Stefano: "Divisione e patto di famiglia". *Rivista di Diritto Civile*, núm. 6, 2012
- VELAYOS LLUIS, Cristina: "Los órganos de gobierno de la sociedad familiar". Aranzadi, 2012.
- DÍAZ GÓMEZ, María Angustias: "La sociedad familiar de capital... incidencia del concurso de acreedores". *R. de S. Aranzadi*. Núm. 38, 1, 2012.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia: "Empresa Familiar...Protocolos familiares". En "El Derecho de Familia". La Coruña, 2012.
- SÁNCHEZ CRESPO CASANOVA, Antonio J.: "El Protocolo Familiar". Ceim. 2013.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: "La familia y la empresa ante el Derecho". En el libro homenaje a J. F. Delgado de Miguel. Civitas, 2007. En este estudio señalo las características del entonces novedoso "patto di famiglia". De él vuelvo a tratar en el estudio que consta en la nota 8 de bibliografía.
- Idem*. "Capitulaciones. Régimen matrimonial. Sucesión y Estatutos sociales. Armonización con el Protocolo Familiar". En: "El patrimonio familiar, profesional y empresarial". Tomo IV. Consejo General del Notariado. 2009. En él estudio las consecuencias del "Síndrome Buddenbrook".
- Idem* : "La Familia Empresaria". Capítulo 63 de "El Derecho de la Familia". Dirección: Guerra Casas e Yzquierdo Tolsada. Thomson-Reuters, 2012. Aquí puede completarse la bibliografía que contiene la obra de SERRANO CAÑAS.
- Idem*. "Actualidad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil". *Revista Jurídica del Notariado*. Núm. 83, julio-septiembre, 2012.
- GOMÁ LANZÓN, Ignacio: "El Protocolo Familiar". En el tomo IV ya citado en el núm. 7 (Coordinado por mí con ocasión del 9º Congreso Notarial Español, celebrado en Barcelona, 2005)
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel: "Transmisión *mortis causa* de acciones y participaciones sociales". En su conferencia pronunciada en el I. Colegio Notarial de Madrid, el 24 de octubre de 2013, realiza una crítica (desde el punto de vista de la falta de previsión jurídico-mercantil) del art. 1056.2 CC. Ciertamente, y como en el texto se ha dicho, el precepto y su relación actual, no es un dechado de perfección, pero mejora al anterior y en su *ratio* finalista es prácticamente operativo (por de pronto, respecto a las legítimas "de los demás interesados" ante la explotación económica o el control societario familiar que se quiere preservar).
- SAPENA TOMÁS, Joaquín; "El artículo 831 y su importancia familiar-sucesoria". Discurso de ingreso en la Academia Valenciana de Jurisprudencia. 2006. Ideas de quien ha calado hondo en la realidad jurídica de la Familia me han servido para afirmar: lo idóneo es el pacto, el acuerdo familiar de los interesados e implicados en la empresa acerca de quien es-será-debe ser el continuador; al efecto, el testador puede convenir con los descendientes en la sucesión de la E. F. y realizar el reparto irrevocable de bienes, hacienda, derechos... vía donaciones. Y si se hace por ambos cónyuges (o ex art. 831 por el cónyuge viudo fiduciario), tales donaciones -con las imputaciones que ante el supuesto real concreto se conside-

ren-, aceptadas por los descendientes comunes, cierran el *iter* sucesorio en la E. F. ahormando el *complexus* económico-familiar en su conjunto (propiedad de la EF, gestión, donaciones puras, con reserva de usufructo, o con pacto de reversión...), *Vide*, al efecto, mi estudio que cito en la nota 8, p. 1031 y siguientes.

TENA ARREGUI, Rodrigo: "Organización de la empresa familiar: perspectivas estática y dinámica". Colegio Notarial de Madrid (Aportación al IX Congreso Notarial Español. Barcelona, mayo, 2005).

DOMÍNGUEZ REYES, Juan Faustino: "El legado de empresa familiar" (primera parte). En este mismo número de la Revista Jurídica del Notariado.

GARCÍA HERRERA, V.: "La sucesión en la empresa familiar". RCDI, núm. 726. 2011.

LA DONACIÓN MORTIS CAUSA EN EL CÓDIGO CIVIL

(125 Aniversario del Código Civil)

José Manuel Hernández Antolín

Registrador de la Propiedad excedente
Notario de Madrid

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

- I. CONCEPTO DE DONACIÓN MORTIS CAUSA
- II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS
- III. DERECHO COMPARADO
- IV. DERECHO FORAL
- V. LA POSICIÓN DEL CÓDIGO CIVIL
- VI. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL
- VII. SOBRE LA UTILIDAD ACTUAL DE LA FIGURA DE LAS DONACIONES MORTIS CAUSA
- VIII. DISTINCIÓN DE FIGURAS PRÓXIMAS
- IX. FORMAS INDIRECTAS DE DONACIÓN MORTIS CAUSA
- X. LAS DONACIÓN MORTIS CAUSA
- XI. LA DONACIÓN MORTIS CAUSA
- XII. FORMAS SIMULADAS DE DONACIÓN MORTIS CAUSA
- XIII. ASPECTOS FISCALES DE LA DONACIÓN MORTIS CAUSA

APÉNDICE: MODELO DE ESCRITURA DE DONACIÓN MORTIS CAUSA

BIBLOGRAFÍA

Resumen: El presente trabajo pretende volver al recurrente tema de las donaciones *mortis causa*, y de su admisibilidad en derecho común. Tras un breve examen de los textos legales, posiciones doctrinales y jurisprudenciales, se llega a la conclusión, no solo de su admisibilidad *lege data* (superando la malquerencia de los textos legales, de clara influencia napoleónica) sino, sobre todo, de su utilidad. Son útiles y pueden ser la solución a determinados intereses merecedores de protección: aunque es cierto que muchas ocasiones pueden ser resueltas a través de atribuciones patrimoniales post mortem (que son verdaderas donaciones intervivos), el elemento caracterizador esencial de las donaciones mortis causa es su libre revocabilidad por el donante, hasta el punto que si se limitara dicha libre revocabilidad, caeríamos de lleno en pactos sucesorios prohibidos.

Bajo estas hipótesis, se trata de hacer un examen de las donaciones mortis causa explicas, de los problemas que plantean, de las formas indirectas y simuladas de donación mortis causa, terminando con un examen de las cuestiones registrales y fiscales. Se concluye con un apéndice, que contiene un modelo real de donación mortis causa, y de una cuidada bibliografía sobre las cuestiones tratadas.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende retomar el viejo tema de las donaciones *mortis causa*, comunes (aunque no frecuentes) antes de la entrada en vigor de nuestro Código Civil, y que, tras los términos del confuso artículo 620 CC, fueron dadas por muertas por casi la totalidad de la doctrina, que la refunden con los legados (para FUENMAYOR el artículo 620 supone su certificado de defunción). VALLET DE GOYTISOLO, discrepó de la doctrina dominante, afirmando que el 620 CC es el certificado de vida de las mismas, las cuales están muy presentes en la vida jurídica, aunque en su mayor parte ocultas (donaciones mortis causa indirectas). A partir de él se creó una importante polémica doctrinal (en los primeros años 50 y luego revivida en los años 90), radicalizándose las posturas en dos extremos: la mayoritaria,

que señala que es una figura suprimida y, además, inútil (ya que pueden lograrse idénticos resultados a través de otras figuras jurídicas), y quienes mantienen su vigencia y utilidad.

El motivo de este trabajo, con ocasión de conmemorar el 125 Aniversario de la promulgación del Código Civil, es, no tanto en volver a replantear la cuestión de su admisibilidad en derecho común (que se planteará de forma esquemática), cuanto que, partiendo de la vigencia y utilidad de esta figura jurídica, tratar *in extenso* de su régimen jurídico y de su "modus operandi".

Trataremos de ver por qué estimamos que se trata de una institución útil y, aunque parezca sorprendente, su difusión (bien es cierto que bajo formas indirectas) es mayor de lo que se cree. Trataremos, vista su utilidad, de determinar el régimen jurídico de las donaciones mortis causa directas, ya en sus aspectos sustantivos (cuestión ésta muy olvidada por los tratadistas, que se limitan a plantear su admisibilidad y, a lo más, los problemas que plantea su forma) como su régimen fiscal.

Adelantando nuestra conclusión diremos que las donaciones mortis causa están admitidas en nuestro ordenamiento y, además, son útiles. Ahora bien, el problema fundamental, a mi juicio, está en identificarlas en cada caso, lo cual (sobre todo en las formas indirectas) no es fácil. Y he aquí el problema que vamos a desentrañar (o, más modestamente, tratar de desentrañar) en estas líneas. Soy consciente de que, en el espacio disponible en esta colaboración, muchas de las cuestiones sólo se van apuntar, señalando nuestras propias conclusiones, y otras muchas podrían ser objeto de desarrollos más matizados. Dejo esta labor a quien quiera tomar el testigo.

I. CONCEPTO DE DONACIÓN MORTIS CAUSA

Podemos hablar de un concepto amplio y otro estricto de donación mortis causa:

a) Con carácter amplio, se engloban, al menos, los siguientes tipos de donaciones:

— aquella donación hecha por el donante, para que surta plenos efectos traslativos a su muerte; son las llamadas donaciones *post obitum* o *post mortem*. Incluso aunque se articulen como condición suspensiva (por ejemplo, si el donante sobrevive al peligro de

muerte, o si el donatario sobrevive al donante) o resolutoria (si el donante supera el peligro de muerte o el donante sobrevive al donatario), son verdaderas donaciones intervivos, presididas por un motivo subjetivo, con independencia de que la entrega de la cosa se haya producido antes de la muerte del donante, o que la entrega material de lo donado se produzca después de la muerte.

— aquella donación realizada en contemplación o con ocasión de un peligro inminente de muerte, entendiéndose que pierden su vigencia si el donante sobrevive al evento que motiva la donación, ya produzca efectos inmediatos, aunque condicionados, e incluso cuando la entrega del bien donado se aplaze para después de la muerte del donante (llamada la donación *contemplatio mortis*).

— la donación realizada para cuando fallezca el donante o para el sólo caso de morir el donante (donación *contemplatio mortitatis*, llamada también *contemplatio mortalitatis*). Aquí el motivo determinante no es el peligro inminente (aunque pueda existir) sino la voluntad de donar para el día después. Hasta el momento de la muerte del donante no produce efecto alguno (ni real ni obligacional), incluso aunque la entrega se haya producido antes, pudiendo ser libremente revocada. Esta es la verdadera donación mortis causa.

VALLET señala que tampoco es una verdadera donación mortis causa la llamada donación *propter mortem alterius*, o para el caso de la muerte de persona distinta del donante.

b) En un sentido más propio y estricto, podemos definir las donaciones mortis causa como aquella donación, de carácter natural y esencialmente revocable, que se realiza para que surta efectos al fallecimiento del donante. Ramón María ROCA-SASTRE las define como “una disposición por causa de muerte, a título singular, otorgada en forma de donación”. Ya las caracterizó MARCIANO (luego recogido en la Ley I del Título VI del Libro XXXIX del Digesto) cuando dice que en la donación mortis causa “el donante es preferido al donatario, pero el donatario es preferido al heredero o legatario”, o dicho de otra forma, es un acto de liberalidad no a cargo del donante (como la donación inter vivos) sino a cargo de los herederos del donante.

La STS de 24 de febrero de 1986 señala que lo que caracteriza definitivamente las donaciones mortis causa es la permanencia en el dominio y libre disposición del donante de la cosa donada y su falta

de intención de perderla, caso de vivir. ROCA-SASTRE señala sus notas características:

- 1.º Su revocabilidad.
- 2.º La exigencia que el donatario sobreviva al donante.
- 3.º La falta de transmisión inmediata de la propiedad de la cosa donada (demorada hasta la muerte del donante).

A lo largo de este trabajo veremos como todas estas notas características pueden y deben ser matizadas.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Vamos a hacer un repaso, necesariamente breve, de su génesis histórica.

A) Derecho romano

1. Derecho clásico: En el sistema romano de negocios típicos, no se regula inicialmente la donación, que se presenta como una causa de atribución patrimonial a título gratuito (*causa donandi*). Se basa en el juego de la datio (se entrega la cosa) y la conditio (que permite recuperar la propiedad al donante).

El derecho antiguo veía con recelo las donaciones: La Lex Cincia (204 a. C.) las prohibía con carácter general, salvo excepciones (donaciones módicas, a favor de parientes o para constituir la dote), pero se trataba de una *lex imperfecta*, ya que prohibía el acto, pero no anulaba lo ya recibido (aunque el donante dispone de una excepción para reivindicar lo donado con infracción de la misma), ni impone sanciones por su incumplimiento.

La Constitución de Constantino (323 d. C.) deroga la Lex Cincia y la donación deja de ser simple causa de atribución patrimonial para convertirse en un verdadero contrato, al exigirse su aceptación por el donatario (surge así como contrato típico). Las formas que presentan, según Juliano, son:

— la *contemplatio mortis (ex praesenti periculo eut ex futuro*, en términos de Juliano): Es la que primero surge: El donatario adquiere la cosa donada desde la donación aunque queda sin efecto si el donante sobrevive. El una verdadera donación inter vivos, sujeta a la condición resolutoria (que el donante sobreviva). Caso de sobrevivir, la donación pierde su eficacia, pudiendo repetir frente

al donatario (a través de la acción reivindicatoria o por una conditio).

— la *contemplatio mortitatis* (o “*cogitatione mortalitatis*”, en términos de Juliano) Surge con posterioridad: Es la que se hace para producir efectos jurídicos a la muerte del donante, siendo revocable por el donante mientras viva. Es una forma de disponer mortis causa a título singular, sin someterse a los rigurosos requisitos formales de los testamentos. Esta asimilación a los legados determina que sean aplicables las leyes Julia, Papia y Falcidia y demás principios del derecho sucesorio, pero no a la Lex Cincia. Se habla de *mortis causa capio*, y el efecto económico práctico es reducir el quantum la sucesión.

Además tienen relevancia las formas indirectas de donación mortis causa: la donación intervivos a favor del cónyuge constante matrimonio estaba prohibida desde antiguo (de origen consuetudinario, recogido después en la Lex Iulia et Papia Poppaea), pero si muere el donante sin revocarla, valdrá como donación mortis causa, aunque sujeta a la Lex Cincia (Ulpiano 7,1). La providencia de Septimio SEVERO Y CARACALLA extiende esta convalidación a toda donación defectuosa hecha en vida, si el donatario ha aceptado la donación y se ha hecho la entrega de la cosa donada, si el donante muere sin revocarla.

2. Derecho justinianeo: Con el afán sistematizador que preside toda la obra justiniana, se contiene una regulación propia y autónoma en el Corpus Iuris Civilis de las donaciones mortis causa.

Marciano, en texto recogido en el Digesto (fr. 1, 1D, h. t.) caracteriza como de donación mortis causa la donación que de su armadura hace Telémaco a Pireo en la Odisea, para el caso de que fallezca por efecto de la guerra. En Digesto Ley XXXIX, Título VI, Ley I las define: “mortis causa donatio est cum quis habere se vult quam eum cui donat magisque cum cui donat quam heredem suum.”

El Código las contempla, en la Constitución 4º del Título LVII, Libro VII.

En Instituta 11-7, fragmento 1.º se afirma que las donaciones mortis causa han sido reguladas a semejanza de los legados (mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia).

La nota característica es su revocabilidad, pero puede el donante renunciar a tal derecho [Novela 87, en su prefacio y Capítulo I]).

La donación mortis causa responde a una finalidad específica: “el donante quiere tener la cosa antes que el donatario, y que la tenga el donatario con preferencia al heredero (D.39,6.1 pr).

La autonomía propia de las donaciones mortis causa permite distinguirlas de:

a) las donaciones inter vivos, ya consideradas, como vimos, a partir de Constantino (323) como un verdadero contrato típico, que exige traditio (entrega) y insinuatio (forma sustancial consistente en la comunicación de la donación a los Tribunales si excede de 500 sueldos): con independencia de que se haya producido la entrega material de la cosa, el donante conserva la propiedad, y, como dueño, puede reivindicarla.

b) y de los legados, dado que en la donación mortis causa, el título de atribución es distinto y puede desplegar algún tipo de eficacia en vida del donante (sobre todo si hay entrega de bienes), además de sus menores requisitos formales.

El problema será precisar si en una concreta donación se dan las notas que caracterizan las donaciones como mortis causa: . Aunque los romanistas han establecido criterios diversos, SAVIGNY concluye que no pueden darse reglas concretas: Habrá que atender caso a caso.

3. Romanistas medievales: Consideran la donación mortis causa como un tipo híbrido entre la donación (considerada como un contrato) y los legados, y su régimen jurídico se determina aplicando las normas de las donaciones (en cuanto a la aceptación y forma) y las de la sucesión (revocabilidad y límites a la libre disposición de los bienes). Además, se difunde mucho, por efecto de las guerras y enfermedades, la llamada *donatio post obitum*, que es una verdadera donación inter vivos, irrevocable y cuya eficacia traslativa se produce a la muerte del donante, si le sobrevive el donatario.

b) Derecho germánico: Según Benito GUTIÉRREZ, los pueblos germánicos no daban importancia a las donaciones, que son consideradas como actos espontáneos y sin que las partes contraigan obligaciones. En virtud al principio de reciprocidad presente en el derecho germánico, el donante podía resolver libremente la donación efectuada.

Solo en un momento posterior se les reconoce un carácter contractual, y cumplen las función de los testamentos en los pueblos bárbaros.

c) Derecho histórico español:

1. Se conocen fragmentos del Código de Eurico (fragmento CCCVIII), luego recogido en la Lex Romana Visigothorum, pero se refieren a donaciones "post obitum".

2. El Fuero Juzgo trata de las donaciones, conforme al principio romano de la irrevocabilidad de la donación intervivos, en:

a) Libro V, Título II (De donationibus generalibus), con siete leyes, de las cuales cabe destacar:

— Ley V, que determina que si el marido dona alguna cosa a la mujer, después del fallecimiento del marido, no habiendo adulterio, pertenecerá a la mujer.

— Ley VI de determina que en la donación hecha bajo la condición de la muerte del donante, este conserva la propiedad del bien donando en vida, y a su muerte será entregado el bien donado al donatario.

b) En el Libro V, Título III (de patronorum donationibus), con cuatro leyes, que en nada afectan a nuestro tema.

3. Los Fueros locales tratan poco de las donaciones, pero están bastante difundidas, por causa de las guerras y con fines religiosos o piadosos. No obstante, la más difundida es la llamada *donatio post obitum* (heredera directa de la "donatio contemplatio mortis romana": es un negocio jurídico inter vivos e irrevocable, pero cuyos efectos jurídicos se derivan del fallecimiento del donante, por lo que no es una verdadera donación mortis causa).

El Fuero de Nájera, en las Leyes IC, C y CI y los llamados Fueros de Castilla (derecho señorial territorial de Castilla, para los fijosdalgos), concedidos por Fernando III, se regulan la donaciones entre cónyuges (Ley LXVIII).

4. El Fuero Real (que regula en derecho en las zonas de realengo, es decir, las excluidas de la justicia señorial) establece en el Libro III, Título XII, Ley VI que las donaciones se hacen de dos maneras: o por manda por razón de muerte o en sanidad. La primera de ellas es revocable por el donante; la segunda solo en los casos legalmente prevenidos. Esta norma pasará literalmente a las Ordenanzas Reales de Castilla (o Recopilación de Alonso DÍAZ DE MONTALVO) en el Libro V, Título IX; Ley I; a la Nueva Recopilación (Libro V, Título X, Ley I) y a

la Novísima Recopilación (Libro X, Título VII, Ley I), y es la norma que estará en vigor a la entrada en vigor del Código civil.

5. Las Leyes de Estilo, verdadero compendio en 252 leyes que resumen decisiones judiciales hasta Fernando IV, sin expresa promulgación real, no hace referencia alguna a las donaciones mortis causa, lo cual indica que tuvieron poca difusión práctica.

6. Las Partidas vuelven a los precedentes romanos:

— Las define como cesión gratuita que hace uno a favor de otro, hallándose enfermo o amenazado de un peligro que hace temer su muerte (Ley XI, Título . IV, Partida V), determinando cuando deben valer y cuando no. El inciso final de la citada ley determina que es libremente revocable (idem que el Fuero Real), presumiéndose que queda revocada por la muerte del donatario antes que el donante o cuando desaparece la causa de muerte inminente por la que se hizo. Asimismo señala la nulidad de la donación mortis causa por captación de la voluntad del donante por el donatario o de un tercero.

— La Ley CV del Título XVIII de la Partida III determina cómo debe hacerse la carta de donación por razón de muerte los hijos, cuando estén en poder de los padres, señalando un modelo de carta y exigiendo para su validez cinco testigos..

— La Ley IV, Título IX de la Partida IV determina que la donación entre cónyuges, constante el matrimonio, prohibidas por la ley, se convalidan por la muerte del donante Gregorio López, en su glosa, señala que la regla “nam si non revocatur, morte confirmatur” se apoya en PAPINIANO y BALDO.

7. La Ley 69 de Toro (recogida después en la Ley II del Título VII del Libro X de la Nueva Recopilación, y en la Ley VIII Título X del Libro V de la Novísima Recopilación) dispone que no se pueden hacer donaciones de todos los bienes, aunque se haga solo de bienes presentes.

8. La Novísima Recopilación, además de recoger las normas vistas del Fuero Real y de las Leyes de Toro, flexibiliza los requisitos de forma al exigir para su validez estar otorgada ante cinco testigos o ante escribano y tres testigos vecinos.

En todo caso, debe de señalarse que las donaciones mortis causa eran raras en la práctica (Benito GUTIÉRREZ, GARCÍA GOYENA), siendo frecuente origen de conflictos y pleitos, por lo que fueron miradas con recelo en la época codificadora. La STS de 11 de marzo de 1864 delimita con precisión la verdadera donación mortis causa, al conceptuarla como el acto unilateral, revocable por naturaleza, que no necesita la aceptación del donatario en vida del donante, transfiriéndose a éste el bien donado, gratuitamente y como por vía de manda al fallecimiento del donante.

III. DERECHO COMPARADO

a) EN CONTRA DE LA DONACION MORTIS CAUSA:

1. Derecho francés: El derecho histórico francés (desde el droit coutumier hasta el artículo 3 de la Ordenanza de 1731) rechazó las donaciones mortis causa, por su incompatibilidad con el principio general de "donner et retenir ne vaut".

El Code Napoléon (1804 CC), en su artículo 893 determina que solo se puede disponer de bienes a título gratuito, bien por donación inter vivos, bien por testamento. No ha faltado en Francia quien haya tratado de resucitar las donaciones mortis causa: Así ROGRON (en su Code civil expliqué, 1825) y más recientemente M. VU-VAUMAU (1953).

La jurisprudencia francesa admite las llamadas "donation a ex-cuter au décès du donater" (donación con condición suspensiva, cual es la premoriencia del donante) y el "retour convencional" (donación con cláusula reversional), pero como verdaderas donaciones inter vivos.

2. Extensión de las tesis abolicionistas: Y este mismo criterio prohibitivo del derecho francés pasará al Código italiano de 1865 (art. 1071). El vigente Código de 1942 no hace alusión alguna al tema, solo regulando las donaciones inter vivos (artículos 769 y ss).

También lo sigue el vigente Código Civil Portugués de 1867 (art. 1457), antecedente más próximo del 620 CC español.

En igual línea abolicionista se manifiesta terminantemente el artículo 1.056 del Código Civil de Colombia, el artículo 2790 del antiguo

Código Civil Mexicano y el artículo 1575 del antiguo Código Civil de Uruguay de 1868. En la actualidad cabe señalar:

— el artículo 2.329 del Código Civil del D.F. de México, que dispone que las donaciones que se hagan para después de la muerte del donante se regirán por las disposiciones relativas al Título III (de la sucesión hereditaria).

— el artículo 1614 del vigente Código Civil de Uruguay (Ley 16.603 de 19 de octubre de 1994) que dispone que las donaciones que se hagan para después de la muerte del donante quedan sujetas a las reglas establecidas para las últimas voluntades.

b) A FAVOR DE LA DONACION MORTIS CAUSA. No hay sistemas jurídicos que claramente admitan la subsistencia como categoría propia de las donaciones "mortis causa". Suelen admitirse bajo las formas de promesas de donación o bajo la forma de pactos sucesorios.

1. Derecho alemán: El parágrafo 2301 BGB señala que a una promesa de donación otorgada bajo la condición de que el donatario sobreviva al donante, se aplicarán las disposiciones por causa de muerte. Y da dos reglas concretas:

— lo mismo vale para una promesa de deuda o reconocimiento de deuda de la clase señalada en los parágrafos 780 y 781 otorgados por vía de donación bajo esta condición.

— si el donante ejecuta la donación por prestación del objeto atribuido (es decir, si se ha entregado el bien en vida del donante) se aplican las disposiciones de las donaciones inter vivos.

ENNECERUS señala, al comentar el citado precepto, más que donaciones, se trata de contratos de legados condicionales, y la doctrina mayoritaria la califica como una verdadera sucesión contractual, careciendo, en consecuencia, de sustantividad propia.

2. Derecho suizo: El Código de las Obligaciones de 30 de marzo de 1911, regula las donaciones en los artículos 239 a 252, siempre referidas a las donaciones intervivos, no admitiendo la validez de la promesa de donar (art. 243).

El Código Civil de 10 de diciembre de 1.907 no regula propiamente las donaciones mortis causa, pero cabe admitirlas a través de la figura del pacto sucesorio. En efecto, la sucesión puede ordenarse por testamento o por pacto sucesorio (art. 481). Dispone el artículo

494 que el disponente se obliga, por pacto sucesorio, a dejar una disposición o legado a la otra parte contratante o a un tercero. El disponente continuará disponiendo de sus bienes. Todas las disposiciones por causa de muerte y las donaciones incompatibles con los acuerdos dimanantes de un pacto sucesorio pueden ser impugnadas. Pero veremos más adelante las diferencias entre la verdadera donación mortis causa y los pactos sucesorios.

3. El derecho civil del Estado de Luisiana (Estados Unidos): A finales del siglo XVIII, en la Luisiana regía el derecho español, y muy particularmente, las Partidas (hoy llamada Law of the Partidas). Tras la independencia, se comisiona a dos eminentes juristas (Louis Moreau Lisdet y James Brawn) para que elaboren una Recopilación de las normas de las Partidas que se han de considerar vigentes (excluyendo fundamentalmente el derecho público). Y el citado Louis Moreau Lisdet elabora en 1808 un Digesto de la Ley Civil vigente en el territorio de la Luisiana, que en el Libro 3.º, Título 2.º se contiene una regulación de las donaciones, definiendo su artículo 3º que la donación por causa de muerte es un acto por el cual el donante dispone de todo o parte de sus bienes para cuando fallezca, y que puede revocar.

Esta regulación, hoy vigente, fue completada por los Códigos Civiles de Luisiana de 1825 y 1870.

4. Y más matizadamente el derecho argentino: El Código Civil Argentino (Ley 340, de 25 de septiembre de 1869), obra de Dalmacio VÉLEZ-SHARFFIELD, dispone en su artículo 1790 que si alguno prometiera bienes gratuitamente con la condición de no producir efectos sino después del fallecimiento, tal declaración será nula como contrato y valdrá sólo como testamento, si está hecha con las formalidades de estos actos jurídicos.

IV. DERECHO FORAL

La mayor importancia de la sucesión contractual en derecho foral determina una posición más abierta hacia la admisión de las donaciones mortis causa: debe tenerse, además, en cuenta que en la normativa foral, el concepto de donación mortis causa, como vere-

mos, se refiere al concepto amplio del que hablamos en el apartado PRIMERO de este trabajo.

CATALUÑA: Dedicamos a ellas el Capítulo II (De las donaciones por causa de muerte) del Título III (De la sucesión contractual y de las donaciones por causa de muerte) del Libro IV del Código Civil (aprobado por Ley 10/2008 de 10 de julio), en adelante el Codi, dedicándole los artículos 432-1 a 432-5).

El artículo 432-1.1 Codi las define como las disposiciones de bienes que el donante, en consideración a su muerte, otorga en forma de donación aceptada por el donatario en vida suya (es decir, del donante), sin que el donante quede vinculado personalmente por la donación.

El artículo 432-4 determina que el donatario hace suyos los bienes al morir el donatario.

El artículo 432-2 determina las normas sucesorias aplicables a las donaciones mortis causa, y el 432-3 determina las normas de capacidad (tanto para donar como para aceptar).

El artículo 432-5 determina las causas de ineficacia de las donaciones mortis causa.

La SAP Barcelona, Secc. 1.ª, de 9 de marzo de 2001 señala que la donación mortis causa, en derecho catalán, no está sujeta a forma alguna, pero es necesario que conste en forma expresa, sin que sea posible presumirla por vía indirecta.

ARAGÓN: Posiblemente fue en Aragón donde mayor raigambre tuvieron históricamente las donaciones mortis causa. El artículo 380 del Texto Refundido del Código de Derecho Foral de Aragón (aprobado por Decreto Legislativo de Aragón 1/2011 de 22 de marzo) en su artículo 380 califica la donación mortis causa como pacto sucesorio. El artículo 383 dispone que la donación universal de bienes habidos y por haber equivale a la institución contractual de heredero, salvo pacto en contrario. La donación mortis causa de bienes singulares tendrá el carácter de pacto sucesorio.

BALEARES: Las normas de derecho foral vigentes (Decreto Legislativo 79/1990 de 6 de Septiembre del Gobierno Balear) no contienen una regulación de las donaciones mortis causa:

- en Mallorca se regulan las donaciones universales (art. 8 al

13), que son donaciones verdaderas donaciones inter vivos (valerías de presente e irrevocables, art. 8), aunque se puede pactar que sea efectiva a la muerte del donante (art. 13), y confieren la cualidad de heredero contractual del donante

— En Menorca no rigen los artículos citados (art. 65).

— En Ibiza y Formentera (art. 73) la donación universal de bienes presentes y futuros equivale a la institución contractual de heredero.

NAVARRA: El llamado Fuero Nuevo Navarro (Ley 1/1973 de 1 de marzo) dedica el Título III (de las donaciones mortis causa) del Libro II, Leyes 165 a 171.

La Ley 165 las define, con un criterio amplio, como las que se hacen en consideración a la muerte del donante (si se supeditan a la muerte de un tercero, se consideran intervivos bajo condición, Ley 171). Se presume que la donación se hace en consideración a la muerte del donante cuando la adquisición de bienes donados queda diferida al fallecimiento de aquel (*vid.* sobre esto último la SAP Navarra, Secc. 3.º de 9 de abril de 2001).

La Ley 169 se refiere a la revocación, señalando que el donante puede revocar en cualquier momento la donación, de forma expresa o tácita (y señala casos de revocación tácita, salvo que se haya dispuesto otra cosa), salvo pacto en contrario o renuncia a la facultad de revocar.

V. LA POSICIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

La época codificadora, por influjo de los juristas franceses, ve con recelo las donaciones mortis causa:

a) El Proyecto de 1.851, debido a Florencio GARCÍA GOYENA, determina en su artículo 942, que "las donaciones hechas para después de la muerte del testador pueden hacerse inter vivos y se regirán por las disposiciones de este título; pero si tuvieren por objeto el todo o una parte alícuota de los bienes del testador, o una cantidad de cosas fungibles, no podrán otorgarse sino en testamento y se gobernarán por las reglas de las últimas voluntades."

En las Concordancias, su autor califica las donaciones mortis causa como "especie monstruo entre los contratos y las últimas voluntades. La algarabía, tanto en derecho romano como en el derecho patrio,

sobre puntos de semejanza y disparidad de estas donaciones con los pactos y legados, sólo causan dudas, confusión y pleitos, en los rarísimos casos que ocurren, por la dificultad de apreciar y fijar sus verdaderos caracteres. De ahí, no obstante su reconocimiento legal, tenían poca difusión práctica, y lo que no está en las costumbres no debe estar en el Código". La malquerencia de GARCÍA GOYENA hacia las donaciones mortis causa influirá poderosamente toda la labor codificadora.

b) El Anteproyecto de 1.882, basándose en la dicción del artículo 1.457 del Código portugués, dispone en su artículo 618 que "las donaciones que hayan de surtir sus efectos por la muerte del donante participan de la naturaleza de los actos de última voluntad y se registrarán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria."

c) El Código civil vigente (1889 CC), en su artículo 620, dispone que "las donaciones que hayan de surtir sus efectos por la muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y se registrarán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria."

Además el artículo 1271.2 CC determina que sobre la herencia futura no se podrá celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1.056, lo que cierra el paso a la sucesión contractual, sin perjuicio de que en el texto del Código se contengan algunos supuestos de verdadera sucesión contractual (artículos 641, 826, 1341.2 CC).

OPINIONES SOBRE LA SUBSISTENCIA DE LA DONACIÓN MORTIS CAUSA. Ante los términos del artículo 620 CC, que no ha sufrido modificación alguna hasta la fecha, dos son las grandes líneas de opinión que se mantienen:

TESIS DE LA NO SUBSISTENCIA DE LAS DONACIONES MORTIS CAUSA. Esta tesis ha sido y es, hasta la fecha, abrumadoramente mayoritaria, ya desde los primeros comentaristas del Código Civil: El hecho de que el artículo 620 CC las someta a las reglas de la sucesión testamentaria, determina la defunción de la sustantividad propia de las donaciones mortis causa, que en realidad, se rigen por las reglas

de los legados, incluso en materia de forma: como dice ROCA-SASTRE, donación mortis causa y legado se identifican (es un legado en forma de donación). CASTÁN señala que con los términos del 620 CC, las donaciones mortis causa pierden su carácter distintivo y su naturaleza, y hay que considerarlas como una institución suprimida .

Como señala FUENMAYOR, contradiciendo las tesis de VALLET, las donaciones mortis causa son un envoltorio vacío: es un artificio para realizar disposiciones testamentarias. El 620 CC, al citarlas, se refiere a ellas como una "cita postrera, una esquila mortuoria".

ALBALADEJO se apunta a esta tesis, si bien reconoce que ello no resulta de la literalidad del artículo 620 CC, que solo dice que "participan de la naturaleza de los actos de última voluntad", aunque al someterlas a las reglas de la sucesión testamentaria, acaba con la institución.

En igual línea, aunque con matices, se manifiesta LACRUZ BERDEJO, que señala que la propia donación mortis causa no existe como categoría autónoma: Es una verdadera donación inter vivos, con transmisión aplazada al tiempo del fallecimiento, y solamente válida y eficaz en cuanto que no se trate de bienes futuros al tiempo de la donación, por el juego del artículo 635.2 CC, entendiéndose por tales aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación.

Además suele señalarse para defender su abolición (SCAEVOLA) que, de admitirse, constituye un pacto sucesorio a título gratuito prohibido por la ley (1.271.2 CC), extremo este que no compartimos, como veremos más adelante.

ALBIEZ DOHRMANN habla de negocios atributivos post mortem, como un tertium genus entre las clásicas categorías de negocios inter vivos y mortis causa: se caracterizan por el hecho que la muerte del disponente no tiene significado causal (como en la donación mortis causa), sino su término inicial o final: son verdaderas donaciones inter vivos, en las que el empobrecimiento del donante se ha producido ya (dado que son irrevocables), aunque el enriquecimiento del donatario no se produzca hasta la muerte del disponente (hasta entonces solo tiene expectativas). Estas atribuciones post mortem están admitidas, pero no las donaciones mortis causa en sentido estricto, dados los términos del artículo 620 CC.

ESPEJO LERDO DE TEJADA también se adhiere a la tesis abolicionista, advirtiendo que la jurisprudencia simplifica la cuestión al limitarse a resolver si subsisten o no las donaciones mortis causa. El problema no es tanto dilucidar si subsiste la forma histórica de las donaciones mor-

tis causa (que, a su juicio, han desaparecido al tenor del 620 CC), sino determinar si con la vigente regulación de las donaciones inter vivos, es posible alcanzar los fines perseguidos por las históricas donaciones mortis causa, a lo que contesta afirmativamente: el régimen jurídico de las donaciones inter vivos es suficientemente flexible como para poder configurar, de modo voluntario (vía autonomía de la voluntad) otros tipos de donación que la regulada por el CC (donación obligacional, donación revocable etc...), por lo que la donación mortis causa pierde todo interés como figura autónoma.

LUCENA FERNÁNDEZ REINOSO mantiene, en tiempos más recientes, la tesis abolicionista, basándose en la inutilidad práctica de la figura. Se pueden lograr los fines perseguidos por las donaciones mortis causa por otras figuras jurídicas.

En resumen, los principales argumentos para la inadmisión de la donación mortis causa como negocio autónomo, se apoya en cuatro obstáculos:

- la configuración en el CC de la donación como un acto traslativo (609 y 618 CC): Vide lo que diremos de la promesa de donación.
- necesidad de un desprendimiento patrimonial en vida del donante.
- principio general de la irrevocabilidad de las donaciones (fuera de los casos legalmente previstos).
- prohibición de la sucesión contractual (1271.2 CC).

TESIS A FAVOR DE LA SUBSISTENCIA DE LAS DONACIONES MORTIS CAUSA. La tesis abolicionista, de origen francés, fue combatida, en primer lugar, por AZPITARTE, quien señaló que del artículo 620 CC se deduce que su naturaleza es de acto de última voluntad, pero no están sujetas a las formas testamentarias (es un acto con individualidad propia). Habrá, en consecuencia, que distinguir entre cuestiones de forma (aplicando las normas de la donación) y cuestiones de fondo (aplicando las reglas de la sucesión testamentaria). Pero fue VALLET DE GOYTISOLO, inspirándose en razonamientos que le había sugerido GONZÁLEZ PALOMINO, quien con más argumentos defendió la subsistencia de las donaciones mortis causa, que están presentes en nuestra vida jurídica prestando importantes servicios, tanto en formas directas, como en figuras superpuestas o en sus variedades indirectas. La tesis de VALLET revolucionó la doctrina jurídica, generando una polémica que llega hasta nuestros días. El 620 CC es un

“certificado de vida” de las donaciones mortis causa, basándose, esquemáticamente, en:

- argumentos gramaticales: El 620 CC los califica como verdaderas donaciones (participar de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, no es sinónimo a identificarlas con las disposiciones mortis causa).

- argumento lógico: participar de la naturaleza de las disposiciones testamentarias no implica que deban ajustarse a las formas de los testamentos.

- argumento histórico: Ya desde Justiniano, en el *Corpus Juris Civilis*, se distinguía la donación mortis causa del legado. Y en el derecho histórico español se regían por las reglas de forma de las donaciones, requiriendo la presencia de ambas partes.

- argumento sistemático: El 618 CC no excluye del concepto de donación las otorgadas mortis causa: se trata de una verdadera donación, sujeta a reglas especiales. También se apoya en los artículos 641, 1331 (hoy 1341.2), 177 (versión originaria) y 827 CC.

- argumento temporal: La donación mortis causa, si no se revoca, es el último acto del disponente, y la sucesión testamentaria se produce una vez ya muerto.

Lo determinante de la donación mortis causa es que los efectos traslativos propios de la donación se producen al fallecimiento del donante. La revocabilidad de la donación en vida del donante es otra de las notas naturales más características de la donación mortis causa, pero ésta no pierde tal carácter por el hecho de que el donante renuncie a la facultad de revocar (bien de forma expresa o imponiendo un pacto de no revocar). A mi juicio, sin desmerecer en nada la tesis de VALLET, el concepto que él emplea de donación mortis causa (sobre todo en las llamadas formas indirectas) es excesivamente amplio, por lo que su tesis debe de analizarse en relación al concepto propio y estricto de donación mortis causa.

Las sugestivas (calificadas así por el TS) tesis de VALLET han sido aceptadas por Enrique LALAGUNA y Díez PICAZO. Éste último, en sus *Estudios sobre Jurisprudencia Civil*, señala que la donación mortis causa es, ante todo, una donación, sujeta a las normas sustantivas de las sucesiones y formales de la donación.

PUIG FERRIOL y BADOSA COLL, en sus comentarios al Tomo V.1 de ENNECERUS, señalan las diferencias entre la donación y el legado:

- distinta naturaleza: La donación, es un acto inter vivos, bila-

teral, dispositivo y de liberalidad; el testamento es un acto mortis causa, unilateral, que determina el destino del patrimonio.

- el testamento presupone la muerte (presupuesto de existencia); en la donación mortis causa es un presupuesto de eficacia.

- en la donación, el donatario adquiere directamente sin intervención del heredero.

- conmoriencia (muerte simultánea) del donante y donatario: en la donación mortis causa, la donación es eficaz y el donatario adquiere el bien donado. En la sucesión testamentaria, no.

BELUCHE RINCÓN se apunta a las tesis de la subsistencia de las donaciones mortis causa como categoría autónoma:

- la donación mortis causa cumple distinta función que el legado. Está más ajustada a la verdadera voluntad del donante, que quiere dejar constancia del agradecimiento del donante, con más claridad que el legado.

- la donación mortis causa cumple distintos efectos que el legado.

- diferencias de forma entre una y otra.

- la donación mortis causa no requiere de tradición. El legado, por el juego de la posesión civilísima, sí (hace falta un acto de entrega, salvo que el legatario esté facultado para tomar posesión por sí del legado).

- el donatario no está sujeto a los eventos propios de la apertura del testamento.

Se critica la posición de BELUCHE RINCÓN (ALBIEZ DOHRMANN) alegándose que nos lleva indefectiblemente a la figura del contrato sucesorio, prohibido por el artículo 1271.2 CC.

Manuel GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS se adhiere abiertamente a la tesis de VALLET, haciendo una reconsideración general de las causas de su inadmisión y de la función que pueden cumplir las donaciones mortis causa (las donaciones intervivos son irrevocables, fuera de las causas legales, mientras que las mortis causa son revocables).

1. El fundamento último de su inadmisión (a partir de las prevenciones de García Goyena) es la defensa de acreedores y legítimos:

- en la donación inter vivos, el donante sufre un daño que no sufre en la mortis causa (pues la liberalidad es a cargo de los herederos), y ello puede incentivar su uso con fines fraudulentos.

— y, además, se dice, distraen bienes del caudal hereditario, lo cual, amén de no ser cierto (nunca los bienes donados forman parte de la herencia), tampoco provocan la desprotección que se alega, aunque opera por otras vías:

Respecto de los acreedores, en la herencia rige un principio general: antes es pagar las deudas que heredar. Y en las donaciones (ya sean inter vivos o mortis causa) la defensa de los mismos se articula a través de la acción pauliana

Respecto de los legitimarios (partiendo de la consideración, en derecho común, de su carácter, generalmente, de *pars bonorum*), el ordenamiento vigente, en la sucesión mortis causa, articula la protección de los legitimarios, además de en las acciones que dispone en defensa de su derecho, a través de su necesaria intervención, tanto en la partición como en la entrega de legados y en la enajenación de bienes. Estos mecanismos legales de protección, como veremos, no operan en la sucesión mortis causa, pero no por ello se puede decir que queden desprovistos de protección: el mecanismo es el mismo que en las donaciones inter vivos (acción de reducción de donaciones inoficiosas).

Por ello tal prevención frente a las donaciones mortis causa debe estimarse injustificada, y sería el momento de plantear si no son excesivos los mecanismos de protección en la sucesión tanto de los acreedores como, sobre todo, de los legitimarios (sobre todo en el Reglamento Hipotecario, con dudosa legalidad, por falta de rango legal).

2. La regla general de la irrevocabilidad de las donaciones (que eleva a principio general la STS 21 de mayo de 1984, entre otras muchas) tiene sus excepciones legales (639, 641 y 642 CC, por ejemplo), no existiendo regla análoga a la francesa de “donner et retenir ne vaut”.

3. El artículo 620 CC es la pieza de cierre del sistema sucesorio, presidido por criterios romanistas: se asegura la libertad y revocabilidad de las disposiciones mortis causa, y se prohíben los pactos sucesorios. El hecho de que sea revocable no altera su naturaleza de liberalidad.

Por mi parte, y estando conforme con la tesis de GONZÁLEZ-MENESES, estimo que los obstáculos alegados por las tesis abolicionistas pueden ser superados:

a) la configuración en el CC de la donación como un acto traslativo (609 y 618 CC) no es óbice para la admisión de la donación obligacional, que será traslativa al fallecimiento del causante.

b) necesidad de un desprendimiento patrimonial en vida del donante: La donación mortis causa es el último acto dispositivo del causante: Se produce el desprendimiento patrimonial justo en el momento de la muerte, no integrando la herencia del donante.

c) principio general de la irrevocabilidad de las donaciones (fuera de los casos legalmente previstos) admite, como hemos visto, excepciones legales (639, 641 y 642 CC, por ejemplo), no existiendo regla análoga a la francesa de "donner et retenir ne vaut", es propio de las donaciones intervivos. El 620 CC, regulador de las donaciones mortis causa, tiene su régimen propio.

d) Prohibición de la sucesión contractual (1271.2 CC). Sin perjuicio de que esté admitida en determinados supuestos, tanto en el CC como en legislaciones especiales, más adelante veremos las diferencias de una y otra.

DIFUSIÓN PRÁCTICA. La realidad es que las donaciones mortis causas explícitas son rarísimas. Se cuenta como leyenda urbana, que no puedo confirmar su veracidad dado el fallecimiento de Juan VALLET, que cuando se le preguntaba si había autorizado alguna donación mortis causa sujeta al derecho común, contestaba negativamente.

Mi propia experiencia profesional es que, aunque raras, sí he autorizado alguna (pocas) donaciones mortis causa explícitas. Y el hecho de haberlas autorizado me ha planteado la cuestión, no tanto de la validez de las mismas (pues si fueran contrarias a derecho, no podría haberlo hecho) sino de la utilidad. Y como creo que son útiles, llenan un vacío, y permiten al donante satisfacer un interés jurídico merecedor de protección, es por lo que se escriben estas líneas.

VI. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

A FAVOR DE LA TESIS ABOLICIONISTA: Se suelen citar las SSTs 28 de enero de 1898, 13 de junio de 1900, 4 de noviembre de 1926, 9 de abril de 1942, 8 de junio de 1943, 29 de octubre de 1956, 27 de marzo de 1957, 7 de junio de 1960, 28 de octubre de 1965, 7 de enero de 1975, 7 de noviembre de 1.979, 24 de febrero de 1986,

13 de junio de 1994, 9 de junio de 1995, 25 de julio de 1996, 17 de junio de 1997, 25 de octubre de 2000, 28 de julio de 2003, 30 de diciembre de 2003, 20 de noviembre de 2007 y 17 de junio de 2011. Ésta última, la más reciente que conozco, reitera la tesis abolicionista más radical.

La STS de 4 de noviembre de 1926 concluye que la donación mortis causa ha quedado absorbida por la figura del legado desde el instante que debe hacerse por testamento como preceptúa la ley.

La STS de 28 de octubre de 1965 se refiere expresamente a las tesis de Vallet y las califica de "sugestivas", aunque, a la postre, termina por desecharlas.

Las SSTS 7 de noviembre de 1979 y 9 de junio de 1995 concluyen que en la verdadera donación mortis causa no hay desplazamiento patrimonial en vida del donante.

Como resumen de la doctrina jurisprudencial, la STS 7 de noviembre de 1.979 determina que es esencial en la donación mortis causa la característica de que el donante conserve el dominio de la cosa donada y no transmite de presente su titularidad, lo que la convierte en revocable, y no produce efectos sino post-mortem, según declararon los textos del derecho histórico (Ley XI, Título IV, Partida V). Lo que ha llevado a la doctrina jurisprudencial (STS 28 de enero de 1898, 8 de julio de 1943, 29 de octubre de 1956, 7 de junio de 1960 y 7 de enero de 1975) a calificar como tales por el suceso de la muerte prevista, sin ánimo de perder el donante la cosa donada o su libre disposición; por lo que además su revocabilidad y su eficacia no se originan en vida del disponente y carecen de valor sino se manifestaran a través de alguno de los medios arbitrados para el otorgamiento de las disposiciones testamentarias.

TESIS MÁS MATIZADAS. Se han planteado en materia de forma de las donaciones mortis causa: la tesis abolicionista defiende como exclusiva la forma testamentaria (SSTS 30 de 3 de enero de 1905, 8 de febrero de 1905, 24 de abril de 1909, 4 de noviembre de 1926, 8 de julio de 1943, 19 de junio de 1956 y 29 de octubre de 1956).

Por el contrario, admiten la especificidad de las donaciones mortis causa aquellos pronunciamientos que admiten que puedan revestir la forma de las donaciones (SSTS 8 de mayo de 1896, 2 de diciembre de 1916, 9 de abril de 1942 y 27 de diciembre de 1945).

La R. 29 de julio de 1904 admite la validez de una donación unilateral mortis causa hecha por los donantes, y aceptada por el donatario una vez fallecidos, determinando que el artículo 633 CC solo rige para las donaciones inter vivos.

Las Sentencias TS de 8 de octubre de 1915 y de 16 de mayo de 1940 señalan que la prohibición de pactos sucesorios (1271.2 CC) no alcanza a la donación de bienes determinados que estuvieran en el patrimonio del donante, aunque su transmisión se verifique *tempore mortis*.

Las Sentencias TS de 23 de marzo de 1948 y 27 de julio de 1997 admiten expresamente la donación post mortem alterius (de persona distinta del donante).

VII. SOBRE LA UTILIDAD ACTUAL DE LA FIGURA DE LA DONACIÓN MORTIS CAUSA

La gran cuestión que hemos de plantearnos es si son útiles las donaciones mortis causa, pues si carecen de utilidad (o pueden lograrse idénticos resultados a través de otras figuras jurídicas) es resucitar un cadáver, en feliz expresión de FUENMAYOR.

DOCTRINA QUE NIEGA LA UTILIDAD DE LAS DONACIONES MORTIS CAUSA.

Antonio LUCENA señala que en los tiempos actuales, la donación mortis causa es inútil:

- en el derecho romano, permitían salvar las dificultades de otorgamiento de determinadas disposiciones testamentarias (en particular legados) por las exigencias formales de éstos. Hacer testamento no era fácil, pero ello no puede predicarse hoy.
- en el derecho vigente, su función la cumplen los legados, máxime si se concede al legatario la facultad de tomar posesión por sí del legado.
- si quiere revestir la forma de donación, se puede lograr idéntica finalidad estableciendo una cláusula de reversión (641 CC).
- y ya se haga bajo la forma de donación mortis causa, queda en todo caso sujeto al límite del artículo 636 CC: ninguno podrá dar o recibir por vía de donación más de lo que pueda dar o recibir por testamento.

Por todo ello concluye que todos los legítimos intereses que justificaban históricamente la existencia de las donaciones mortis causa quedan cumplidamente satisfechos con las figuras admitidas en nuestro ordenamiento: la institución es inútil y perturbadora, y debe suprimirse.

DOCTRINA QUE AFIRMA LA UTILIDAD DE LA FIGURA. Se apoya para ello en:

a) La libertad civil: El derecho común, la autonomía dispositiva del causante es más reducida que en algunos derechos forales (Navarra es la más liberal en este punto, y después Cataluña). Pero, incluso en derecho sucesorio común, se observa una posición más flexible a lo largo del tiempo (por ejemplo, en materia de libertad de testar, y en relación a los pactos sucesorios, desde la oposición frontal del 1271.2 CC hasta los nuevos contratos sucesorios expresamente admitidos).

b) El interés prevalente, que debe ser la voluntad del disponente.

— ROCA SASTRE, aun partidario de las tesis abolicionistas, señala que este tipo de donación, “cuando no por la independencia que guarda con el posible testamento del causante, ofrece una utilidad evidente, la cual es bastante para justificar la subsistencia de la figura”.

— BELUCHE RINCÓN señala que la finalidad de la donación mortis causa es psicológica: dejar constancia del agradecimiento del testador (*animus donandi*).

c) Permite lograr el fin pretendido por las donaciones mortis causa, cual es permitir hacer una atribución patrimonial a título gratuito para después de su muerte, sin perder el dominio del bien donado en vida del donante.

d) Fomenta el buen trato del donatario al donante:

— El donatario conoce desde un primer momento la donación, y dado que es revocable, tendrá un estímulo para mantener sus cordiales relaciones con el donante. En el testamento puede ser que el legatario ignore la disposición a su favor, o conociéndola, no puede asegurar que el donante no la haya revocado.

— en la donación, el donatario ya la ha aceptado en vida del donante; en el legado, la aceptación sólo puede hacerse una vez muerto éste, no pudiendo tener el testador la certeza de que la va a aceptar.

e) Asegura el cumplimiento de la última voluntad del testador, partiendo de la idea de que si los todos los interesados en la sucesión son mayores de edad y tienen la libre disposición de sus bienes, pueden partir los bienes del causante como tengan por conveniente, prescindiendo de la voluntad del testador (1058 CC y SSTs 21 de enero de 1907, 7 de noviembre de 1935, 7 de enero de 1949, 28 de enero de 1964 y 20 de octubre de 1992, entre otras muchas). La donación mortis causa, al tener vida propia, autónoma y separada de la sucesión, máxime si ya ha sido aceptada por el donatario, asegura el cumplimiento de la voluntad del donante en los mismos términos por él querido.

f) No implican un pacto sucesorio prohibido por el artículo 1.271.2 CC. En efecto, los pactos sucesorios, combatidos en cuando que suponen una limitación a la libérrima voluntad del testador, son irrevocables (salvo nuevo acuerdo de las partes), extremo que no acontece en las donaciones mortis causa.

g) Por su diferente régimen jurídico: aunque el régimen de las donaciones mortis causa se tratará in extenso, cabe, de momento, apuntar:

— No requieren tradición.

— no proviene de la herencia del donante: No se responderá de las deudas del donante (el legatario normalmente no responde de ellas, salvo que toda la herencia se divida en legados).

— adquiere el dominio en el último momento de la vida del testador, y desde entonces percibe “per se” los frutos del bien donado. En el legado opera la posesión civilísima del heredero (*ius possessionis*), salvo que se le faculte para tomar posesión por sí del legado (*ius possidendi*), y aunque tenga derecho a reclamar al heredero los frutos desde la fecha del fallecimiento.

— el legatario sólo puede pedir, de momento, anotación preventiva de su derecho en el Registro de la Propiedad (42.7 LH) hasta que se produzca su entrega, que será objeto de asiento de inscripción. El

donatario podrá inscribir su derecho desde la muerte del causante, cualquiera sean las vicisitudes de la sucesión del causante.

h) En la donación mortis causa no se perjudica, respecto del legado, la situación de acreedores y legitimarios, aunque su protección se articula por otras vías:

— los acreedores, que podrán ejercitar, una vez adquieran eficacia, las acciones rescisorias si se hace en perjuicio suyo, facilitada por la presunción del artículo 1297 CC, al tratarse de acto gratuito.

— los legitimarios, que estarán protegidos por el artículo 636 CC, además de por las reglas de computación (818.2 CC) y de reducción (819.3 CC).

i) Evita el uso de métodos indirectos: La tesis prohibitiva fomenta la utilización de métodos indirectos para conseguir el mismo efecto jurídico que la donación mortis causa, en muchas ocasiones para perjudicar al fisco.

j) A mi juicio, es una alternativa, de indudable interés, para constituir patrimonios afectos a una finalidad determinada. Entre ellas, cabe señalar:

1. La fundación por acto mortis causa. ¿Se puede constituir una fundación por donación mortis causa? Del tema de tratará más adelante, pero podemos adelantar lo útil de la figura, para evitar que posibles contiendas sobre la sucesión del donante pudieran afectar a la fundación.

2. Patrimonio protegido del discapacitado (por ejemplo, en el caso de discapacidad del donatario). El legislador ha mostrado especial interés en asegurar la posición económica del discapacitado. La Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de personas con discapacidad, permite la constitución, por actos inter vivos, de patrimonios protegidos destinados a la protección de discapacitados. Pero la donación mortis causa permite, de otro modo, cumplir idéntica finalidad, por un medio jurídico distinto, y que ofrece indudables ventajas:

— en vida del donante, él mismo, al tener la plena administración y disposición de sus bienes, puede servirse de ellos, si los necesitara (en el patrimonio protegido los bienes no pueden ser dispuestos por

el donante, aun en caso de necesidad, lo cual puede ser un motivo disuasorio para su constitución). Además, al hecho de encargarse de su administración, asegura una óptima atención.

— a la muerte del donante, la asignación de los bienes al donatario, además de asegurar su destino final, aparta al donatario discapacitado de posibles conflictos sucesorios. Además, al tratarse de actos de liberalidad, su administración y representación puede excluirse de la representación legal (164.1 CC para patria potestad y 223 CC para la tutela).

Por todos los argumentos citados, cabe concluir de lo útil de la figura. Vamos primero a distinguirlas de otras figuras afines, para luego pasar a examinar su régimen jurídico, sobre todo de sus formas explícitas.

VIII. DISTINCIÓN DE FIGURAS PRÓXIMAS

A) LA PROMESA DE DONACIÓN: La donación mortis causa se distingue claramente de la promesa de donación: en este caso no se dona, sino que se promete donar.

En el derecho histórico (Partidas y Fuero Real) se exige entrega de la cosa o carta. Solo Antonio GÓMEZ, sobre la base de la Ley Unica del Título XVI y del Título XIX del Ordenamiento de Alcalá, parece admitir la donación obligacional

Nuestro CC, a diferencia de otros Códigos, regula la donación traslativa (609 y 618 CC), pero no se refiere ni a la donación puramente obligacional ni a la a la promesa de donación, muy frecuente ésta en los convenios reguladores (y fuente de numerosa jurisprudencia menor).

No podemos ocuparnos in extenso del régimen jurídico de la promesa de donación (un examen completo fue realizado por María Dolores DÍAZ-AMBRONA, La promesa de donación en el Código Civil y la jurisprudencia, RGLJ, 1985, página 703 y ss). Brevemente, se han de plantear las siguientes cuestiones:

a) Validez y fuerza vinculante de la promesa de donación: no es contrario a derecho la declaración unilateral del donante acerca de su propósito de hacer una donación. Es obvio que, de momento, no trasmite nada, hasta que se formalice. El donatario solo tiene, a lo más, una expectativa (ni siquiera puede hablarse de un *ius ad*

rem). Ahora bien, si admitimos que la donación es un contrato (que requiere el concurso de dos voluntades), de carácter unilateral (sólo impone obligaciones a una de las partes, salvo que sea con causa onerosa, condicional o modal), la doctrina se ha planteado si es capaz de producir efectos jurídicos distintos del propio de la donación perfecta.

1. La doctrina tradicional y aun hoy mayoritaria, apoyándose en el carácter traslativo de la donación en el CC, señala que la promesa de donación no produce efectos jurídicos (es una donación incompleta), asimilándola a la donación todavía no aceptada por el donatario: así desde la STS 6 de junio de 1908, hasta las más modernas de 22 de junio de 1.982, 23 de diciembre de 1995, 25 de noviembre de 2004 y 24 de enero de 2008 (que hace un buen resumen de la doctrina jurisprudencial). Se trata de una verdadera donación incompleta (pues la aceptación debe de hacerse una vez se haga la donación, lo que no acontece en este caso) y carece, por tanto, de efectos jurídicos.

La STS 8 de julio de 1943 analiza la distinción entre la promesa de donación y la donación mortis causa: una señora, antes de morir, fuera del testamento, encarga a su hija (heredera después) que haga una donación de dinero a la persona que la ha cuidado. Fallecida la donante, y ante el incumplimiento de la heredera, se demanda por la persona beneficiada el cumplimiento del encargo. El TS distingue:

- el valor tiene la declaración de la donante: se trata de una promesa de donación, ya que no fue aceptada por la donataria.
- el valor tiene la aceptación del encargo por la hija y heredera: no es una verdadera donación mortis causa: será un modo, pero tiene que revestir la forma testamentaria.

2. Las tesis más modernas distinguen la donación traslativa (la expresamente regulada en el CC) de la donación puramente obligacional (admisible por el principio de autonomía de la voluntad que preside nuestro derecho contractual) y de la promesa de donación: Respecto de ésta última, y partiendo de la idea de que la donación es un verdadero contrato, y siguiendo en este punto a Federico DE CASTRO y a Díez-PICAZO, y por iguales argumentos que los que admiten la donación puramente obligacional, creo que a la promesa de

donación puede aplicarse la doctrina de los tratos preparatorios o del precontrato (*pacto in contrahendo*), siempre que haya concurso de voluntades, tanto del futuro donante como del futuro donatario. La importante STS de 7 de diciembre de 1.948 sigue esta línea, aplicando por analogía el régimen del artículo 1262 CC: La promesa de donación carece de fuerza vinculante como donación que no es (los obstáculos principales a la fuerza vinculante de la donación están en los artículos 632 y 633 CC al exigir para la validez la aceptación del donatario, que habrá de hacerse una vez se haga la donación: si no hay aceptación, no hay donación), pero ello no implica que pueda desplegar otros efectos jurídicos de naturaleza puramente obligacional. Aplicando la doctrina de los actos preliminares a los contratos o del pacto *in contrahendo* (a los que se reconoce efectos obligacionales, aunque no reales), al crear una legítima expectativa al donatario, cabría exigir la pertinente indemnización por los daños irrogados al donatario (por ser contrario a la buena fe y al principio general de "alterum non laedere"): es la llamada, a partir de IHERING, *culpa in contrahendo*, teniendo su fundamentación legal en la responsabilidad extracontractual (1902 CC). Aunque el hecho de ser gratuito, dificultará valorar el quantum del daño irrogado.

b) convalidación como donación mortis causa. Se ha defendido la tesis de que, si a la promesa va unida la entrega del bien ofrecido en donación, cabría aplicar el 1901 CC, que señala que quien por liberalidad pague una cosa que no debía, no puede repetirla. La STS 22 de junio de 1982 expresamente la rechaza, al no dar valor a la donación promisorio. En todo caso, se trataría de una obligación natural o imperfecta. Pero no nos parece que sea mortis causa, pues dicho precepto podría aplicarse incluso en vida del donante.

La STS 8 de abril de 1.905 se refiere a una promesa de donar determinados bienes para después de su muerte, negándole fuerza vinculante.

Específicamente relativa a la promesa de donar mortis causa, señalar la doctrina de la SAP Cantabria, Secc. 3.º, de 14 de febrero de 2001 que señala que la mera intención o promesa de donar bienes mortis causa no es suficiente para perfeccionar el negocio, debiéndose realizar por vía testamentaria.

B) DONACIÓN DE LA NUDA PROPIEDAD: El donatario se reserva el usufructo y transmite la nuda propiedad. Es obvio que es una

donación intervivos, ya que el donatario adquiere, desde un primer momento, la nuda propiedad (STS 7 de junio de 1960), y consolidará el pleno dominio a la muerte del donante, sin que esta consolidación afecte a la naturaleza de la donación..

Por iguales razones, tampoco plantea problemas el caso que la donación de la nuda propiedad quede sujeta a la condición resolutoria de la premoriencia del donatario, o a la condición suspensiva de la premoriencia del donante. En ambos casos se trata de verdaderas donaciones intervivos.

C) DONACIÓN DEL PLENO DOMINIO O DEL USUFRUCTO SIMULTÁNEO Y SUCESIVO (DONACIÓN CON PACTO DE SOBREVIVENCIA).

En este caso se hace una donación del pleno dominio o del usufructo a dos o más personas, disponiendo que fallecido uno de los donatarios, el usufructo continuará entre quienes le sobrevivan, hasta que solo quede uno, en cuyo caso el sobreviviente será titular del dominio o usufructuario de toda la finca.

Este tipo de donación esta permitida expresamente por el artículo 637 CC y ha sido admitida por la R. 21 de enero de 1991: Se trataba de una donación efectuada por los cónyuges de la nuda propiedad de un bien ganancial a su hija, reservándose el usufructo simultáneo y sucesivo hasta el fallecimiento del último. No se trata de una verdadera donación mortis causa (los donantes no retienen la disposición del bien donado), sino inter vivos y condicional (la sobrevivencia del último), con derecho de acrecer del usufructo del premuerto a favor del sobreviviente (y sin integrar, en consecuencia, la liquidación de gananciales). Pero utiliza la citada R. un argumento, a mi juicio peligroso: frente al criterio del Registrador que era un pacto sucesorio sobre la herencia futura, prohibido por el artículo 1271.2 CC, señala que no es un verdadero pacto sucesorio cuando el pacto afecte a bienes concretos y preexistentes, lo cual, cuanto menos, es discutible.

D) DONACIÓN CON RESERVA DE LA FACULTAD DE DISPONER.

El 639 CC, apartándose del Código francés (que sigue la regla tradicional de "donner et retenir ne vaut") permite al donante reservarse la facultad de disponer de algunos de los bienes donados. No vamos a entrar en la clásica polémica si pueden reservarse "todos" o "algunos" de los bienes donados (*vid.* el conocido trabajo de Domingo

IRURZUN GOICOA al respecto), ni si los bienes adquiridos por el acto de disposición del corresponden al donante (como parece deducirse de la literalidad del precepto) o al donatario (por el principio general de subrogación real), .

La Resolución 28 de julio de 1998 ha aclarado que la reserva de la facultad de disponer (*ius disponendi*) presupone la adquisición por tercero, y no puede ejercitarse para sí, dado el carácter irrevocable de la donación, fuera de los casos permitidos por la ley (641, 644, 647 y 648 CC). Si hubiera querido recuperar la propiedad, había que haberse pactado la reversión conforme al 641 CC.

En todo caso, se trata de una donación inter vivos y con efectos reales inmediatos, pues trasfiere el dominio al donatario, aun cuando se reserve el donatario la facultad de disponer, el donatario es dueño y, como tal, podrá disponer, si bien su enajenación quedará sujeta al no ejercicio por el donante del derecho a disponer reservado (R. 23 de octubre de 1980). Parece claro que el 639 CC está imbuida de la *contemplatio mortis* (el donante quiere conservar la facultad dispositiva mientras viva), pero no es una verdadera y propia donación mortis causa, sino inter vivos: el donatario es dueño mientras viva el donante, y como dueño, puede disponer de su derecho, aunque con una titularidad claudicante (quedará sujeto a que el donante no haga uso de la facultad de disponer reservada), que adquirirá firmeza si el donante fallece sin hacer uso de la misma (último inciso del 639 CC).

¿Y si el donante le impone, además, una prohibición de disponer o la sujeta a su previa autorización? El tema de su validez puede abordarse desde una doble perspectiva extrema:

- entender que se trata de una verdadera donación inter vivos, aunque el donante carece de *animus donandi*, lo que determinaría la inexistencia de causa, al reservarse todo para él.

- considerar que es una verdadera donación mortis causa indirecta, pues se pretenden lograr idénticos fines que ésta.

La STS 9 de junio de 1995 parece decantarse por esta tesis: determinó que en una donación con reserva de la facultad de disponer, si además se prohibía al donatario enajenar o gravar el bien donado sin autorización expresa de éste, se daban las notas caracterizadoras de la donación mortis causa (permanencia del dominio y libre disposición por el donante y falta de intención de perderla en caso de vivir) siendo de aplicación el 620 CC.

A mi juicio, el razonamiento jurisprudencial es simplista. Se trata de una verdadera donación inter vivos (al producir desde ya efectos inmediatos, pues trasmite el dominio, aun con carácter claudicante, nos permite desechar su carácter mortis causa), aunque es obvio que las facultades del dominio del donatario quedan muy disminuidas (es propietario desde ya, aunque sujeto al posible ejercicio de la facultad de disponer por el donante) aunque hay (en menor medida) un enriquecimiento del donatario y correlativo empobrecimiento del donante, al menos en un momento inicial.

Cabría, no obstante, defender su inadmisibilidad como donación inter vivos con otros argumentos: se opone al principio general de la irrevocabilidad de las donaciones inter vivos, o que la citada donación, al ser un verdadero contrato, queda sujeta a su régimen jurídico, y en concreto al artículo 1256 del Código Civil, que impide que el cumplimiento del contrato quede al arbitrio de una sola de las partes, y no puede alegarse en su favor que el 641 CC, que al regular la donación con cláusula reversional, disponga que cabe pactar la reversión a favor del donante "en cualquier caso y circunstancias", pues es obvio que debe referirse solo a acontecimientos futuros e inciertos o pasados que las partes ignoran. Pero este argumento no puede prosperar, dado que la reserva de la facultad de disponer no puede pactarse a favor del propio donante, por lo que su ejercicio no permitirá a este recuperar el dominio (R. 28 de julio de 1998).

E) DONACIÓN CON RESERVA DE USUFRUCTO, PROHIBIENDO LA DISPOSICIÓN DEL DONATARIO Y RESERVÁNDOSE EL DONANTE DE LA FACULTAD DE DISPONER DEL PLENO DOMINIO. Este caso es una variante del caso anterior, llevado hasta el extremo: El donante dona la nuda propiedad (se reserva el usufructo), prohíbe al donatario disponer de su derecho (o lo sujeta a autorización del donante), y además se reserva el derecho a disponer del pleno dominio del bien donado.

— quedan reforzados los argumentos antes indicados por el TS en la S. 9 de junio de 1995, para calificarlo como forma indirecta de donación mortis causa.

— a mi juicio, a priori, aunque pudiera discutirse si existe *animus donandi*, se trata de una donación intervivos, desde el punto y hora que el donatario, de momento, adquiere la nuda propiedad (y queda

sujeto a las responsabilidades que por ley corresponden al propietario), que es un derecho valuable, aun con la prohibición de disponer y la posible claudicación de su derecho si se ejercitara la facultad de disponer. Del tema se tratará más adelante en el apartado DUODÉCIMO (Donaciones Simuladas).

F) DONACIÓN CON PACTO DE REVERSIÓN A FAVOR DEL DONANTE. El derecho de reversión que a favor del donante puede tener un doble origen:

a) *ex lege*: El derecho de reversión, solo a favor del donante, viene regulado en los artículos 644 y 812 CC. En el caso del artículo 644 CC, ello no supone que se altere el principio general de la irrevocabilidad de las donaciones, dado que solo pueden ser revocadas en los concretos casos señalados por la ley (STS 21 de mayo de 1984). Respecto del artículo 812 CC, no es un derecho de naturaleza sucesoria (la persona a quien revierte no adquiere del donatario, sino que recupera su propiedad), y los bienes quedan excluidos de la herencia (no responde de las deudas del causante, no hace falta entrega, no tributa por Impuesto de Sucesiones...).

b) *convencional*: El 641 CC permite que se pacte la reversión a favor del donante, en cualquier caso y condiciones. Pero debe ponerse en relación con el principio general de la irrevocabilidad de las donaciones intervivos. Este principio, contrario a los precedentes del derecho romano (la donación era irrevocable desde un inicio, como si hubiera sido ya aceptada), puede deducirse del artículo 629 CC, al disponer que la donación no obliga al donante ni produce efecto sino desde la aceptación. Los artículos 945 del Proyecto de 1851 y el artículo 620 del Proyecto de 1882 eran más claros al respecto, al disponer que la donación queda irrevocable desde que el donatario la acepta. Este principio de la irrevocabilidad ha sido reiteradamente puesto de manifiesto por la jurisprudencia (la donación, una vez aceptada, no puede ser revocada, fuera de los casos legalmente previstos), y tiene su versión popular (Santa Rita, lo que se da no se quita). ¿Supone ello que, si se fija discrecionalmente el supuesto de hecho que da lugar a la reversión a favor del donante pudiera quedar vulnerado el principio general de la irrevocabilidad de las donaciones? A mi juicio, la cuestión debe de ser matizada:

— el artículo 641 CC dice que deberá determinarse "cualquier

caso y circunstancias”, delimitación ciertamente amplia, pero que no puede llegar hasta el punto de que el cumplimiento del contrato (y la donación lo es) quede al arbitrio de uno de los contratantes (1.256 CC). Por tanto el citado artículo 641 CC debe referirse solo a acontecimientos futuros e inciertos, o pasados que las partes ignoran, pero nunca a la sola libre voluntad del donante.

— no hay artículo equivalente a la Ley 162 del Fuero Nuevo Navarro, que permite pactar la libre revocabilidad de la donación.

En cualquiera de los casos, a mi juicio, se trata de una verdadera donación inter vivos: la donación es válida y eficaz desde un primer momento, vincula al donante (una vez sea aceptada por el donatario) y transmite el bien donado, y el donatario es dueño, aunque sujeto a reversión, pudiendo ejercitar todos los derechos inherentes a su dominio. El hecho que determina la reversión puede calificarse, en sentido técnico, bien de condición (acontecimiento futuro e incierto) o bien de término (aunque sea incierto), y de él dependerá la eficacia de la donación. Todo ello lo distingue de las notas características de las donaciones mortis causa.

G) DONACIÓN CON PACTO DE REVERSIÓN A FAVOR DE UN TERCERO. El derecho de reversión a favor de persona distinta del donante está expresamente admitida en el artículo 641 CC, para cualquier caso y circunstancias, pero sujetas al mismo límite de las sustituciones testamentarias. Técnicamente no se trata de una reversión, ya que no vuelve el bien al donante, sino de una verdadera sustitución. Es, en palabras de DÍEZ PASTOR y recogido por VALLET, el llamado fideicomiso contractual (admitidos en Roma a partir de la Constitución de Antonino Pío), que es una verdadera donación mortis causa. VALLET califica la donación con pacto reversional como verdaderas donaciones superpuestas, y encierran verdaderas donaciones mortis causa. Pero, a mi juicio, el que proceda la reversión a favor de persona distinta del donante no desvirtúa su naturaleza intervivos de la donación (y en este punto me alejo de VALLET): la donación es válida y eficaz desde un primer momento, vincula al donante (una vez sea aceptada por el donatario) y transmite el bien donado, y el donatario es dueño, aunque sujeto a reversión, pudiendo ejercitar todos los derechos inherentes a su dominio. Todo ello lo distingue de las notas características de las donaciones mortis causa. La SSTS 11 de marzo de 1988 y 17 de septiembre de

1989 las califica como donaciones intervivos condicionales, aunque técnicamente no se trata de una condición sino más bien de una reversión (categoría jurídica propia y distinta de la condición).

H) DONACIÓN INTERVIVOS SOMETIDA A TÉRMINO: LA MUERTE DEL DONANTE (DONACIONES POST OBITUM): En la donación mortis causa, la muerte es la *conditio juris*, como señala la STS 15 de junio de 1995 (análogo a la muerte para el testamento), y la revocabilidad su consecuencia natural.

La donación *post obitum* o *post mortem*, es decir, la sometida a término (la muerte del donante) es una verdadera donación intervivos, y es válida y eficaz y produce efectos obligacionales desde un primer momento, pero el donatario solo adquirirá el dominio (efecto real) el bien donado a la muerte del donante (término): ya lo dijo Antonio GÓMEZ cuando dijo que es una donación inter vivos cuando “te doy tal cosa o tal dinero que han de ser pagados después de mi muerte”. El bien donado no formará parte de su herencia, al haber sido dispuesto inter vivos.

El TS ha distinguido claramente la donación intervivos post mortem de la donación mortis causa:

— La STS 28 de enero de 1898: se trataba de una dote, en capitulaciones matrimoniales, para ser entregada a la muerte del donante.

— La STS. 27 de marzo de 1957, relativa a una donación recíproca en capitulaciones matrimoniales por unos futuros esposos, que se donan de presente, y cuya entrega se difiere a la muerte del donante. Califica la donación como intervivos, y el efecto práctico es que supone una deuda a descontar en el *relictum*.

— La STS 13 de marzo de 1989 dice que cuando se establece que la donación no se consolida hasta la muerte del donante, no por ello deja de ser una donación intervivos. La DGRN 21 de enero de 1991 hace el mismo razonamiento: Es una verdadera donación inter vivos cuando se produzca un acto de liberalidad actual, aunque solo pueda hacerse plenamente efectivo a la muerte del disponente.

I) DONACIÓN SOMETIDA A CONDICIÓN SUSPENSIVA: LA SUPERVIVENCIA DEL DONATARIO. Es una variante del caso anterior, si bien configurándola no como un término (ya que la muerte del donante es cierta), sino como condición (la supervivencia del donatario). Es la versión moderna de la *donatio post obitum*.

— mientras viva el donante estamos en situación jurídica de *pendentem conditionem*.

— la donación sólo adquiere eficacia si, muerto el donante, le sobrevive el donatario.

Pero no puede asimilarse a una donación mortis causa:

— en la donación mortis causa, la muerte, como hemos visto, es la *conditio juris*. Hasta el momento de la muerte, el donante puede revocarla a su voluntad.

— en la donación condicional que tratamos, se trata de una verdadera donación inter vivos, si bien sujeta a condición suspensiva, y vincula al donante, que no puede revocarla, fuera de los casos legalmente admitidos.

J) DONACIÓN INTER VIVOS SOMETIDA A CONDICIÓN RESOLUTORIA: LA SUPERVIVENCIA DEL DONANTE. Es la inicialmente surgida en Roma como donación *contemplatio mortis*. El donante, en situación de riesgo para su vida (guerra, epidemia, enfermedad, catástrofe...) hace una donación, sujeta a la condición resolutoria de que no sobreviva al hecho que lo motiva, de tal forma que si sobrevive, conserva los bienes, y si no sobrevive, pasarán al donatario, con preferencia a los sucesores (ya sean testamentarios o legales).

— mientras dura la situación de riesgo: El donatario adquiere el dominio, incluso aunque no se haya producido entrega de bienes.

— si el donante muere: se consolida el derecho del donatario.

— si el donante no muere: readquiere el dominio de los bienes donados.

Pero, al igual que el caso anterior, no puede asimilarse a una donación mortis causa:

— en la donación mortis causa, la muerte, como hemos visto, es la "conditio juris". Hasta el momento de la muerte, el donante puede revocarla a su voluntad.

— en la donación condicional que tratamos, se trata de una verdadera donación inter vivos, si bien sujeta a condición resolutoria, pero desde un primer momento vincula al donante, que no puede revocarla, fuera de los casos legalmente admitidos.

K) DONACIÓN EN CONCEPTO DE ANTICIPO DE HERENCIA, DE LEGÍTIMA O DE MEJORA. El donante hace una donación, bien en concepto de mejora, bien en concepto de anticipo de legítima, o bien

simplemente como anticipo de herencia, debiendo, en este caso, el donatario colacionarla en la sucesión del donante. Es obvio que, en todos los casos antes citados, se trata de una verdadera donación "inter vivos", pues trasmite el dominio al donatario desde ya (STS 26 de junio de 1946)., sin perjuicio de que se traiga a la cuenta de la herencia.

L) DONACIÓN MODAL. La única referencia que se hace al modo en las donaciones puede deducirse del artículo 619 CC, al señalar que el gravamen impuesto al donante ha de ser inferior al valor de lo donado; sólo en ese caso, se trata de una verdadera donación. El modo es un elemento accesorio a la donación, que impone al donatario el cumplimiento de una determinada obligación (determinación accesorio a la voluntad del donante). Y su incumplimiento puede determinar la revocabilidad de la donación efectuada (cuando el 647 CC habla de condición, lo es en un sentido amplio, comprendiendo no sólo la condición en sentido estricto, sino también al modo). En todo caso, debe concluirse:

- que la donación submodo es una verdadera donación inter vivos.
- que el beneficiado por el modo, en ningún caso, ni siquiera de forma indirecta, puede considerarse como verdadero donatario (no adquiere del donante sino del donatario), aunque sí haya sido beneficiado por ella.

M) LA DONACIÓN MATRIMONIAL DE BIENES FUTUROS PARA EL CASO DE MUERTE. El artículo 1341 CC (coincidente con el 1331 CC en su versión original), que tiene como antecedente el artículo 1258 del Proyecto de 1851, dispone que por razón del matrimonio, solo pueden donarse los esposos bienes presentes. Igualmente podrán donarse, antes del matrimonio, bienes futuros en capitulaciones matrimoniales, solo para el caso de muerte y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada. Este precepto debe ponerse en relación con el artículo 635 CC sobre donación de bienes futuros, y ha sido interpretado de forma diversa:

- algún autor (SÁNCHEZ ROMÁN, VALVERDE...) la consideran como una verdadera donación mortis causa "sin paliativo de ningún orden", al ser revocable en vida del donante. Crea una expectativa reforzada, que crea un status especial en el patrimonio del donante, que im-

pide al donante disponer de él, salvo caso de necesidad, debiendo su conducta estar presidida por la bona mente (PUIG BRUTAU). LACRUZ BERDEJO y VALLET DE GOYTISOLO consideran que es una verdadera donación mortis causa pero, en principio, y salvo que se disponga otra cosa, irrevocable.

- otro sector (MANRESA) señala que es una verdadera donación intervivos e irrevocable.

- la mayoría de la doctrina (a partir de DE BUEN) consideran que estamos ante una verdadera sucesión contractual, generalmente irrevocable, y encaminada a perpetuar el patrimonio familiar. Es una excepción al artículo 1271.2 CC. Ésta es, creo, es la tesis más ajustada a la finalidad del precepto. Y es la causa de que no sea aplicable el artículo 635 CC.

N) LA DONACIÓN MORTIS CAUSA Y FUNDACIÓN- En este caso, el donante dispone mortis causa la creación, a su muerte, de una Fundación, a quien le trasmite determinados bienes para después de su muerte. En nuestro ordenamiento está difundida la figura de la fundación testamentaria, pero ¿puede hacerse por vía de donación para después de su muerte, a través de una donación mortis causa?

Con carácter general, el artículo 34 de la Constitución regula el derecho a fundar fundaciones para fines de interés general y con arreglo a la ley. Dicho precepto ha sido desarrollado por:

- la legislación estatal de fundaciones (aplicable a las fundaciones de ámbito nacional). Actualmente la Ley 50/2002 de 26 de diciembre.

- la legislación autonómica, para las fundaciones con ámbito autonómico.

El artículo 9 de la Ley 50/2002 permite y regula la fundación mortis causa, imponiendo como requisito formal el testamento, en cualquiera de sus formas. Parece por tanto cerrarse la vía de la donación mortis causa, aunque no de forma definitiva: en efecto, el artículo 34 de la Constitución reconoce el derecho de fundación, pero no de forma absoluta, sino conforme a la Ley. Y aunque la ley hable solo de testamento (vehículo idóneo y más habitual para realizar disposiciones mortis causa), no parece que lo sea hasta el punto de excluir cualquier otra vía, máxime cuando determinadas regiones forales admiten la donación mortis causa. En igual línea que la propugnada

se manifiestan los artículos 5.1 de la Ley 12/1994 de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco, y el artículo 3 de la Ley 5/2001 de 2 de mayo de Fundaciones de Cataluña.

La STS de 19 de junio de 2008 aborda el tema, si bien tratándose de una donación canónica, hecha por un sacerdote para fundar, a su muerte, una Fundación sujeta al derecho canónico. Tanto el Juzgado como la Audiencia declararon, sin entrar en su validez conforme al Derecho Canónico, que civilmente era una donación mortis causa, y que era nula, por infringir el artículo 620 CC, al no revestir forma testamentaria. El recurso de casación se basó exclusivamente en su validez canónica y su consiguiente validez conforme a los Acuerdos con la Santa Sede. El TS reitera el criterio de los Juzgados inferiores, calificándola como mortis causa, no entrando a examinar el artículo 620 CC por no haberse alegado en el recurso de casación.

Ñ) LOS CONTRATOS FIDUCIARIOS. La donación mortis causa puede confundirse con los negocios fiduciarios, y, de hecho, algún romanista las ha explicado a través de la *mancipatio fiduciaria*. Pero debe advertirse que es anterior la construcción de la *donatio mortis causa* que la *actio fiduciae*. Se trataría de una especie de *fiducia cum amico*. El disponente (acuciado, por ejemplo, por las deudas o ante el previsible coste de la sucesión) trasfiere, por cualquier negocio admitido en derecho, al donatario el pleno dominio del bien, pero con el compromiso de éste de devolvérselo si sobrevive a las causas que han aconsejado realizar el negocio fiduciario.

O) COMPRAVENTA CON PACTO DE SOBREVIVENCIA: Comprado un bien conjuntamente por ambos cónyuges, pactan expresamente que al fallecimiento de uno de ellos corresponderá el dominio de la totalidad del bien a quien sobreviva. El CC no la regula y sí lo hace el derecho catalán (artículos 231-15 a 231-18 del Codi). Fallecido uno de los cónyuges ¿no puede calificarse de donación mortis causa indirecta la realizada de la parte del premuerto a favor del sobreviviente? Para ello, debe determinarse con precisión su naturaleza jurídica:

- Es una donación inter vivos de la parte del premuerto a favor del que sobreviva (y por tanto condicional). PUJOL CAPILLA como negocio intervivos donde, con la muerte de uno de los compradores, se produce la unificación del derecho de propiedad.
- Es una donación mortis causa, a favor del sobreviviente. No

nos parece admisible: el pacto de sobrevivencia no puede ser revocado unilateralmente por uno solo de los cónyuges.

— Es un verdadero pacto sucesorio a título particular (SÁNCHEZ ARISTI) e irrevocable. Esta es la tesis más difundida.

Sobre si es aplicable en derecho común, la mayor parte de la doctrina es contraria a su validez, por implicar un pacto sucesorio prohibido por el artículo 1271.2 CC. La D.G.R.N. ha sido algo más abierta, bien es cierto que sin referirse expresamente al caso que nos ocupa:

— en materia de donaciones, *vid.* la Resolución 21 de enero de 1991, arriba analizada. Si seguimos su argumento que no hay pacto sucesorio prohibido por el artículo 1271.2 CC cuando el pacto afecte a bienes concretos y preexistentes, la puerta a su admisibilidad está abierta de par en par.

— la compleja Resolución de 5 de marzo de 1997 se refiere, en resumen, al caso del fallecimiento de un francés. Se hace manifestación de herencia otorgada en España realizada por un sujeto designado donatario universal inter vivos de todos sus bienes por una donación otorgada en Francia, para el solo caso que le sobreviva. La DG, limitándose a resolver los extremos que habían sido objeto de discusión, declaró inscribible el documento otorgado en España.

P) LOS LEGADOS. Es obvio que los legados (o más propiamente, las disposiciones testamentarias a título singular) cumplen una función, si no idéntica, sí al menos próxima que la donación mortis causa. Ambas son actos de liberalidad, con efectos mortis causa, pero hay diferencias sustanciales entre una y otra, como más adelante veremos:

— en cuanto a la forma, dado que el legado exige forma testamentaria.

— en cuanto a la perfección: la aceptación.

— en cuanto a la revocación.

Q) EL PACTO SUCESORIO. Podemos señalar las diferencias de una y otra institución:

1.º En la donación, se despliegan efectos jurídicos desde el momento del otorgamiento (sobre todo si hay entrega de bienes), y el pacto sucesorio es ineficaz hasta el momento de la muerte.

2.º En el pacto sucesorio, se regula una sucesión futura, vin-

culando a quienes lo contraen: en la donación mortis causa, no, pudiendo ser libremente revocada.

Ello no implica que en algunas legislaciones (Aragón, Baleares) por expresa disposición de la ley confiera la cualidad de heredero contractual.

Nuestro CC parte del concepto general de la inadmisibilidad de los pactos sucesorios (art. 1271.2 CC). No obstante, se admiten excepciones puntuales: Como verdaderos pactos sucesorios, y por tanto irrevocables, deben de entenderse los artículo 826 (promesas de mejorar o no mejorar) y 827 (mejora en capitulaciones matrimoniales o en contrato oneroso celebrado con un tercero), así como en la legislación agraria.

IX. FORMAS INDIRECTAS DE LA DONACIÓN MORTIS CAUSA

Nos referimos a aquellos supuestos en los que se produce un resultado jurídicamente válido de donación (enriquecimiento del donatario y correlativo empobrecimiento del donante), utilizando un medio jurídico propio y distinto del de la donación (y sin emplear las formas de ésta), enlazados por un *animus donandi*. VALLET afirma la vigencia y difusión de las donaciones mortis causa, que la doctrina consideraba extinguidas, está precisamente en las formas indirectas de la misma. ORTEGA PARDO es muy crítico con las llamadas formas de donación indirecta que vamos a examinar, distinguiendo entre causa (*causa donandi*) y motivo determinante (*animus* del donante). VALLET por el contrario, considera que lo característico de los negocios indirectos es la distinción entre el medio jurídico empleado (que no es de donación) y el resultado obtenido con el mismo (enriquecimiento del donatario y correlativo empobrecimiento del donante). Para LACRUZ BERDEJO no es posible elaborar una categoría unitaria de todas las llamadas formas indirectas de donación, pues en todas ellas se excede del marco de los artículos 618 y 619 CC.

Lo característico de las formas indirectas es:

- atribución de una causa no de liberalidad (en el sentido de los artículos 618 y 619 CC).
- los resultados económicos de la operación, que produce un beneficio económico a un tercero, lo que determina que puedan ser de aplicación alguna de las normas de las donaciones.

Como formas indirectas de donaciones mortis causa pueden señalarse las siguientes:

A. La donación modal. Ya hemos visto anteriormente que en la donación sub modo, el hecho de que pueda con el modo beneficiarse a un tercero, no le quita el carácter de verdadera donación inter vivos.

B. Los llamados fideicomisos contractuales: VALLET, siguiendo en este punto a Díez PASTOR, señala que el artículo 641 CC (reversión del bien donado a favor de un tercero) es un verdadero fideicomiso contractual, y que se trata de una verdadera donación mortis causa superpuesta a una inicial donación inter vivos. Para ello lo justifica en la no necesidad de aceptación del beneficiario de la reversión en vida del donante, pudiéndolo aceptar después, tema en la que ya advierto, no estoy de acuerdo, como veremos en su momento.

C. La STS de 28 de julio de 2003 trata de una donación hecha por la madre a su hijo, quien se compromete a no reclamarla en vida de la donante, calificándola de donación mortis causa, determinando su nulidad por no reunir forma testamentaria ex. artículo 620 CC.

D. Contratos y estipulaciones a favor de tercero: dentro de ellas puede señalarse:

a) en el ámbito financiero o del seguro. Son muy frecuentes. Suelen señalarse, entre otras:

1. Disposición de beneficiario en una posición bancaria (cuenta corriente, de crédito, depósito, fondo de inversión...) para después de su muerte: Entre ellas está la cotitularidad en cuentas o la firma autorizada, para el solo caso del fallecimiento del titular inicial de las mismas. Es muy abundante la jurisprudencia menor que señala que la mera apertura de una cuenta conjunta no supone, por sí sola, una donación de la mitad de su importe (así SAP León, Secc. 2.º, de 19 de abril de 2001 y SAP Zamora 18 de diciembre de 2007,

2. Disposición de un tercero en caja de seguridad bancaria a la muerte del titular. La SAP Granada, Secc. 4.º, de 22 de diciembre de 2003 señala que la entrega en sobre cerrado de la llave para abrir una caja de seguridad no prueban un *animus donandi*, debiéndose enmarcar las facultades del beneficiario dentro de la figuras de la fiducia.

3. Designación de beneficiarios en seguros de inversión, plan de pensiones o mutualidades de previsión social.

4. Seguro de vida, contratado por el donante, sobre su vida, quien paga la prima, designado al donatario beneficiario. Lo que es obvio que el contratante queda vinculado desde ya, no con el beneficiario sino con la Compañía de seguros. Desde el punto y hora que el contrato de seguro de vida es rescatable por sólo el contratante (donante) y a su sola voluntad, haciendo suyo el importe del rescate, sí podría considerarse como una forma indirecta de donación mortis causa, en cuanto que comparte la nota de revocabilidad. Igual naturaleza tendría el seguro de vida contratado por ambos cónyuges a favor del sobreviviente. La STS de 22 de diciembre de 1944 se ocupó de ello señalando que no es una donación mortis causa. Para NART FERNÁNDEZ se trata de una verdadera donación mortis causa indirecta.

5. Depósitos de valores que se abonarán a la muerte del contratante, quien, antes de morir, puede liquidarlos y disponer de su importe. Las SSTs 3 de enero de 1905, 8 de febrero de 1905 y 25 de abril de 1909) se refieren a la validez de un endoso de un resguardo de depósito para que, fallecido el disponente, se pagara al donatario, determinando que se trata de una donación mortis causa, pero que es nula por no constar la aceptación del donatario ni cumplir los requisitos de forma de los testamentos.

La STS de 12 de marzo de 2004 trata de una orden dada en documento privado por el cliente a su Banco de que reparta determinado depósito entre sus sobrinos a la muerte del cliente. La Audiencia la calificó de donación mortis causa, y la consideró válida, dado que una de las formas de testar es el testamento ológrafo. El TS, en base al 620 CC, revocó la sentencia de la Audiencia, dado que no se han cumplido los trámites de adveración para que pudiera valer como testamento ológrafo.

6. Renta vitalicia o pensión periódica para el caso de la muerte del donante.

a) Contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos a prestar a un tercero o contrato de vitalicio a favor de un tercero.

b) Vendí para ser utilizado al fallecimiento del donante: La STS de 13 de junio de 1994 trata de la cuestión: Queriendo beneficiar a una persona por los servicios prestados, el donante acude a un Corredor de Comercio y firmó en blanco un "vendí" (documento de

transmisión de acciones), junto con los documentos precisos para la transmisión, con instrucción al fedatario de que los entregara rellenos después del fallecimiento del donante. En documento privado el donante comunica al donatario tales extremos. Planteado el conflicto por los herederos, el STS declaró nula la donación por falta de aceptación. A mi juicio, debería haberse abordado el fondo del tema: el comúnmente llamado "vendí" es un mandato de venta "post mortem". Así como el poder y el mandato se extinguen con muerte del poderdante o mandante (1732.3.º CC), cuestión distinta es el mandato post mortem, para que se ejecute a la muerte del mandante, admitido por la doctrina y jurisprudencia.

c) Cheque en blanco del causante para su compensación una vez fallecido el librador.

d) El reconocimiento de deuda o la condonación de deuda: El donante reconoce adeudar al donatario una determinada cantidad, o condonar una deuda preexistente, cuya efectividad (pago o condonación) se hará a la muerte del disponente.

— Reconocimiento de deuda: Será una deuda contra la herencia. Aquí será de aplicación, por analogía, el artículo 870 CC para los legados, que determina que solo surtirá efectos si la deuda subsiste al fallecimiento del causante.

— Condonación de deuda: Aquí será de aplicación el artículo 871 CC, cuando determina la caducidad del legado si el disponente reclama en vida la deuda.

e) En el marco del derecho arrendaticio sujeto a legislación especial (rústico o urbano), el pacto de continuación del arrendatario, en caso de fallecimiento, a favor de determinada persona (cónyuge, hijos o un tercero). A mi juicio no se trata de una donación mortis causa:

— se trata más bien de una sucesión excepcional.

— es discutible que haya enriquecimiento del beneficiario, ya que tiene que seguir pagando la renta, pero lo que no hay es el correlativo empobrecimiento del donante, ni es vínculo causal entre uno y otro.

f) En el marco del derecho societario (ya sea civil o mercantil), cabe señalar:

a) La disposición estatutaria de que fallecido un socio, su de-

recho pasará al cónyuge o a los hijos, por el importe que se determine, con independencia de las disposiciones testamentarias. La Resolución 13 de enero de 1984 declaró que era un pacto sucesorio prohibido por el artículo 1.271.2 CC.

b) El pacto de adquisición preferente a favor de determinada persona (cónyuge, hijos o un tercero) en caso de fallecimiento del socio. A mi juicio no se trata de una donación mortis causa:

- se trata más bien de una sucesión excepcional.
- no hay *animus donandi* ni enriquecimiento del beneficiario, ya que su adjudicación no es por nada, sino que ha de abonar a la herencia el valor de su adjudicación.

g) Pacto al más viviente del derecho aragonés. En un pacto sucesorio entre cónyuges que determina que fallecido uno de ello sus bienes pasarán al sobreviviente. Se trata de un pacto sucesorio, vinculante e irrevocable (no pueden revocarse por uno solo de los cónyuges las disposiciones correspondientes): en conclusión es un pacto sucesorio y no es una verdadera donación mortis causa.

h) VALLET DE GOYTISOLO, buen conocedor del derecho romano (a partir de Ulpiano) y de nuestro derecho histórico (Las Partidas), señala que, cuando se prohibía la donación entre cónyuges, si se moría el donante sin revocarla, valía como donación mortis causa. Lo apoya en el hoy derogado 1334 CC cuando determina la nulidad de toda donación entre cónyuges durante el matrimonio.

i) Por el juego del artículo 1901 CC, antes visto, parece aplicable a la promesa de donación, si el bien fue entregado en vida del donante.

j) También lo aplicaba VALLET a las compras hechas por un cónyuge con dinero del otro o de la sociedad conyugal. Antes de la reforma del CC, las donaciones entre cónyuges estaban prohibidas, y VALLET las convalidaba si fallecía el donante sin revocarla (por eso las conceptuaba como donaciones mortis causa indirectas) por los argumentos antes expuestos.

Hoy cabe señalar si cabría preguntarse si podríamos considerar como donaciones indirectas los siguientes casos:

a) Las atribuciones de ganancialidad (1355 CC): se trata de un

título de atribución, pero no puede considerarse como donación indirecta, dado que acreditada la privaticidad del dinero, sería de aplicación el derecho de reembolso del 1358 CC, no habiendo acto de liberalidad. ¿Y si se pacta que no procederá el derecho de reembolso? La DGRN (RR 25 de septiembre de 1990, 21 de enero de 1991) tiene declarado que los cónyuges tienen plena libertad para atribuir el carácter privativo o ganancial a cualquier bien que adquieran constante matrimonio, pacten o no compensación, siempre que el desplazamiento patrimonial quede casualizado.

b) Más dudosas son las compras privativas confesadas (1324 CC). Del régimen jurídico de los bienes privativos confesados ya me he ocupado más extensamente en otro lugar ("Régimen jurídico de los bienes privativos confesados" RCDI número 730, páginas 857 a 906) La confesión de privatividad no se refiere a la titularidad del bien adquirido (no es título de atribución, como lo es el artículo 1355 CC), sino a la privaticidad del dinero con el que se hizo la adquisición. ¿Y si el dinero es, en verdad, propio del confesante? ¿Es una donación del bien? Parece que no, lo sería, en todo caso, del dinero, cuya perfección se produciría con la simple entrega (632 CC). Si estimamos, como creo, que el 1324 CC es una pura constatación fáctica y no negocial. La STS de 29 de noviembre de 2006 y la R. 25 de septiembre de 1990, señalan que la confesión de privaticidad se basa en la realidad o exactitud del hecho confesado, cual es la propiedad privativa de la contraprestación, no teniendo carácter traslativo ni atribuye un título de propiedad), es claro qui no puede considerarse que estamos ante una donación indirecta. El hecho de que haya recaído confesión no es óbice para que pueda ser destruida por prueba plena (SSTS 18 de julio de 1994 y 25 de septiembre de 2001). En consecuencia, acreditada la privaticidad del dinero, sería de aplicación el derecho de reembolso del 1358 CC, no siendo una donación indirecta.

Pero si se admitiera el carácter negocial a dicha confesión podría encerrar una verdadera donación indirecta, pero no del bien sino del dinero. Pero, aun en este caso, dado que hoy está permitida la donación entre cónyuges (1323 CC), sería una donación indirecta inter vivos y nunca mortis causa.

En todo caso, todos los casos analizados serían donaciones indirectas intervivos, y nunca mortis causa. ¿Y si se pacta expresamente que la donación indirecta así realizada (vía atribución o vía confesión) solo produce efectos de desplazamiento patrimonial (es

decir, no tenerse en cuenta) si el donante fallece sin revocarla? Aquí si se trataría de una verdadera donación mortis causa indirecta.

CONCLUSIÓN DE LAS DONACIONES INDIRECTAS. Examinando las posiciones extremas de ORTEGA PARDO y DE VALLET DE GOYTISOLO, me convencen más las razones del primero: es obvio que como consecuencia de determinados actos puede producirse un efecto económico favorable a favor de alguien concreto y determinado. Pero ello no es una verdadera donación mortis causa, en sentido jurídico. Es muy explicativo en este punto el artículo 88 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro, que determina que el asegurador debe de abonar la prestación convenida al beneficiario designado en el contrato, aun contra las reclamaciones de herederos y acreedores. Unos y otros solo podrán pedir el reembolso de las primas pagadas por el contratante en fraude de sus derechos.

La gran cantidad de supuestos de hecho que, a juicio de VALLET, implican donaciones indirectas, y dentro de estas, mortis causa, no nos puede hacer perder el norte de nuestro análisis: No son, como hemos visto, verdaderas donaciones indirectas (al menos jurídicamente hablando), pero su enorme difusión nos indica que existe una necesidad de regular los supuestos de hecho por ellos contemplados. En resumen, no son verdaderas donaciones mortis causa, pero ponen de manifiesto lo útil y convenientes de regularlas. Y esto es el motivo de este estudio: La donación mortis causa explícita.

X. LA DONACIÓN MORTIS CAUSA EXPLÍCITA

Hasta ahora hemos expuesto las razones que nos llevan a considerar que las donaciones mortis causa tienen cabida, como figura autónoma, en nuestro derecho, y además son útiles, cumpliendo una importante función. Es hora, por tanto, de examinar su régimen jurídico. Como hemos visto, un solo artículo se refiere a ellas: el artículo 620 CC al determinar "las donaciones que hayan de surtir sus efectos por la muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria."

El hecho de que sean admisibles las donaciones mortis causa explícitas, no implica que hayan de aparecer siempre con expresión

de tal carácter. El carácter esencialmente espiritualista de nuestro derecho privado determina que lo importante no es el *nomen* empleado sino su verdadero contenido. ¿Cómo descubrir que una determinada donación es mortis causa?

INDICIOS CALIFICATORIOS DE LAS DONACIONES MORTIS

CAUSA. Si no se emplea expresamente el término donación mortis causa, el problema será identificarlas. Nuestro CC carece de normas al respecto, por lo que habrá de acudirse a las normas de interpretación de los contratos. En derecho foral si se contienen algunas reglas, que nos pueden servir de una primera aproximación a la materia:

— Cataluña: art. 432-2 Codi: Las donaciones otorgadas bajo la condición suspensiva de que el donatario sobreviva al donante tienen el carácter de donaciones por causa de muerte, y están sujetas al régimen jurídico de éstas, sin perjuicio de las disposiciones en materia de pactos sucesorios. Esta norma parece ser imperativa y no interpretativa.

— Navarra: Ley 165: Son donaciones mortis causa las que se hacen en consideración a la muerte del donante. Se presume que la donación se hace en consideración a la muerte del donante cuando la adquisición de los bienes donados queda diferida al fallecimiento de aquel. Esta norma al establecer una presunción, es meramente interpretativa.

SAVIGNY afirmó que no podían establecerse criterios generales, sino que había que atender caso por caso. No obstante, y siguiendo a José Antonio DORAL GARCÍA, cabe señalar los siguientes criterios calificatorios:

1.º Intención del disponente. Si se deduce claramente que su voluntad fue establecer una donación mortis causa.

2.º Significado de la muerte en la estructura del negocio. Si se difiere los efectos a la muerte del donante, conservando hasta ese momento el pleno dominio y disposición de los bienes (STS 24 de febrero de 1886 y R.6 de marzo de 1997).

3.º Su específica causa o función: Como decía el Digesto (D.39,6.1 pr) la donación mortis causa supone preferir el donante al donatario, pero el donatario al heredero.

4.º Si la muerte es o no integrante de la función objetiva del acto mismo. Como señala la S. 7 de noviembre de 1979, la muerte

no opera como un motivo subjetivo, sino que se incorpora como causa.

A mi juicio, el carácter distintivo de las donaciones mortis causa en derecho común está en:

— el empobrecimiento que se predica del donante lo es más bien de los sucesores del donante. No lo es que el enriquecimiento del donatario se produzca a la muerte del donante, pues esta nota también se da en las atribuciones post mortem.

— y sobre todo el carácter ESENCIALMENTE revocable de la donación mortis causa: Si es irrevocable, o es inter vivos (atribución post mortem) o es un pacto sucesorio prohibido. Si es revocable en vida del donante, es una verdadera donación mortis causa.

ELEMENTOS DE LAS DONACIONES MORTIS CAUSA EXPLÍCITAS:

A) ELEMENTOS PERSONALES

EL DONANTE. Para disponer un legado, bastará la capacidad general para otorgar testamento (a partir de los 14 años, art. 663.1 CC). Pero partiendo del principio de que se trata de una verdadera donación, entendemos que para otorgar una donación mortis causa, se aplicarán las normas de la donación inter vivos: se exigirá la capacidad para disponer de los bienes de que se trate. Todo ello con independencia de que se hubiera producido desde ya la entrega del bien donado en vida del donante, ya que no trasmite, de momento, nada más que la simple posesión.

Contrario a este criterio se manifiesta el derecho catalán (art. 432-3) en que basta capacidad para testar, y el navarro (Ley 166), en que basta la capacidad para testar, salvo que sea irrevocable o se haga con entrega de bienes, en cuyo caso deberá tener capacidad para disponer inter vivos los bienes donados.

EL DONATARIO. Se exigirá la capacidad exigida para aceptar donaciones *inter vivos*. Igual criterio cabe aplicar a los derechos forales. ¿Cuándo debe apreciarse dicha capacidad? Aunque la aceptación debe hacerse en vida del donante y por quien tenga capacidad para hacerlo, según las reglas de la donación inter vivos, tratándose en el fondo de donaciones doblemente condicionales (que no se revoque por el donante y que el donatario sobreviva al donante), la capacidad para ser donatario habrá de apreciarse a la muerte del donante. Como cuestiones de interés, deben de plantearse las siguientes:

1. ¿Cuándo ha de apreciarse la capacidad del donatario? En el derecho histórico dicha capacidad se exigía al tiempo de la transmisión de los bienes al donatario, es decir, a la muerte del donante. Y este criterio creo debe mantenerse en la actualidad. Todo ello con independencia de que se hubiera producido desde un primer momento y antes de la muerte del donante la entrega del bien donado al donatario, que sería un mero poseedor del bien.

2. ¿Son de aplicación las normas que rigen la capacidad para ser heredero o legatario: en particular, los artículos 752 (sacerdote confesor del testador), 753 (tutor), 754 (el Notario y los testigos el testamento) y 756 y siguientes (causas de indignidad para ser heredero o legatario)?. Entiendo que no, dado que se aplicarán las normas de las donaciones. El tema de la indignidad es el más interesante, pero entiendo que no tiene cabida en las donaciones mortis causa, que disponen de normas específicas que tratan de solucionar la misma cuestión (cual son las de revocación de las donaciones). En todo caso, debe de tenerse en cuenta:

- el donante puede naturalmente revocar la donación mortis causa efectuada. Si pudiendo no lo hace, debe interpretarse esta actitud como representativa de su voluntad.

- la acción de revocación de donaciones sólo puede ser ejercitada por el mismo donante (652 CC), y solo por sus herederos si el donante desconocía la causa o no pudo ejercitarla (653 CC), y, en todos los casos, siempre que los cortos límites temporales de su ejercicio (652 CC).

Criterio opuesto al mantenido en las líneas que anteceden sigue el derecho catalán: El artículo 432-2.1.a) aplica a los donatarios mortis causa las normas de inhabilidad e indignidad de los legatarios.

3. Por el contrario sí es de aplicación el artículo 755 (persona incapaz, entendiéndose por tal el carente de personalidad jurídica), por los términos del propio precepto (aunque se haga bajo la forma de contrato oneroso o a nombre de persona interpuesta).

4. ¿Qué acaece si el donatario premuere al donante? Si el donante no hubiera dispuesto otra cosa (vg: derechos de representación o reversión), entiendo que tratándose en el fondo de donaciones doblemente condicionales (que no se revoque por el donante y que el donatario sobreviva al donante), será de aplicación de los artículos 759 CC y 766 CC: no se trasmite su derecho a sus herederos. Así lo declara

la STS 9 de abril de 1942. A igual conclusión llega el derecho catalán (art. 432-5.e Codi) y el derecho navarro (ley 169.b, salvo el derecho de representación de los descendientes del donatario premuerto).

5. El problema de la conmorienencia (muerte simultánea del donante y del donatario). En caso de fallecimiento simultáneo:

- en la sucesión: Es de aplicación el artículo 33 CC: no se transmite el derecho al sucesor. Es un presupuesto de existencia

- en la donación mortis causa: se produce la transmisión del derecho al donatario, al ser un presupuesto de eficacia. Se apoya en que el artículo 33 se aplica sólo a las sucesiones recíprocas, pero no a otras declaraciones de voluntad: Así era en derecho romano, y así lo estima GOMÁ SALCEDO, siguiendo a Federico DE CASTRO (que lo aplica a las donaciones con cláusulas reversionales) y VALLET DE GOYTISOLO (que lo aplica a las donaciones mortis causa).

EL TERCERO BENEFICIADO. En determinados casos (donación mortis causa submodo), además de donante y donatario, puede haber un tercero, que no es parte en la donación, que se beneficie de la donación. Pero debe de tenerse en cuenta que el citado beneficiario no adquiere del donante sino del donatario. En este punto son de aplicación las normas de la sucesión sujeta a modo.

Caso diferente al tercero es la donación mortis causa sujeta a reversión. El reversionario es parte en el contrato, aunque no haya siquiera nacido (es verdadero donatario, que adquiere del donante, no del primer donatario) si bien sujeto a una donación prevalente en el tiempo.

B) ELEMENTOS REALES: EL BIEN DONADO

Como cualquier donación, puede consistir en dar, prometer o liberar. En este punto serán aplicables, por analogía, como señala el derecho justiniano, las normas de los legados. En ningún caso atribuirá al donatario la condición de heredero.

a) Puede consistir en cualquier bien, derecho o crédito presente al tiempo de la donación, o parte de ellos. El Proyecto de 1851 disponía en su artículo 942, que "las donaciones hechas para después de la muerte del testador pueden hacerse inter vivos y se registrarán por las disposiciones de este título; pero si tuvieren por objeto el todo o una parte alícuota de los bienes del testador, o una cantidad de cosas fungibles, no podrán otorgarse sino en testamento y se gobernarán por las reglas de las últimas voluntades." El 634 CC dispone que la

donación puede comprender todos los bienes presentes o parte de ellos. Pueden, por tanto, ser objeto de donación bienes genéricos o específicos, así como créditos contra el donatario o contra un tercero.

— Respecto de bienes genéricos (por ejemplo, un piso en Madrid), deberá determinarse la forma de determinar el concreto bien objeto de donación, teniendo en cuenta que el artículo 1.256 CC impide que el cumplimiento del contrato quede al arbitrio de una de las partes.

— Si el bien donado mortis causa estuviera gravado o hipotecado, será el donatario quien deba soportar la carga (ídem artículo 868 CC) o hacerse cargo del pago del gravamen (análogo al artículo 867 CC).

— Respecto de la donación mortis causa de créditos que el donante tuviera con terceros, o de perdón o liberación de una deuda que el donatario mantenga con el donante, la donación se referirá a la parte del crédito o deuda que subsista al tiempo del fallecimiento del donante (por analogía 870 CC).

b) ¿Puede comprender todos los bienes presentes? La Ley 69 de Toro (recogida después en la Novísima Recopilación, Ley 2.º del Título VII del Libro X) prohibía las donaciones universales de bienes presentes, para favorecer la subsistencia del donante (*vid.* STS 28 de marzo de 1859). Este criterio preside el artículo 634 CC, que exige que el donante se reserve, en propiedad o usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondientes a sus circunstancias. El fundamento del precepto es asegurar un futuro digno para el donante. Este fundamento carece de sentido en la donación mortis causa, ya por ser revocable, ya por tener efectos jurídico-reales sólo a la muerte del donante, cuando éste ya nada necesita.

En Cataluña no se admiten las donaciones mortis causa universales (art. 432-2 Codi). En Navarra nada se dice, pero su negativa puede deducirse de la Ley 160.

c) ¿Puede comprender bienes futuros? El artículo 635 CC lo prohíbe en las donaciones inter vivos. Ello es debido al carácter traslativo de la donación (*vid.* STS 12 de noviembre de 1964, que se plantea si, donándose también bienes presentes, es un caso de nulidad total o parcial, tesis ésta última que finalmente propugna) , extremo que no se predica en la donación mortis causa, máxime cuando se admite el legado de bienes futuros (entendiendo por tales los adquiridos con posterioridad al otorgamiento del testamento). Por ello entiendo que esta prohibición no es de aplicación a las donaciones mortis causa: lo que, por otro lado, no es extraño en nuestro ordenamiento. Ya que el

CC admite la donación de bienes futuros entre cónyuges, para el caso de muerte, pactado en capitulaciones matrimoniales (1341.2 CC).

d) ¿Puede consistir en una donación universal de los bienes del donante? En derecho común no se admitían donaciones mortis causa universales, debiendo referirse a bienes concretos. El artículo 942 del Proyecto de 1851 disponía que las donaciones tuvieran por objeto el todo o una parte alícuota de los bienes del testador, no podrán otorgarse sino en testamento y se gobernarán por las reglas de las últimas voluntades. Y este es, creo, el criterio a adoptar en la normativa vigente. El derecho catalán y el navarro no tratan de la cuestión, pero la doctrina considera que no son admisibles. En Mallorca, se regula la donación universal, pero se trata de una institución híbrida: es inter vivos (le transmite los bienes presentes incluidos en ella, y son irrevocables, solo pudiendo ser revocadas por causas de indignidad, incumplimiento de cargas y por causa de ingratitud.) y también mortis causa (los bienes adquiridos después se transfieren a la muerte del donante, y además confiere la cualidad de heredero contractual, sin que pueda renunciar a su herencia, y sin que quede afectada por preterición, salvando los derechos de los preteridos a reclamar su legítima). Así resulta de los artículos 8 y al 13 de la Compilación.

En derecho común, no parece que sean admisibles las donaciones mortis causa universales, ya por motivos históricos, ya por motivos estructurales (suprimir, de facto, el contenido económico de la sucesión hereditaria). En cualquier caso, aun fueran admisibles, no atribuirían la cualidad de heredero.

e) ¿Puede haber donaciones mortis causa de parte alícuota? Es sabido que se admite expresamente el legado de parte alícuota. Pero ¿la donación mortis causa de parte alícuota? A mi juicio, los mismos argumentos para admitir el legado de parte alícuota podrían ser aplicado a la donación mortis causa de parte alícuota del patrimonio del donante.

f) Donación mortis causa con carga (entendiendo por carga en su más amplia acepción, incluyendo la carga, el modo). Expresamente prevista para las donaciones intervivos en el artículo 619 CC, que solo impone una norma: que el gravamen sea inferior al valor de lo donado. En materia de legados, igual criterio resulta del artículo 858.2 CC: el legatario no está obligado a responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado. Por tanto, si el valor del gravamen

excede el valor del bien legado, desaparece la naturaleza de acto de liberalidad (no es una donación).

La donación mortis causa con carga es, en consecuencia, un contrato mixto (*negotium mixtum cum donatione*). Para determinar si el quantum de la carga excede al valor de lo donado, se estará tiempo de la plena eficacia de la donación.

INCIDENCIAS EN EL BIEN DONADO MORTIS CAUSA: Un problema que normalmente no se produce en las donaciones intervivos (que transmiten inmediatamente el dominio), pero sí en las donaciones mortis causa son las posibles alteraciones en el bien donado, dado que desde que se otorga hasta que es efectiva (a la muerte del donante) puede transcurrir un largo lapso de tiempo. Con carácter general ha de apuntarse que el problema se plantea, casi de forma idéntica, en el instituto de los legados, ya que puede transcurrir un largo lapso temporal entre el testamento y la apertura de la sucesión, por lo que las soluciones han de ser necesariamente similares (*ídem*, que en el derecho justiniano).

Con carácter previo, debe establecerse el principio general de que la cosa donada se adquiere por el donatario en el estado en que estuviera al fallecimiento del donante, con todos sus accesorios, haciendo suyos el donatario los frutos pendientes, pero no los percibidos antes del fallecimiento del donante (por analogía 883 CC para los legados). De igual modo con las mejoras que se hubieran hecho en la cosa.

Como casos especiales, podemos plantear:

1. Pérdida (física o jurídica) o desaparición de la cosa: quedará sin efecto la donación mortis causa realizada (*ídem* 869.3 CC para los legados de cosa determinada).

2. Alteración de la cosa, que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía: quedará sin efecto la donación mortis causa realizada (*ídem* 869.1 CC para los legados).

3. Enajenación de la cosa donada (recuérdese que hasta el momento de la muerte sigue en el dominio del donante):. Es una presunción *juris tantum* de revocación (revocación tácita). *Idem*. el artículo 869.2 CC para los legados No parece que, caso de que se transmita a título oneroso, pueda operar el principio de subrogación real, por oponerse a ello el citado 869.2 CC, salvo que el donante expresamente dispusiera lo contrario.

Por las mismas consideraciones, si la enajenación hecha por el donante fuera de solo una parte del bien donado mortis causa, la dona-

ción mortis causa subsistirá sólo respecto de la porción no enajenada (*idem* que el artículo 864 CC para los legados).

4. Si se edifica, planta o siembra por un tercero: se aplicará, en las relaciones entre el dueño (ahora el donatario) y quien edificare, plantare o sembrare, las normas del CC sobre accesión, en función de que hubiera buena o mala fe en cada una de las partes (artículo 358 y ss. CC).

5. Incrementos en el bien donado: por aplicación del artículo 882 CC, antes visto, los incrementos en la cosa donada pertenecerán al donatario. El tema más complejo se encuentra en el caso de donaciones mortis causa de acciones, participaciones o de derechos en entidades jurídicas. Las nuevas acciones o participaciones adquiridas por suscripción preferente, sin desembolso, no plantean problema, al tratarse de un puro acrecimiento, en sentido económico. Pero ¿y si el donante, en vida, hubiera hecho aportaciones para suscribir? El tema requiere puntualizaciones adicionales:

— si la donación mortis causa se hubiera hecho donando las acciones o participaciones que pudiera ostentar el donante en determinada entidad, sin especificare el número, el tema no plantea dudas: Serán todas las que tenga al fallecimiento las objeto de donación.

— pero si la donación mortis causa se hubiera hecho donando un número determinado de acciones o participaciones en determinada entidad, sin especificar el número, el tema plantea dudas: a mi juicio, será de aplicación, por analogía, las reglas del artículo 1353 CC: Las acciones adquiridas por suscripción preferente serán del donatario, pero los herederos tendrán un crédito contra el donatario, por el valor actualizado de las aportaciones hechas por el donante para poderlas suscribir.

DONACIÓN MORTIS CAUSA DE BIEN AJENO. ¿Es válida la donación mortis causa de un bien ajeno? En este punto, cabe distinguir:

1. Si el donante, antes de su muerte, hubiera adquirido el bien, la respuesta ha de ser positiva. Si solo hubiera adquirido una parte, a ésta se circunscribirá la donación.

2. Si el donante nunca adquirió el bien donado: aquí, al igual que en los legados, cabe distinguir:

— que el donante sabía que no le pertenecía: por las especiales circunstancias de la donación mortis causa, no parece que sea de aplicación de la solución del legado: 861 CC: el heredero está obligado a

adquirirla, ya que la donación no es una adquisición sucesoria, ni es un gravamen a cargo del heredero.

— si el donante lo ignoraba: Entonces es nula la donación (análoga solución al legado, ex. artículo 862 CC).

3. Bien propio del heredero: en este caso la donación debe de reputarse inexistente, por no implicar un sacrificio para el donante ni un correlativo incremento patrimonial al donatario. No se aplicará la regla del artículo 863 CC para los legados.

TRASMISIÓN DE LOS RIESGOS. Dado que el donatario mortis causa adquiere desde el mismo momento del fallecimiento del donante, será en ese mismo momento cuando se le transmitan los riesgos de pérdida de la cosa donada (882.fine CC), y, correlativamente, se aprovechará de sus aumentos o mejoras.

C) ELEMENTOS FORMALES

En este punto vamos a analizar:

a) Forma de la donación: Las normas del CC para las donaciones intervivos: escritura pública (si hubiera inmuebles, art. 633 CC, con forma “ad substantiam”) y simple forma escrita (si es un bien mueble, cuando no hay entrega de la cosa ni transmisión del dominio). Ello no parece ser incompatible con el artículo 620 CC, ya que no todos los testamentos tienen forma pública (por ejemplo, el ológrafo), aunque se exija la autografía total. En todo caso, sí es aconsejable que, tratándose de bienes muebles (y sobre todo teniendo en cuenta los términos del artículo 464 CC), se haga en escritura pública, y, no siendo posible, en documento privado autógrafo del donante, pues, en otro caso, lo difícil será, no ya justificar que existe donación sino su carácter mortis causa (con retención del dominio en vida del donante).

Igual regla cabría aplicar al derecho catalán (art. 432-2.3 Codi), pero no al derecho navarro (Ley 167) que exige escritura pública y dos testigos que reúnan los requisitos requeridos para los testamentos notariales.

b) Forma de la aceptación: La donación intervivos ha de aceptarse por el donatario. La donación mortis causa, al ser una verdadera donación, asimismo ha de ser aceptada por el donatario. En este punto se pueden plantear las siguientes cuestiones:

1. La aceptación puede hacerse simultáneamente a la donación, o en un momento posterior.

2. Formas de la aceptación: la aceptación puede ser:

- expresa: exigirá idéntica forma que la donación.
- tácita: ¿cabe la aceptación tácita? Tratándose de bienes inmuebles, parece que no, ya que la exigencia de forma es ad solemnitatem. Tratándose de bienes muebles, la entrega de la cosa, aunque no transmita, de momento, el dominio, si no es reclamada en vida por el donante sí puede considerarse como aceptación tácita. La Ley 168 de Navarra expresamente admite la aceptación expresa (aunque no lo diga, parece requerir escritura pública (aunque no intervención de testigos) o tácita, aunque no especifica qué actos la implican.

3. ¿Ha de hacerse en vida del donante? Estimo que sí, pues se trata de una verdadera donación, y así lo exige el artículo 629 CC. La R. 29 de julio de 1904 determinó que dicho precepto sólo es aplicable a las donaciones intervivos, pero no a las mortis causa, que pueden aceptarse una vez fallecido el donante.

c) Revocabilidad de la aceptación. Realizada la donación y aceptada por el donatario en vida del donante, ¿cabe, una vez muerto el donante, dejar sin efecto la aceptación del donatario y repudiar la donación?

— como regla general hay que estimar que no, por la doctrina de los propios actos.

— ahora bien, si aceptada la donación por el donatario, resulta que, al tiempo del fallecimiento, el gravamen supera el valor de lo donado? En materia de legados, la casa no puede exceder el valor de lo legado (858.2 CC). En materia de donación mortis causa, aunque no haya precepto equivalente, es obvio que faltando la naturaleza de verdadera donación (que presupone un incremento patrimonial en el donante), no parece que el donatario quede vinculado por la aceptación de la donación hecha en vida del donante, ya que no se trata de una verdadera donación. En este caso, se refundiría con la masa de la herencia.

D) ELEMENTOS ACCIDENTALES

Al igual que en una donación inter vivos, en la donación mortis causa pueden imponerse condiciones, términos y modos, siendo de aplicación las reglas propias de la donación inter vivos.

También podrá imponerse un pacto reversional (fideicomiso convencional, en términos de VALLET) a la donación mortis causa, con los mismos límites que en las donaciones intervivos.

Lo que no podría contenerse es una reserva de la facultad de disponer, dado que el artículo 639 sólo permite reservarse tal facultad al donante, y en nuestro caso éste ya ha fallecido.

PERFECCIÓN DE LA DONACIÓN. Tratándose la donación de un negocio jurídico bilateral (con independencia de que pueda, además, ser un medio de transmitir el dominio), se exigirá el concurso del acto de liberalidad (donación por el donante) y de la aceptación del donatario. ¿Rige en las donaciones mortis causa la norma de que ha de ser aceptada en vida del donante? Entiendo que sí, por aplicación de las normas de la donación inter vivos (623 CC), al no haber norma legal que establezca lo contrario. Tampoco la hay en derecho catalán, pero sí en derecho navarro (Ley 168, que permite la aceptación tanto en vida del causante, como después de su fallecimiento).

EFFECTOS DE LA DONACIÓN

A) EN VIDA DEL DONANTE

Cabe en este punto señalar que la donación, en vida del donante, carece de eficacia jurídico-real. En una palabra, carece de efectos traslativos inmediatos. Ello no obstante:

1. El hecho de que carezca de efectos traslativos no implica que carezca de todo tipo de efectos. En efecto, podemos señalar:

a) Impone al donatario un comportamiento civiliter.

b) Crea en el donatario unas expectativas, que podrán confirmarse o no. ¿Podría, en base a estas expectativas, ejercitar acciones en defensa de su derecho expectante? Si fuera poseedor de los bienes es claro que podría ejercitar las acciones posesorias. En otro caso, el tema ofrece dudas: Si entendemos que se trata de una expectativa, susceptible de tutela jurídica (interés jurídico merecedor de protección), concluiremos que sí: pero en todo caso esta legitimación tendrá carácter claudicante, dado que estará condicionada a su no ejercicio por el verdadero dueño.

c) Si fallece el donatario antes que el donante, por aplicación del artículo 759 CC, como ya vimos anteriormente, no transmitirá su derecho a sus herederos, sin perjuicio de que pueda proceder el derecho de acrecer (si fueran varios donatarios llamados conjuntamente a la donación) o establecerse una sustitución vulgar: posibilidad expresamente admitidas para Cataluña en el art. 432-2.1.b) del Codi.

2. Si se hubiera producido la entrega del bien donado antes del fallecimiento del donante, el donatario tendría la condición de poseedor de los mismos, con las consecuencias legales de tal condición, convirtiéndose en propietario al fallecimiento del donante. Hasta ese momento, el donante podrá reclamar la posesión o en reivindicar la cosa (lo que implicará una revocación tácita de la donación mortis causa efectuada).

3. Como la donación no produce efectos jurídico-reales en vida del donante, no puede ser impugnada por fraude de acreedores, ya que en nada les afecta ni en nada les perjudica.

REVOCABILIDAD DE LA DONACIÓN. La cuestión que, obviamente, ofrece más interés en las donaciones mortis causa, hasta el punto que es el verdadero elemento diferenciador (el alma) de las mismas es la posibilidad de revocación: El elemento característico de la donación mortis causa es que, en vida del donante, éste puede, en cualquier momento y a su sola voluntad, revocarla.

FORMA DE LA REVOCACIÓN: La revocación puede hacerse:

a) De forma expresa: Habrá de hacerse en igual forma que la donación, y además, por medio de testamento en que así se disponga. No hace falta un acto formal de revocación si la donación se condiciona a un determinado hecho, ya sea propio del donante (sobrevivir al peligro de muerte o enfermedad) del donatario (realizar determinado acto) o, incluso, de un tercero (por ejemplo, que sobreviva al donante) que no acontece, pero más que revocación sería un supuesto de pérdida de eficacia sobrevenida.

b) En forma tácita: tanto en nuestro derecho histórico, como en los derechos forales que regulan las donaciones mortis causa, determinan formas tácitas de revocación. Nos referimos a actos que, de forma indubitada, manifiestan de forma inequívoca la voluntad de dejar sin efecto la donación efectuada. Entre ellas, podemos señalar:

1. Por la transformación del bien donado, de tal forma que no conserve su forma ni denominación (por analogía 869.1 CC para los legados).

2. La disposición por el donante en vida del bien donado (por analogía 869.2 CC para los legados).

3. Por la pérdida de la cosa (por analogía 869.3 CC para los legados).

4. La reclamación de los documentos que acreditan la titularidad del donante sobre los bienes o créditos donados mortis causa (por analogía 871 CC para los legados).

5. La reivindicación del bien donado al donatario, si ya tenía la posesión del bien donado. Si solo reclama la posesión, sin más, no parece implicar por sí sola la voluntad de revocar la donación mortis causa efectuada.

Por último, hay determinados supuestos, que estimamos dudosos, sobre la cuestión que nos ocupa:

1. La genérica disposición en testamento posterior a la donación que determina la pérdida de vigencia de todas las disposiciones que se opongan a lo en él dispuesto. Aquí será una pura cuestión de interpretación, sobre la que no cabe dar principios generales, aunque mi tendencia particular será considerar la plena validez de la donación mortis causa, ya que los bienes donados no formarán parte de la herencia.

2. El legado de la cosa donada mortis causa: aquí cabe reiterar lo anterior, si cabe con más fuerza. El derecho catalán establece el criterio opuesto, prevaleciendo el legado (432-5.d Codi).

3. Si el donante no muere en el peligro de muerte que motivó la donación mortis causa: Si así lo consigna, el tema es claro. Pero ¿si lo omite? Aquí habría que tener en cuenta el elemento subjetivo (animus del donante al tiempo de la donación): precisar si en cada concreto caso si el peligro de muerte es el determinante de la donación, de tal forma que sin peligro no hubiera habido donación (la vieja *contemplatio mortis*), o si la previsible muerte es la que determina la donación (*contemplatio mortitatis*). Y será determinante que el causante, superado el peligro inminente, sobreviva largo tiempo sin revocarla.

El derecho catalán (en la misma línea que nuestro derecho histórico, ya que las Partidas presume la revocación cuando desaparece la causa de muerte inminente por la que se hizo, Ley final Título 4 Partida 5º), opta por un criterio puramente objetivo: la donación mortis causa queda revocada si el donante no muere con ocasión del peligro especial determinante de la donación (art. 432-5.e Codi).

LIMITACIONES A LA FACULTAD DE REVOCAR. Hemos visto que en las donaciones mortis causa, un elemento natural de las mismas es la revocabilidad. La cuestión más interesante es ¿caben establecer límites a la facultad del donante de revocarla?

— En derecho justiniano, la nota característica de la donación mortis causa es su revocabilidad, pero puede el donante renunciar a tal decho (Novela 87, en su prefacio y Capítulo I).

— En el Fuero Real, las llamadas “mandas por razón de muerte” tenían como nota característica de las donaciones mortis causa su revocabilidad.

— Las Partidas no admiten pactar su irrevocabilidad. No obstante, sus comentaristas (Antonio GÓMEZ, MATIENZO...) admitían la irrevocabilidad, si se hacía mediante juramento.

— el Derecho catalán no admite su irrevocabilidad (el donante no queda vinculado en vida por la donación, art. 432-1.1 Codi).

— el Derecho navarro, por el contrario, tras declarar la revocabilidad, admite el pacto en contrario o la renuncia a la facultad de revocar (Ley 169,1).

La cuestión en Derecho común dista de ser pacífica. VALLET, en sus primeras obras, al amparo del derecho histórico, señaló que las donaciones mortis causa son naturalmente revocables, pero no esencialmente revocables: Cabe, pues, pactar la irrevocabilidad o la renuncia a la facultad de revocar. Posteriormente matizará su posición, en base al tenor del artículo 1620 CC.

A mi juicio, no cabe pactar la irrevocabilidad o renunciar a la facultad de revocar, por dos argumentos determinantes:

— el artículo 620 CC cuando dice que participan de la naturaleza de los actos de última voluntad, y se regirán por las disposiciones de la sucesión testamentaria, una de cuyas notas determinantes es **la esencial revocabilidad de los testamentos** (art. 737 CC), incluso aunque el testador exprese su voluntad de no revocarlo. No es admisible, pues, la renuncia a la facultad de revocar.

— y respecto del pacto de irrevocabilidad, porque implicaría un pacto sucesorio prohibido por el artículo 1271.2 CC. Los únicos argumentos a favor podrían deducirse de los artículos 827 y 1341 CC, pero estos casos son verdaderos pactos sucesorios permitidos.

En consecuencia, y discrepando del primer VALLET, la revocabilidad no sólo es un elemento natural, sino **ESENCIAL** de las donaciones mortis causa: Sin libre revocabilidad, no hay una verdadera donación mortis causa, y sí una donación intervivos, irrevocable y postmortem. Ya lo consideró así FEBRERO (en su clásica obra Librería de Escribanos) al advertir al Escribano que “si se pusiera la palabra irrevocable, sería una donación inter vivos”.

Y si, aun así, se hubiera limitado, de alguna forma, en la donación mortis causa la facultad de revocar? Entiendo que cabe mantener tres posturas extremas:

— bien considerar que se trate de una verdadera donación inter vivos (teoría de la conversión), dado su carácter vinculante para el donante (que tiene limitada su facultad de revocar) y cuyos efectos se posponen a la muerte del donante (la histórica *donatio post obitum*: negocio jurídico intervivos e irrevocable, pero cuyos efectos jurídicos se derivan del fallecimiento del donante).

— bien considerar que se trata, dado su carácter vinculante, de un verdadero pacto sucesorio, y como tal prohibido por el artículo 1271.2 del Código Civil, lo que conllevaría la nulidad total de la donación mortis causa efectuada.

— o entender que, por ser contraria a la ley, y dado su carácter accesorio al negocio principal, se tendrá por no puesta (nulidad parcial), y no impedirá su posterior revocación por el donante, valiendo, por tanto, la donación mortis causa efectuada. Lo cual no quiere decir que, al crear legítimas expectativas en el donatario, no pudiera éste obtener algún tipo de compensación, no vía donación, sino por la vía de la responsabilidad extracontractual (1902 CC). Vid lo dicho respecto de la promesa de donación.

Estimo que no pueden darse criterios generales para determinar cuál de ellas prevalece en cada caso concreto: habrá, en cada caso concreto, determinar cuál de ellas procede, atendiendo siempre a la voluntad del donante (criterio de interpretación subjetiva), y teniendo en cuenta, al amparo del artículo 1.289 CC, que si no fuera posible resolver las dudas, se resolverá a favor de la menor transmisión de derechos e intereses.

B) FALLECIDO EL DONANTE

1. La donación mortis causa no revocada produce efectos jurídico reales a la muerte del donante. Entonces es cuando se transmite el dominio del donante al donatario (en ese momento adquiere firmeza). Si la posesión material del bien donado no la tuviera el donatario (vg: heredero o un tercero), podrá hacer uso de todas las acciones que como propietario le competen (acción reivindicatoria).

2. Siendo la donación un medio para transmitir el dominio (609 CC), no requiere de tradición: la transmisión del dominio se produce

por la propia donación, sin exigir requisitos adicionales. Y de igual modo percibirá los frutos y rentas del bien desde el día del fallecimiento del causante.

3. Son de aplicación determinadas normas legales de las donación intervivos. En concreto:

a) Normas legales sobre revocación de donaciones. En este punto hemos de distinguir los diversos supuestos legales: No parece ofrecer discusión la revocación por incumplimiento de condiciones (entendido este concepto en sentido amplio, incluyendo también el modo) y por causa de ingratitud. Es dudoso la aplicación de las normas de revocación de donaciones intervivos por supervivencia o superveniencia de los hijos a las donaciones mortis causa.

— la tesis favorable a su aplicación se apoya en la regulación legal de las donaciones, cumpliendo, en este caso, una función análoga a la preterición errónea en la sucesión testada.

— pero entiendo que debe de admitirse la tesis negativa, basada en la voluntad presumta del donante. En efecto, el fundamento legal de dichas normas, en las donaciones intervivos, es la irrevocabilidad de la donación frente a una presunta intención del donante, tras el cambio en sus circunstancias familiares), circunstancia ésta que no se da en la donación mortis causa, dado que el donante, hasta el mismo momento de su muerte puede revocar. Por ello creo que no deberían ser de aplicación a las donaciones mortis causa.

En todo caso, las acciones de revocación de las donaciones, caso de proceder, serán ejercitadas por los herederos del donante, ya que no pudieron ser ejercitadas por éste.

b) Normas sucesorias sobre la imputación de donaciones, en materia de legítimas, debiendo ser asimilada a una donación intervivos. Aunque el 825 CC se refiere solo a las donaciones por contrato entre vivos, entiendo que no las quiere identificar con las donaciones inter vivos (en el sentido de los artículos 618, 619 y 620 CC), sino a toda donación formalizada en vida del donante, lo cual abarcar también a las mortis causa.

c) Normas sobre reducción por inoficiosidad de donaciones. Es obvio que son de plena aplicación a las donaciones mortis causa. Caso de proceder la reducción de varias, se reducirán las más recientes (656 CC).

4. El efecto que produce es que los bienes donados no formen parte de la herencia (así lo declara expresamente para Navarra la Ley 170). Es el último acto dispositivo del donante.

5. No opera la posesión civilísima del heredero, que el CC limita a los bienes que integran la herencia (440 CC). Esta posesión civilísima es el fundamento legal para la exigencia de entrega de los bienes legados a los legatarios, que obviamente no se requiere en la donación mortis causa. A igual conclusión de no necesidad de entrega llega, para Cataluña, el artículo 434-4.2 del Codi.

6. Responsabilidad del donatario por deudas de la herencia. La donación mortis causa es una disposición por causa de muerte, pero no forma parte de la herencia (los bienes se transmiten justo en el momento de la muerte). No responderá, por tanto, salvo que se disponga otra cosa en la misma, de las deudas de la herencia (y en este punto es similar su posición al del legatario, salvo que toda la herencia se distribuya en legados, art. 891 CC), sin perjuicio de que pueda resultar afectada por las mismas (vg.: reducción por inoficiosidad, perjuicio de acreedores...).

El artículo 432-2.1.d) del Codi determina que las donaciones mortis causa se rigen por las reglas de los legados en cuanto al derecho preferente de los acreedores hereditarios para el cobro de sus créditos.

7. El hecho de que el donatario no responda de las deudas del donante, no impide que los acreedores no puedan solicitar la rescisión de la donación mortis causa, caso de haberse hecho en perjuicio de acreedores: es la llamada acción pauliana. Téngase en cuenta que, siendo un acto a título gratuito, el perjuicio se presume (1297 CC); pero dicha acción de rescisión será subsidiaria (1294 CC), es decir, solo puede ser ejercitada cuando quien rescinda carezca de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio irrogado con la donación. El orden sería, según el artículo 1111 CC:

1.º Excusión de los bienes del deudor, teniendo en cuenta, que, por el fallecimiento, los herederos responden de forma solidaria e ilimitada por las deudas de la herencia, salvo que hayan aceptado a beneficio de inventario (1084 CC). Los legatarios, salvo que toda la herencia se distribuya en legados no responden del pago de las

deudas hereditarias (891 CC), salvo disposición en contrario del testador y hasta donde alcance el valor de lo legado (858 CC).

2.º Subrogación en todos los derechos que correspondan al deudor. Es la llamada acción subrogatoria.

3.º Y por último, la acción revocatoria (pauliana), de naturaleza rescisoria, que como se ha dicho siempre será subsidiaria (1294 CC).

XI. LA DONACIÓN MORTIS CAUSA Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Tratándose de la donación mortis causa de un bien inmueble: ¿Qué tratamiento registral tiene?

A) EN VIDA DEL DONANTE. Como la donación mortis-causa no tiene, en vida del donante, efectos jurídico-reales, y los posibles efectos jurídico-obligacionales, si los hubiera, son ajenos al Registro, no tiene efecto ni constancia registral alguna. No puede considerarse que existe ni siquiera una vocación al derecho real, susceptible, conceptualmente, de anotación preventiva, siempre que hubiera norma que le diera cobertura (recuérdese que, en materia de anotaciones preventivas, el sistema legal es de *numerus clausus*).

B) UNA VEZ FALLECIDO EL DONANTE SIN REVOCAR LA DONACIÓN. Producida la muerte del donante sin revocar la donación, el derecho del donatario adquiere firmeza, y la donación despliega plenamente sus efectos jurídicos reales.

a) El asiento registral a practicar es un asiento de inscripción, al tratarse de una situación jurídico-real plena. Recuérdese que nuestra legislación hipotecaria, en materia de legados, antes de su entrega solo es susceptible de anotación preventiva, y una vez entregada, de asiento de inscripción.

b) El título inscribible es la escritura de donación, las aceptación, debiéndose justificar que no ha sido revocada. Para ello, y teniendo en cuenta que se trata de un hecho negativo (la falta de revocación), de imposible prueba plena, entiendo bastará la copia autorizada expedida una vez fallecido el donante, y donde no conste la nota de revocación. A la escritura otorgada deberá acompañarse el Certificado de defunción del donante, y la solicitud del donatario,

que tiene por objeto acreditar su supervivencia al donante. Teniendo en cuenta que la transmisión del dominio se trasmite por el solo hecho la muerte del donante, sin necesidad de aceptación post mortem del donatario, bastará una solicitud (instancia) con las firmas notarialmente legitimadas o puestas ante el Registrador, pudiéndose hacer, obviamente, también en un documento público.

Entiendo que no será necesario aportar el testamento o declaración de herederos y el Certificado del Registro de Ultimas Voluntades, ya que la transmisión no se hace por título sucesorio sino por la propia donación.

La cuestión más discutible es si para inscribir la donación mortis causa, existiendo legitimarios, deben de operar las normas legales protectoras de los derechos de los mismos aplicables a la sucesión mortis causa? En particular, si deben de prestar su consentimiento a la inscripción de la donación mortis causa, de modo análogo a los legados y a las adjudicaciones hereditarias, como modo de protección de sus derechos (artículo 82 Reglamento Hipotecario). Sin perjuicio de entender, como creo firmemente, que dicho precepto es de dudosa legalidad (por falta de rango legal y por infringir el principio de jerarquía normativa), entiendo que no:

- los legitimarios quedan protegidos, en todo caso, por la acción de reducción, de forma análoga a la donación inter vivos. Y si para inscribir ésta no hace falta el concurso de los (presuntos) legitimarios, tampoco debería hacer falta para inscribir la donación mortis causa.

- las exigencia del concurso de los legitimarios se predica para la inscripción de las adjudicaciones por título de herencia o legado. El precepto que lo exige (art. 82 Reglamento Hipotecario) es de rango reglamentario, y cuyo apoyo legal se ha discutido (y criticado) desde antiguo, a partir de la R. 19 de septiembre de 1950, que fue la que exigió el concurso de los legitimarios para inscribir las adjudicaciones hechas por el albacea, y cuya doctrina fue generalizada por el citado artículo 82 RH, introducido por la Reforma Hipotecaria de 1982, no obstante su nulo apoyo en el CC.

Ninguna norma foral lo exige, si bien ello no puede servir de apoyo a la tesis que se mantiene, dada la distinta naturaleza de la legítima en derecho común que en derecho foral.

c) La escritura debe cumplir los requisitos fiscales: liquidación fiscal (Impuesto de Sucesiones y Donaciones) y del Impuesto Mu-

nicipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (plusvalía), en su caso. De los temas fiscales se tratará más adelante.

d) Si el donatario no fuera heredero forzoso: ¿Sería de aplicación la limitación de efectos del artículo 28 LH. Entiendo que no:

— por una interpretación literal y gramatical del precepto: “adquisiciones por herencia o legado”.

— por su fundamento del precepto, que es proteger al heredero real frente al heredero aparente. Dado que la donación mortis causa no resulta afectada por la aparición de un heredero hasta entonces desconocido, entiendo que carece de sentido la suspensión de efectos de la fe pública establecida en el artículo 28 LH.

XII. FORMAS SIMULADAS DE DONACIONES MORTIS CAUSA

La doctrina general de la simulación del tipo negocial puede deducirse del artículo 6.4 CC, en virtud del cual son de plena aplicación de las normas imperativas o prohibitivas del negocio disimulado, lo que conlleva que el contrato simulado es válido si el disimulado lo fuera también, y en otro caso, se considera nulo por aplicación de la doctrina del fraude de ley.

Partiendo de las tesis que mantenemos de que es válida la donación mortis causa, al amparo del artículo 620 CC, no es imposible contratos simulados válidos, siempre que, cumplidos los requisitos de validez del contrato simulado, cumplan los requisitos de forma y fondo exigidos para la donación mortis causa.

Como casos concretos vamos a examinar:

A) DONACIONES SIN *ANIMUS DONANDI*. No son extrañas en la práctica donaciones aparentemente intervivos, pero cuya verdadera naturaleza atendiendo a la verdadera voluntad del donante (*animus donandi*) puede considerarse mortis causa (el donante retiene el usufructo y la facultad de disponer, estando aparentemente vacío de contenido económico el derecho del donatario). Así acontecería, por ejemplo, en una donación inter vivos de la nuda propiedad, reservándose el donante el usufructo y la facultad de disponer, e imponiendo, además, una prohibición de disponer al donatario en vida del donante. ¿Es válida? En este punto deberíamos examinar dos cuestiones:

— ¿Es una verdadera donación? El animus donandi (618 CC) parece muy limitado, pero existe.

— ¿Es inter vivos o mortis causa? Ya defendimos al hablar de este tipo de donaciones que se trata de una verdadera donación inter vivos, aunque con un contenido económico, de momento, muy limitado, ya que la nuda propiedad se transmite desde ya (lo que no ocurre en la donación mortis causa), aunque tenga naturaleza claudicante.

La STS 9 de junio de 1995 parece decantarse por la tesis contraria, al concluir que en la donación con reserva de la facultad de disponer, si además se prohibía al donatario enajenar o gravar el bien donado sin autorización expresa de éste, se daban las notas caracterizadoras de la donación mortis causa (permanencia del dominio y libre disposición por el donante y falta de intención de perderla en caso de vivir) siendo de aplicación el 620 CC.

B) LA DONACIÓN MORTIS CAUSA DISIMULADA BAJO FORMA DE COMPRAVENTA. Uno de las cuestiones que más problemas ha planteado en materia de donaciones (ya sean inter vivos o mortis causa) son las llamadas donaciones encubiertas bajo la forma de compraventa, especialmente tratándose de bienes inmuebles: no voy a hacer un estudio general de la cuestión, sino solo hacer unas conclusiones generales, y aplicarlas luego a las donaciones mortis causa.

En la donación inter vivos disimulada bajo la forma de compraventa, aunque se hubiera hecho en escritura pública, la donación debe de reputarse nula, ya que las exigencia de forma del artículo 633 exige que conste el completo acto de liberalidad en la propia escritura, extremo que no se cumple bajo la forma de compraventa, aunque se haga en escritura pública.

En materia de donación mortis causa, el criterio debería ser idéntico, aunque es más complicado configurar una compraventa que no tenga efectos transmisivos de presente: sería una compraventa sujeta a término (el fallecimiento del vendedor) y la reserva de la facultad de disponer podría articularse a través de un poder irrevocable. El examen conjunto de ambos documentos, máxime si se otorgan en un mismo acto, podría inducir una voluntad de transmisión a modo de donación mortis causa.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de examinar estas cuestiones:

— La STS 19 de junio de 1956 aborda la cuestión: queriendo be-

neficiar a una Orden Religiosa, la donante, enfrentada a su familia, otorga un contrato simulado de compraventa. Al mismo tiempo la Orden da un poder general de administración y disposición a favor de la donante. De hecho la donante siguió ejerciendo como dueña de la finca (cobró rentas, desahució inquilinos...). La donante, restauradas sus relaciones familiares, otorga posteriormente un testamento a favor de sus familiares. Impugnada la compraventa por los herederos por entender que era una donación simulada mortis causa, en todas las instancias se dio razón a los herederos: La compraventa era simulada y los bienes vendidos deberán formar parte de la herencia.

— La STS 29 de octubre de 1956 es parecida: para minorar el coste fiscal de la transmisión, y queriendo dejar unos bienes a su sobrino para cuando falleciera la donante, se otorga una compraventa simulada, en la creencia de que la vendedora seguía siendo dueña de los bienes. Pasados unos años, la relación entre ellos se enfría y la tía exige al sobrino que le devuelva las fincas, a lo que este se niega. La tía impugna la venta simulada, Todas las instancias, tras reconocer que el propósito era hacer una donación mortis causa, y anulan la venta simulada.

— La STS 24 de febrero de 1986: una tía otorga una venta simulada a favor del sobrino, quien le otorga un poder general de administración y disposición de los bienes, con la única limitación de que, si hacía uso del mismo, debería compensar al sobrino por los gastos realizados. Rotas las relaciones entre tía y sobrino, la primera impugna la compraventa. Tanto el Juzgado como la Audiencia entendieron que había simulación absoluta, lo que fue ratificado por el TS, quien negó que hubiera simulación relativa (encubriendo una donación mortis causa), porque faltaba el requisito de la aceptación (633 CC), y además el 620 CC exige adaptarse a las reglas de la sucesión testamentaria.

— La SAP Madrid, Sección 11.º, de 18 de enero de 2000 se refiere a un concreto caso: se presta dinero para comprar una vivienda, sobre la que el comprador constituye en documento privado mecanografiado un usufructo vitalicio a favor del prestamista. Según la Sentencia, el usufructo encubre una donación mortis causa disimulada, que no puede convalidarse por no haberse cumplido los requisitos de forma testamentaria, ni aun ológrafa (al ser mecanografiado).

— La STS 20 de noviembre de 2007 señala la inexistencia de una

donación mortis causa disimulada bajo forma de compraventa, al no cumplirse las formas y solemnidades testamentarias para la validez y eficacia de las mismas.

XIII. ASPECTOS FISCALES DE LAS DONACIONES MORTIS CAUSA

De las donaciones mortis causa tenemos dos Consultas de la Dirección General de Tributos que determinan con claridad el régimen fiscal de la misma: Una Consulta General (la 1442-03 de 30 de septiembre de 2003), que tras delimitar qué es una verdadera donación mortis causa, plantea directamente la cuestión en Derecho común, y otra Consulta Vinculante (la V1456-12 de 4 de julio), que, en relación al derecho foral catalán, lo plantea de forma lateral.

A) **EN VIDA DEL DONANTE.** Carece de cualquier tipo de eficacia jurídico real. No hay transmisión, y por tanto no hay efectos jurídicos fiscales ni para el donante ni para el donatario. Sólo si se produjera algún afecto jurídico real en vida del donante (por ejemplo, el art. 431-1.3 del Codi), de forma que quedara sujeto a una condición suspensiva o resolutoria, produciría los efectos fiscales inherentes, como cualquier donación intervivos.

B) **UNA VEZ FALLECIDO EL DONANTE SIN REVOCAR LA DONACIÓN.** En ese momento, la donación despliega todos sus efectos jurídicos.

PARA EL DONATARIO: Cabe resumirlo así:

1. Está sujeta al Impuesto de Sucesiones y Donaciones, al tratarse de una transmisión mortis causa. El artículo 11.a) del Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones (RD 1629/1991 de 8 de noviembre) determina como título sucesorio las donaciones mortis causa, señalando el artículo 24.1 de la Ley 29/1987 que el devengo se produce al fallecimiento del causante.

2. Las normas de las adquisiciones mortis causa en función de la normativa estatal o autonómica que sea de aplicación son aplicables:

- al hecho imponible: la donación mortis causa.
- a la determinación de la base imponible: valor neto de la adquisición individual de cada donatario al tiempo del fallecimiento del donante (no hay incremento por razón del ajuar doméstico).

Las donaciones acumulables lo son en los mismos términos que la sucesión mortis causa.

— base liquidable: es discutible que sean de aplicación las reducciones por razón de parentesco (aunque personalmente estimo que, como verdadera donación que es, no son aplicables las reducciones por parentesco) la Consulta 1442-03 mantiene la tesis afirmativa, por aplicarse a toda adquisición mortis causa, y la donación mortis causa lo es.

— tipo de gravamen: será en que corresponde a la donación efectuada, corregido por el grado de parentesco.

— cuota resultante, siendo de plena aplicación los recargos por patrimonio preexistente, así como las bonificaciones autonómicas de las adquisiciones mortis causa.

3. En cuanto a obligaciones formales:

— Oficina Competente: serán las propias de las adquisiciones mortis causa (último domicilio del causante, y no por el lugar de ubicación de los inmuebles o el domicilio del donatario). En los bienes muebles será el domicilio del donatario.

— plazo de presentación: en el plazo de seis meses desde el fallecimiento, salvo disposición en contrario de la Comunidad Autónoma competente).

4. Si la donación mortis causa se hiciera a sucesor (heredero o legatario) se acumulará a la liquidación por título sucesorio.

5. El plazo de prescripción será idéntico al de la adquisición mortis causa por título sucesorio.

PARA EL DONANTE:

1. A los efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (plusvalía o minusvalía del donante): se estima que no hay ganancia patrimonial por aplicación del artículo 33.3.b) de la Ley 35/2006 del citado tributo, al estar incluida en las "trasmisiones lucrativas por causa de la muerte del contribuyente", que se aplica no solo a la sucesión, sino también a las donaciones mortis causa (la llamada "plusvalía del muerto").

2. A los efectos del Impuesto Municipal sobre el Incremento del

Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (plusvalía municipal). Se aplicarán las normas de transmisiones mortis causa, con la aplicación, en su caso, de las bonificaciones que correspondan a las adquisiciones mortis causa.

APÉNDICE: MODELO REAL DE DONACIÓN MORTIS CAUSA

ANTECEDENTE. La Ley CV del Título XVIII de la Partida III contiene un modelo de carta para facilitar al escribano cómo realizar una escritura de donación mortis causa. Siguiendo su ejemplo, esto es lo que vamos a pretender en este apéndice.

SUPUESTO DE HECHO. El donante, casado, sin ascendientes ni descendientes, quiere dejar una finca privativa suya, a un sobrino (y si falleciera antes que el donante o si renunciara, a su hermana), para que con sus frutos se costee la educación del donatario y de sus hermanos, imponiéndole la obligación de conservarla y de transmitirla a sus descendientes matrimoniales, hasta donde sea posible (límites legales), rogando al último vinculado que asegure, en la forma jurídica que estime pertinente, su conservación dentro de la familia. Asimismo se establece que los llamamientos serán solo por vía de filiación matrimonial y con preferencia del varón sobre la mujer, extremos éstos perfectamente admisibles al ser esa la voluntad del testador, teniendo en cuenta que el mandato constitucional de no discriminación por razón de filiación o sexo (artículo 14 de la Constitución) obliga a las autoridades, pero no a los particulares.

La esposa del donante, designada heredera universal en su testamento, podrá usar y disfrutar de la misma mientras viva (se le dona mortis causa el usufructo vitalicio).

El resultado fue la siguiente escritura:

NUMERO

ESCRITURA DE DONACION "MORTIS CAUSA".

En MADRID a *

Ante mí, *, Notario de * del Ilustre Colegio Notarial de *.

COMPARECEN

De una parte, como **DONANTE:** **

De la otra, como **DONATARIO**: **

INTERVIENEN: 4 en su propio nombre y derecho.

Les identifico por sus respectivos DD.NN.II. y les juzgo, conforme intervienen, con la capacidad legal necesaria para otorgar la presente **ESCRITURA DE DONACION "MORTIS CAUSA"**, y a tal fin,

EXPONEN

I. DE LOS BIENES QUE SON OBJETO DE LA MISMA. Que Don **, con carácter PRIVATIVO, del pleno dominio la siguiente finca: (DESCRIPCION, TÍTULO, CARGAS y ARRIENDOS).

VALORACION. Dada la naturaleza "mortis causa" de la donación que se va a hacer en esta escritura, y dado que no tiene efectos jurídicos inmediatos, no se procede a valorar, de momento, el bien donado, lo que se hará al tiempo de la efectiva adquisición por el donatario (momento de la muerte del donante).

II. DE LA NATURALEZA "MORTIS CAUSA" DE LA DONACIÓN QUE SE VA A EFECTUAR.

La presente escritura va a documentar una donación "mortis causa", es decir, aquella que ha de surtir efectos por la muerte del donante, admitida y regulada en el artículo 620 del Código Civil, que dispone que participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria. Dicha donación "mortis causa", muy difundida en otros países, y en los territorios forales (Aragón, Cataluña, Navarra...) e incluso en territorio de derecho común antes de la entrada en vigor del Código Civil, hoy ha caído en desuso, pero su admisibilidad como figura autónoma queda fuera de duda, al amparo de las Sentencias del Tribunal Supremo (1.^a) de 8 de mayo de 1896, 2 de diciembre de 1916, 9 de abril de 1942, 27 de diciembre de 1945, y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 1904.

RÉGIMEN CIVIL: Dicha donación se caracteriza por producir efectos jurídicos a la muerte del donante, y sus caracteres son:

1.º No transmite de forma inmediata la propiedad de la finca donada al donatario.

2.º El donante conserva la propiedad del bien donado y puede

disponer del mismo, así como dejar sin efecto, en todo o en parte, y en cualquier momento, y a su sola voluntad la donación "mortis causa" efectuada: es decir, no queda vinculado por ella.

3.º La donación sólo producirá plenos efectos reales si fallece el donante sin revocar la donación.

4.º Las donaciones mortis causa se rigen, en algunos temas por las reglas de la donación y en otros por las reglas de la sucesión mortis causa (620 del Código Civil), y tiene los mismos límites que ésta.

5.º Que en todo caso, y a los efectos de dar cumplimiento formal al artículo 620 CC, en la forma que es interpretado por la mayoritaria jurisprudencia, se hace constar que la donación realizada en el presente instrumento público, reúne forma testamentaria, dado que una y otra revisten forma de instrumento público.

RÉGIMEN FISCAL. En cuanto al tratamiento fiscal de la donación mortis causa, se estará a lo dispuesto en la Consulta de la Dirección General de Tributos 1443-03 de 30 de septiembre de 2003, que para más claridad, se une a la matriz. De la doctrina administrativa sentada, destacamos:

1.º Es una verdadera adquisición mortis causa. Al desplegar sus efectos con ocasión de la muerte del causante, hasta su fallecimiento, momento en que despliega sus efectos, no produce efecto tributario alguno, ni está sujeto a presentación en Oficina Liquidadora alguna.

2.º Está sujeta al Impuesto de Sucesiones y Donaciones, y se rige, por tanto, por su normativa reguladora: artículo 3.1.a de la Ley 29/1987 del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, y artículo 11.a del su Reglamento).

El hecho imponible es el fallecimiento del donante.

La base imponible será el valor neto de la adquisición del causahabiente, al tiempo del fallecimiento del causante, siendo de aplicación las reducciones legalmente previstas para determinar la base liquidable.

El tipo de gravámenes se determinará teniendo en cuenta la cuantía de la base liquidable individual, el grado de parentesco entre donante y donatario y el patrimonio preexistente de éste.

Serán de aplicación las bonificaciones que, en cada caso, establezca la legislación de la Comunidad Autónoma a quien se atribuya el rendimiento del tributo.

3º La competencia para liquidar el Impuesto corresponde a la Comunidad Autónoma donde resida el causante a su fallecimiento, cualquiera sea la situación de los bienes o del domicilio del donatario.

4º El plazo de presentación para practicar la liquidación tributaria, en periodo voluntario, será el fijado para las sucesiones hereditarias. Trascurrido el mismo, las sanciones serán idénticas a las de la liquidación sucesoria.

5º El plazo de prescripción será idéntico al de la adquisición mortis causa por título sucesorio.

Yo, el Notario, instruyo a los comparecientes en los extremos indicados.

III. DE LA VOLUNTAD DEL DONANTE PARA REALIZAR LA PRESENTE DONACION "MORTIS CAUSA", Y CUYO INCUMPLIMIENTO SE CONSIDERARÁ CONDICIÓN RESOLUTORIA

El motivo que ha determinado la voluntad del donante para realizar esta donación es lograr que el bien donado se integre en un patrimonio familiar indisponible, dentro de los límites legalmente permitidos, de forma que se preserve el recuerdo del donante para las generaciones futuras.

Yo, el Notario, instruyo al donante de las limitaciones legales a tales vinculaciones, desde la legislación desamortizadora del siglo XIX.

Por todo ello, y con las limitaciones legales, el donante quiere dejar claramente establecida su voluntad, a fin de que los diversos titulares del bien donado sean conocedores de la misma, y traten de cumplirla de la forma más eficaz que en derecho sea posible:

a) Que es deseo del donante que mientras viva su esposa, no obstante la eficacia real de la donación, su esposa Doña ** pueda servirse del bien donado como lo hacía en vida del donante, rogando al donatario que asista y se asegure de que aquélla tiene bienes bastantes para llevar un régimen de vida análogo al que ha llevado en vida del donante.

b) Que, una vez sea eficaz la presente donación, el donatario hará suyos los frutos y rentas del bien donado, debiéndolos aplicar, en primer lugar, a la formación académica y personal del mismo, de su hermana y de sus respectivos descendientes, y al mantenimiento y conservación del bien donado.

c) El donatario designado deberá asegurar, a su leal saber y

entender, de la forma que en derecho se estime como más eficaz y conveniente, bien estableciendo en su testamento una sustitución fideicomisaria, bien eligiendo cualquier otra forma legal apta para ello, que los bienes donados sean íntegramente transmitidos a su línea matrimonial descendiente, siempre que procedan de la línea de Don **, y con el límite máximo de llamamientos permitidos por la ley, si bien deberá siempre tenerse claro que todos ellos heredarán directamente del donatario, y por su estricta voluntad, y nunca del donante.

Por todo ello, al fallecimiento del donatario, el bien donado en esta escritura deberá pasar íntegramente al que llamaremos fiduciario (primer llamamiento)

PRIMER LLAMAMIENTO (a quien llamaremos FIDUCIARIO): será el hijo matrimonial varón de mayor de edad del donatario, y que pertenezca a la línea de su padre Don **. Si el mayor hijo varón no pudiera o no quisiera aceptar la disposición a su favor, igual derecho pasará a sus hermanos varones, que pertenezca a la línea de su padre Don **, y con preferencia del mayor sobre el menor. Si el designado beneficiario premuriere al hoy donatario, le sustituirá el hermano varón que le siga en orden, y que pertenezca a la línea indicada.

A falta de hijos matrimoniales varones del donatario, pasarán los bienes, de forma íntegra y total, al hijo matrimonial varón de mayor edad de la hermana del donante Doña ** que pertenezca a la línea de su padre Don **. Si el mayor hijo varón no pudiera o no quisiera aceptar la disposición a su favor, igual derecho pasará a sus hermanos varones que sobrevivan al hoy donatario, que pertenezca a la línea de su padre Don **, y con preferencia del mayor sobre el menor.

Si el designado primer beneficiario premuriere al testador le sustituirá el hermano varón que le siga en orden sucesorio, descendiente del mismo padre, y, en defecto de hermanos varones, a la hermana mayor también descendiente del mismo padre.

SEGUNDO LLAMAMIENTO (primer fideicomisario). Una vez producida una primera transmisión, los bienes donados quedarán íntegramente sujetos a ser transmitidos a favor de los hijos matrimoniales del primer beneficiario (fiduciario), siempre que pertenezcan a la línea de Don **, y con idénticas preferencias a las indicadas para la primera transmisión.

TERCER LLAMAMIENTO (segundo fideicomisario). Una vez producida una segunda transmisión, los bienes donados quedarán íntegramente sujetos a ser transmitidos a favor de los hijos matrimoniales del segundo beneficiario (primer fideicomisario), siempre que pertenezcan a la línea de Don **, y con idénticas preferencias a las indicadas para la primera y segunda transmisión.

d) Sería voluntad del hoy donante extender las limitaciones dispositivas más allá del límite legal. Por lo que ruega al último de los beneficiados imponga unas limitaciones similares a las ahora impuestas en el presente instrumento. **e)** Caso de extinguirse la línea recta descendiente de **, el bien donado pasarán al hijo mayor de Don **, con el mismo orden, prioridades y límites establecidos en este instrumento.

IV. Que tienen convenida la donación "mortis causa" del bien descrito en el apartado I de la Exposición, lo cual llevan a efecto por la presente escritura pública, de conformidad a las siguientes,

ESTIPULACIONES

PRIMERA. Don ** **DONA "MORTIS CAUSA"** la totalidad del bien descrito en el apartado I de la Exposición a su sobrino Don **, libre de carga, y con las condición resolutoria que más adelante se expresa.

Esta donación lo será solo en nuda propiedad mientras viva la esposa del donante, ya que Don ** **dona** a su esposa Doña ***, **con igual carácter mortis causa**, el USUFRUCTO VITALICIO de la finca objeto de la presente escritura, con relevación de inventario y fianza, y sin que sea susceptible de ser enajenado por la esposa el usufructo donado.

CARÁCTER "MORTIS CAUSA": Dada la naturaleza de donación "mortis causa":

- a)** No transmite de forma inmediata la propiedad al donatario.
- b)** El donante puede disponer en vida de todo o parte del bien donado, así como dejar sin efecto, en todo o en parte, y en cualquier momento, la donación "mortis causa" efectuada en este instrumento.
- c)** La donación sólo producirá plenos efectos jurídico-reales si fallece el donante sin revocar la presente donación.

EXTENSION OBJETIVA: La donación lo será en el estado que se encuentre al momento de la muerte del donante.

Se hace constar que con la presente donación se incluyen todos los bienes muebles y enseres que en la finca descrita en el apartado I de la Exposición haya propiedad del donante, así como los aperos y materiales de labranza que se encuentren o pertenezcan a la finca para su explotación.

SEGUNDA. CONDICIÓN RESOLUTORIA. La presente donación mortis causa queda sujeta a la condición resolutoria de que el donatario no pueda disponer inter vivos, por ningún título ni causa del bien donado y asegure, utilizando para ello los medios jurídicos que estime más conveniente, el cumplimiento íntegro de la voluntad del donante, expresada en el apartado III de la Exposición.

Se estimará bastante para acreditar el cumplimiento de la condición resolutoria (aunque no sea la única forma de cumplirla), y bastará para su cancelación registral, la introducción en el testamento del donatario de una sustitución fideicomisaria que asegure, hasta el límite legal posible, el efectivo cumplimiento la voluntad del donante, siempre que en la inscripción del bien donado conste reflejada la existencia de la sustitución.

En todo caso, deberá entenderse siempre que el beneficiado en el mismo sucederá "mortis causa" al donatario, y no al donante, por ser introducidas las limitaciones dispositivas por el donatario, cumpliendo así la voluntad del donante.

Caso de incumplirse la condición resolutoria pactada, el bien donado pasará a la hermana del donante Doña **, con igual condición, y, a falta de ésta, al hijo mayor de Don **, con el mismo orden, prioridades y límites establecidos en este instrumento.

TERCERA. Por expresa voluntad el testador los bienes donados al donatario son inembargables, salvo en los supuestos de derecho dispositivo.

No lo serán los frutos y rentas que ello genere.

CUARTO. La esposa del donante Doña **, presente en este acto, acepta la donación mortis causa hecha a su favor del usufructo vitalicio, y manifiesta su expreso consentimiento y plena conformidad con la donación hecha por su esposo a su sobrino ** en este instrumento.

QUINTO. El donatario Don ** acepta desde ahora la donación "mortis causa" llevada a cabo en esta escritura.

SEXTO. Manifiesta el donante que con este acto de disposición no vulnera ningún derecho legitimario, por carecer de éstos, fuera de su esposa aquí compareciente.

SEPTIMO. A los efectos fiscales oportunos se hace constar que la presente donación carece de efectos jurídicos reales hasta el fallecimiento del donante.

Leída...

BIBLIOGRAFÍA

Además de las obras generales, tanto de derecho civil como de donaciones, y de los Comentarios al Código Civil, cabe señalar como más relevantes las siguientes:

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: *Negocios atributivos post mortem*, Editorial CEDECS, 1998.

— "Comentario al artículo 620 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, 2012, p. 4740 y ss.

AMEZCUA ARROYO, Manuel Antonio: "La donación de la propiedad inmueble con reserva de la facultad de disponer", Sevilla, 2006, accesible por Internet y publicado en *Noticias Jurídicas*, febrero 2008.

BIONDI, Biondo: *Sucesión testamentaria y donación*. Bosch, Barcelona, 1960.

BELUCHE RINCÓN, Inés: *La donación mortis causa (desde la prohibición de los pactos sucesorios)*. ADC, LII-3, 1999, pp. 1.057 a 1.108.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO: "La naturaleza de la donación", *Revista Jurídica del Notariado*, número 38, 2001, pp. 84 a 94.

CARPIO MATEOS, Francisco: *Intervivos, mortis causa y post mortem*. Libro homenaje a Antonio HERNÁNDEZ GIL, Volumen III, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pp. 2283 y ss.

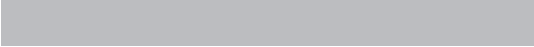
CRISTÓBAL MONTÉS, Ángel: "El principio de la irrevocabilidad de las donaciones", *RGJL*, 1969, pp. 699 y ss.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Manuel: "Donación intervivos, donación mortis causa y donación intervivos con entrega post mortem", *RDP*, número 13, 2004, pp. 131 y ss.

DORAL GARCÍA, José Antonio: "Donaciones mortis causa en el Código Civil y en el Derecho Civil de Navarra". *Revista Jurídica de Navarra*, 1993, pp. 89 a 119.

- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: *La sucesión contractual en el Código Civil*, Universidad de Sevilla, 1999.
- *Donaciones mortis causa. Posibilidades actuales en el Código Civil y propuestas de reforma. Derecho de sucesiones presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, pp. 241 y ss.
- FLORES RODRÍGUEZ, Jesús: "El problema de la admisibilidad de la donación mortis causa como técnica de atribución patrimonial de derechos reales inmobiliarios". *Boletín de Contratación Inmobiliaria El Derecho*, número 13, Editorial El Derecho, 2005.
- FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo: "Sobre una revisión de las donaciones «mortis causa» en nuestro Código Civil". *ADC*, 1951, pp. 1082 a 1095.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel: "La Donación, en Instituciones de Derecho Privado", *Consejo General del Notariado*, Tomo III, 2.º, 2003, p. 623 y ss.
- LUCENA FERNÁNDEZ-REINOSO, Antonio: *La siempre poco clara donación "mortis causa"*. <http://notis.es/la-siempre-poco-clara-donacion-mortis-causa/>
- MANZANO FERNÁNDEZ, María del Mar: *Consideraciones sobre la donación mortis causa en Derecho español*. Libro Homenaje a Don Manuel ALBALADEJO GARCÍA, Tomo II, Colegio de Registradores, 2004, p. 2971 y ss.
- MOZOS, José Luis de los: *La donación en el Código Civil a través de la jurisprudencia*, DYKINSON, 2000.
- OBARRIO, Juan Alfredo: "La doctrina medieval de la donatio mortis causa y su recepción en la Corona de Aragón". *Anuario da Facultade de Dereito*, pp. 521 a 534.
- ORTEGA PARDO, Gregorio J.: "Donaciones indirectas", *ADC*, 1949, páginas 918 y ss.
- PORRAS IBÁÑEZ, Pedro: "Donaciones y disposiciones testamentarias (Lo que dice el artículo 620 del Código civil)", *RCDI* número 438, 1964, pp. 764 y ss.
- ROCA SASTRE, Ramón María: "La donación «mortis causa»". *Estudios de Derecho privado*, Tomo I, pp. 563 a 576.
- PARRA JIMÉNEZ, José: "De nuevo sobre la donación mortis causa y el Código Civil". *RCDI* 1952, pp. 185 y ss.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: "La donación «mortis causa» en el Código Civil español", *AAMN*, Tomo V. 1950.
- "La donación «mortis causa» y el Código Civil", *RCDI*, 1952, páginas
- *Estudios sobre donaciones*. Madrid, 1978.
- *Panorama del Derecho de Sucesiones, I. Fundamentos*, 1982, pp. 991 y ss.

**DICTAMINA,
QUE ALGO QUEDA**



DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Víctor Manuel Garrido de Palma

Ante todo, mis consideraciones sobre las cuestiones problemáticas que en el dictamen del núm. 84 de la Revista se han planteado.

Primero.– En la actualidad ya no suele ser problemático el supuesto de hecho aquí expuesto: el carácter privativo del precio o... del bien adquirido deberá justificarse mediante prueba documental pública, dice el art. 95.2 del R. Hipotecario, y la Resolución de 12-junio-2013 (BOE, 12-julio-2013) considera, como siempre lo ha hecho la DGRN, que “hay que acreditar de forma indubitada que el metálico invertido es justo el mismo que había adquirido anteriormente con igual carácter el cónyuge adquirente y que integraba su peculio privativo... Fuera del proceso la exigencia del RH se viene entendiendo como la necesidad de que sea directamente la fe notarial –y no tanto las manifestaciones de parte interesadas plasmadas en soporte documental público– las que amparen la privatividad del precio invertido. En otro caso, la presunción de ganancialidad proyecta tabularmente sus efectos, hasta su impugnación judicial...”

Ahora bien, la Resolución –desestimatoria del Recurso– interesa hoy por hoy por lo que dice a continuación ya que implica un enfoque digno de tener en cuenta dado que, si bien está en línea con el criterio doctrinal que considero acertado, el refrendo que supone lo que resumo ahora es apreciable: “puede acceder al Registro el carácter privativo de la cuota indivisa del bien adquirido si se tiene en cuenta el carácter de la otra cuota indivisa adquirida previamente por herencia; de ésta deriva el derecho a la adquisición que nos ocupa, lo que se produce como la natural consecuencia del desenvolvimiento del derecho de cuota. Criterio que se fundamenta y apoya en la dicción y espíritu del apartado 4.º de los arts. 1346 y 1347 (derecho de retracto) o del art. 1352 (las nuevas acciones u otros títulos o par-

ticipaciones sociales...). Todo ello sin perjuicio del correspondiente reembolso a cargo del patrimonio favorecido (art. 1358 C. C.)

Y la doctrina –termina diciendo la Resolución– lo extiende a todo supuesto de adquisición preferente, y de adquisición que se derive de una previa titularidad”.

Segundo.– El supuesto planteado ha dado lugar a la Resolución de 19-junio-2013 (BOE del 29-julio-2013).

Merece la pena su lectura atenta y también el estudio que sobre la problemática y en base a lo resuelto por la DGRN en el supuesto planteado, se contiene en este Número de la Revista. Su autor, Domingo Irurzun Goicoa.

Tercero.– La renuncia de los derechos por su titular es posible, es válida –dice el art. 6.1 C. Civil– si no contraría el interés o el orden público ni perjudica a terceros.

¿Quid iuris si el propietario renuncia a su derecho de dominio sobre su piso o local comercial en régimen de propiedad horizontal? La Resolución de 30-agosto-2013 (BOE del 4-octubre-2013) aborda la cuestión para –ante la actual crisis con una persistente deflación de precios en el mercado inmobiliario, no hay que descartar que se den abandonos o renunciaciones como la presente en la medida que los gastos de mantenimiento puedan llevar a que el propietario quiera, con la renuncia, desplazar a la comunidad los gastos comunes atribuibles a su propiedad concreta– llegar a unas conclusiones que resumidamente expongo.

1. En caso de renuncia de un dueño, el dominio del piso o local acrece a los demás en proporción a sus cuotas en el edificio; ello en la forma prevenida en el art. 4.2 de la Ley P. H.: a nombre de todos los propietarios del inmueble, en proindiviso ordinario.
2. Pero no puede ser automática la renuncia en el asunto planteado: los demás propietarios pueden oponerse. Por aplicación de los principios que se extraen de preceptos legales existentes en la regulación de la sociedad civil –art. 1706– si el renunciante intenta apropiarse beneficios o trata de desplazar gastos comunes, actúa de mala fe cuando la contraprestación no cubre los presumibles gastos futuros (o incluso pasados, conforme a la interpretación doctrinal del art. 395, que en

sede de comunidad de bienes contempla una renuncia funcionalmente equivalente a la que existe en el supuesto real planteado). Aquí la DGRN acude –respecto al art. 1706 citado– a su aplicación por analogía, integrando la comunidad existente en la propiedad horizontal con las normas propias de la sociedad civil, que es –dice– en estos aspectos, el contrato más próximo (cfr. Art. 4.1 Código Civil)

3. La renuncia es válida y por ello no es necesario que al inscribirla se inscriba simultáneamente una nueva titularidad, como califica el registrador, pero la renuncia aquí perjudica a terceros; a terceros –dice– que no son jurídicamente extraños sino terceros jurídicamente interesados, por lo que se impone la necesidad para que la renuncia se inscriba, del consentimiento de todos ellos. Procede por tanto aplicar los arts. 1705 y 1706 del C. Civil y la solución que la doctrina mayoritaria ha seguido para hacer constar la renuncia en el Registro Mercantil (consentimiento de los demás copartícipes, en sede de sociedades colectivas; hoy, compr. art.239.2 Reglamento R. M. actual).

Lo expuesto sin perjuicio –termina diciendo la Resolución– de que si el renunciante no obtiene el consentimiento o se produce oposición de los demás propietarios, por sentencia que declare legítima la renuncia, logre así por tanto título bastante para la inscripción.

Ante lo expuesto cabe afirmar que en el supuesto de hecho que ha dado lugar a la Resolución extractada, la DGRN acude a una fundamentación –que puede compartirse en todo o en parte con otros argumentos jurídicos– que logra armonizar los distintos intereses en conflicto, dadas las complejas relaciones jurídicas existentes en la propiedad horizontal.

Cuarto.– He incluido en el dictamen esta cuestión problemática tanto por su interés práctico como porque la Resolución de 12-julio-2013 (BOE del 24 de septiembre de 2013) que la aborda, lo hace con un enfoque peculiar en comparación con resoluciones anteriores. Aunque la citada contiene un supuesto de hecho más amplio, me ciño a la controversia que he plasmado en el dictamen. Dice así la Resolución:

Ciertamente el Código Civil establece normas imperativas para la disposición de bienes de menores (artículo 166 y concordantes del

Código Civil). También la legítima es materia indisponible, tanto en su aspecto cualitativo como cuantitativo, salvo los supuestos expresamente contemplados en la ley (artículos 820.3; 841, 1056.2, 823 todos ellos del Código Civil). Ambas regulaciones, interpretadas conjuntamente, han motivado una interpretación restrictiva del artículo 164 del Código Civil, que establece los casos en los que los bienes relictos quedan exceptuados de la administración paterna, incluyendo en primer lugar "1.º Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa". Añadiendo que "se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos".

Lo que no cabe es que el régimen de administración dispuesto por el causante, que tenderá a ser amplio y dinámico, pueda incidir en la modificación de las reglas dispositivas de los bienes de menores, y en la prohibición de gravamen, cualitativo y cuantitativo, sobre la legítima de un menor.

Podría considerarse en aras al respeto de la voluntad del difunto, en la que se incluye su libertad para configurar como tuviera a bien su sucesión, que un heredero voluntario –no legitimario– menor de edad podría ser adjudicatario de bienes con sometimiento a un régimen de administración para el que prevea la exclusión de autorización judicial, como permite expresamente la legislación navarra y catalana (en la que, recordemos, no existe legítima material). Si el causante puede no dejar nada al heredero, también podrá dejarle bienes sujetos a administración especial. Para ello siempre será necesario que el menor no haya de responder de cargas o gravámenes que empeoren su situación patrimonial preexistente, ya que en tal caso no estaríamos ante una atribución gratuita.

Por tanto, tratándose de bienes de los que libremente pudiera disponer el testador, podría aceptarse una administración especial si se cumplen determinados requisitos derivados de una interpretación sistemática de las normas civiles. Primero, la de establecerse una correcta separación entre el patrimonio administrado y el restante del menor, para lo cual, debe concurrir el efecto legal del beneficio de inventario (artículos 1.010, 1.060, 166, 996 todos ellos del Código Civil) que impida la contaminación por deudas del causante sobre el patrimonio preexistente o posterior al óbito, del menor. Debe realizarse una detallada relación de los bienes sujetos a administración y del régimen previsto por el causante (*vid.* Resolución

de este Centro Directivo de 18 de febrero de 2013). Además el heredero menor de edad deberá estar correctamente representado en la aceptación y adjudicación por sus representantes legales, y en su caso por el defensor judicial cuando por haber conflicto de intereses fuera necesario.

Sin embargo el régimen de administración legal no se puede alterar cuando se trata de bienes que integran la legítima del menor de edad, dada su intangibilidad. Con relación a ella las reglas de administración y disposición de los bienes del menor son indisponibles.

En definitiva, en Derecho común puede establecerse un régimen sucesorio de atribución de bienes a favor de un heredero menor de edad, no legitimario, en el que los bienes legados o adjudicados –o en su caso donados– estén en administración separada, con las debidas cautelas, pero no cuando el menor es legitimario y están sin concretar los bienes que se le adjudican libres de cargas en pago de la legítima como ocurre en el presente supuesto.

Quinto.– La registradora afirma en su nota que la cláusula 3.ª... de esta escritura parece encubrir una venta en garantía.

Esto constituye el inicio de lo que la Resolución de 5-septiembre-2013 (BOE del 4-octubre-2013) va a decir a continuación y que transcribo, ya que –a mi entender– viene a perfilar una postura definida, (teniendo en cuenta desde luego lo que se deduce de los hechos y vicisitudes acaecidas en la realidad del supuesto planteado), acerca de cuándo cabe considerar o no la existencia de pacto comisorio. Dice así:

Ciertamente, el Código Civil siguiendo el ejemplo del Derecho Romano, rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud, el acreedor, en caso de incumplimiento de su crédito, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor (Resolución de 20 de julio de 2012, que reitera otras muchas anteriores como las de 10 de junio de 1986, 29 de septiembre de 1987, 5 de mayo y 22 de septiembre de 1992, 30 de septiembre de 1998 y 26 de noviembre de 2008). La prohibición del comiso, es imperativa y de orden público (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 abril 2001), considerándose comúnmente que tiene un doble fundamento, que gira en torno a la exigencia de conmutatividad de los contratos. En primer lugar se destaca que su *ratio* descansa en el riesgo de que, dadas las presiones a las que se puede someter al

deudor necesitado de crédito al tiempo de su concesión, las cosas ofrecidas en garantía reciban una valoración muy inferior a la real, o que, en todo caso, tengan un valor superior al de la obligación garantizada. Se trata en definitiva de impedir que el acreedor se enriquezca injustificadamente a costa del deudor y que éste sufra un perjuicio desproporcionado. También se ha fundamentado la prohibición en la necesidad de observancia de los procedimientos de ejecución, que al tiempo que permiten al acreedor ejercitar su "ius distraendi", protegen al deudor al asegurar la obtención del mejor precio de venta. Asimismo, el pacto de comiso plantea problemas respecto a posibles titulares de asientos posteriores, que no se dan en caso de ejercicio del "ius distraendi", en que está prevista la suerte de los mismos.

Dentro del ámbito de la prohibición, el Tribunal Supremo ha incluido en repetidas ocasiones el negocio de transmisión de propiedad en función de garantía, articulada a través de un medio indirecto consistente en la instrumentación de una compraventa simulada (cfr. Sentencias de 2 de junio de 1982, 12 y 25 de febrero y 8 de marzo de 1988, 7 de marzo de 1990, 13 de marzo de 1995 y 15 de junio de 1999, entre otras).

También este Centro Directivo ha señalado que no ha de valorarse fraccionadamente la total operación realizada, sino de un modo global en coherencia con su carácter unitario, con la íntima vinculación e integración de sus determinaciones, y en función de la efectiva finalidad práctica perseguida, que revela suficientemente que la verdadera voluntad de las partes no es provocar una transmisión dominical actual y definitiva, sino una transmisión provisional y cautelar a consolidar en caso de incumplimiento de una obligación (cfr. Resolución de 5 de junio de 1991).

Ahora bien no puede presumirse que el hecho de que se pacte un negocio complejo en el que tras la dación en pago se otorgue al cedente la posibilidad de recuperar la finca implique por si solo la simulación de la transmisión.

La dación en pago es una categoría contractual que está ampliamente admitida por la jurisprudencia y por la práctica jurídica. Nuestro Alto Tribunal, viene estableciendo una constante doctrina que se concreta en los siguientes postulados: a) "que la *datio pro soluto*, significativa de adjudicación del pago de las deudas... se trata de un acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de

su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en el contrato de compraventa" (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1989); b) En cuanto a su régimen jurídico "bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta, ya se configure como novación o como acto complejo (...) ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa, al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal cesión se extingue la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen en adjudicación en pago de deudas" (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1989); y c) Por su parte, esta aplicación analógica de las normas reguladoras del contrato de compraventa a la dación en pago, "determina que el crédito que se extingue con la adjudicación de los bienes, sea un crédito cierto, lo que implica su concreta determinación bien sea en el contrato o posteriormente de acuerdo con los criterios en él establecidos pero sin que sea preciso un nuevo convenio entre las partes para esa determinación". Se configura así como "elemento esencial" configurador de este contrato la concurrencia de un crédito, que se extingue con la adjudicación de los bienes, que ha de ser "un crédito cierto", lo que implica su concreta determinación: "crédito líquido que sirva de contraprestación a la entrega o adjudicación de bienes hecha con la finalidad de extinguir aquél" (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1996).

En consecuencia el comiso prohibido, es el que se conviene "ex ante" o con carácter simultáneo. La *ratio* de la prohibición no es sino asegurar, en los términos vistos, la conmutatividad del contrato, protegiendo al deudor ante los posibles abusos del acreedor, que se prevalece de la necesidad de crédito que tiene el deudor, y el perjuicio que para el deudor se derivaría de la eventual diferencia entre el importe de la deuda y el valor actualizado del bien objeto de la garantía al tiempo en que es susceptible de ejecución. De ahí que la necesidad de desactivar el pacto cuando más se pone de relieve es cuando nace coetáneamente con la obligación a cuya suerte se liga su efectividad la dación en pago.

En el caso que nos ocupa, la deuda es anterior, está documentada en instrumento público, el medio de entrega de la deuda es un cheque bancario incorporado a dicho documento, y el plazo de devolución se ha cumplido, en consecuencia la deuda ha devenido líquida

y exigible. Partiendo de este antecedente no cabe suponer que la dación efectuada tenga otra finalidad que la solutoria. La finca no permanece, como en las transmisiones simuladas, suspensivamente en el patrimonio del deudor "enajenante", que puede recuperar la finca mediante el pago de la obligación, si no que se ha producido una transmisión plena. A esto no obsta que se pacte un derecho de compra a favor del cedente, que constituye así mismo un pacto legal, derecho que por otra parte no ha sido ejercitado, por lo que se ha consolidado la transmisión. Por lo tanto el pacto de compra resulta inscribible.

y Sexto.– Al supuesto problemático se enfrenta la DGRN y la Resolución de 3-junio-2013 (BOE del 5-julio-2013) confirma la calificación impugnada.

La fundamentación jurídica es digna de consideración. Tanto respecto al defecto primero como en cuanto al segundo.

Respecto al segundo la argumentación jurídica es extensa, sin duda por estimarse que la decisión necesita sólida base. ¿Lo consigue? De exagerada, de rígida se ha podido tachar la postura que la DGRN aquí adopta y es que el art. 220 Reglamento RM de 1996 –hoy todavía en vigor– exceptúa de la publicidad cuestionada el supuesto del "acuerdo de transformación adoptado con el voto favorable de todos los socios" (apartado 1, 1.º). Transcribo la Resolución citada.

Según el primero de los defectos impugnados, afirma el registrador que la disposición estatutaria transcrita sobre determinación del valor real de las participaciones sociales en caso de transmisión voluntaria *inter vivos* no se ajusta a lo establecido en el artículo 107.3 de la Ley de Sociedades de Capital.

El recurrente se limita a manifestar que la escritura calificada es de transformación social y no de transmisión.

El criterio del registrador debe ser confirmado, pues resulta evidente que al calificar los estatutos sociales de la sociedad transformada debe comprobar que se cumplen las normas prohibitivas que sean aplicables y entre éstas figura, indudablemente, el precepto legal citado en la calificación, según el cual en los estatutos no podrá atribuirse al auditor de cuentas de la sociedad la fijación del valor que tuviera que determinarse en caso de transmisión voluntaria por actos *inter vivos*. Esta norma tiene su antecedente en la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema

Financiero, cuya disposición adicional décima, apartado uno, modificó el artículo 29.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada para establecer que en supuestos como el ahora debatido el valor razonable de las participaciones sociales habría de ser fijado, no por “el auditor de cuentas de la sociedad” –al que se refería tal precepto antes de la reforma– sino por “un auditor de cuentas, distinto al auditor de la sociedad”. De este modo se pretende asegurar que el sistema de valoración de las participaciones sociales responda de modo patente e inequívoco a las exigencias legales de imparcialidad y objetividad, y garantice debidamente la adecuación de sus resultados al valor razonable del bien transmitido (cfr., entre las más recientes, las Resoluciones de 2 de noviembre de 2010, 19 de agosto de 2011 y 28 de enero de 2012).

Según el segundo de los defectos “Falta cumplir con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, en relación a la publicación del acuerdo de transformación”.

Por lo que se refiere al fondo del asunto, tiene razón el recurrente cuando afirma que la publicación del acuerdo de transformación o la comunicación individual del mismo no es necesaria respecto de los socios, toda vez que ha sido adoptado por unanimidad de todos los accionistas en junta universal. Pero en cuanto a los acreedores sociales y, de existir, los titulares de derechos especiales debe reiterarse la doctrina sentada por este Centro Directivo en la Resolución de 6 de julio de 2012, como se detalla a continuación.

Tanto la Ley de Sociedades de Capital como la Ley de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles, en atención a la tutela del derecho de los acreedores de la sociedad que adopta un determinado acuerdo social inscribible, impone a ésta ciertos deberes de publicación legal del hecho mismo de la adopción del acuerdo y de su contenido. Lo de menos es el mecanismo, sistema o técnica de difusión de la información y si, en caso de pluralidad de técnicas de difusión pública, éstas son de exigibilidad concurrente o subsidiarias unas de otras: publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, en uno o en varios diarios, en la página web de la sociedad...

En ciertos supuestos, la publicación se inserta en un mecanismo de “protección fuerte” del acreedor en que la difusión a los terceros de la información que a ellos les interesa y relativa a la adopción de ciertos acuerdos especialmente trascendentes se incardina o queda

embebida en el reconocimiento por Ley en su favor de un derecho de oposición, tal y como ocurre en los casos de fusión (artículo 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales), escisión (artículos 73 y 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales), cesión global del activo y del pasivo (artículo 88 de la Ley de Modificaciones Estructurales), traslado internacional del domicilio social (artículo 100 de la Ley de Modificaciones Estructurales), reducción de capital social en sociedades anónimas (artículo 334 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital) o reactivación de sociedad disuelta no liquidada (artículo 370.4 de la Ley de Sociedades de Capital). Ni que decirse tiene que en estos casos de «protección fuerte» la acreditación de la publicación, en cuanto toca a la regularidad y válido reconocimiento del derecho se sujeta al juicio calificador del registrador Mercantil conforme a las reglas ordinarias, cuyo contraste en juicio de legalidad nadie discute en la doctrina. No en vano, el registrador deberá contrastar si el acuerdo es válido ex artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil.

En otros casos, la publicación en interés de acreedores surte los efectos de “mera publicidad-noticia” cuando el legislador, por las razones que sean, considera conveniente ampliar los instrumentos de publicidad legal en tutela del derecho a ser informados de los acreedores y en atención a la trascendencia del acuerdo social en cuestión, aunque estemos ante mecanismos de “protección débil” sin reconocimiento del derecho de oposición. El juicio de relevancia corresponde al legislador. Tradicionalmente, ciertas modificaciones especialmente relevantes para el tráfico empresarial como son los cambios de denominación, domicilio u objeto social han debido ser publicadas en “Borme”, diarios o web corporativa (*vid.* artículo 150 de la Ley de Sociedades Anónimas y artículo 289 de la Ley de Sociedades de Capital actualmente derogado por la Ley 25/2011, de 1 de agosto) y lo mismo ocurre –u ocurría– en otros supuestos como son todavía los acuerdos de reducción de capital social, en todo caso y aunque no entrañen el reconocimiento del derecho de oposición (artículo 165 de la Ley de Sociedades Anónimas y 319 de la Ley de Sociedades de Capital); anteriormente, la disolución de la sociedad (artículo 263 de la Ley de Sociedades Anónimas y 369 de la Ley de Sociedades de Capital) o la información del estado de la liquidación (artículo 273 de la Ley de Sociedades Anónimas y 388 de la Ley de Sociedades de Capital) o, todavía, la misma transformación de la

sociedad (artículo 224.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y artículos 14 y 16 Ley de Modificaciones Estructurales). En tales casos, el registrador deberá controlar si queda acreditado el cumplimiento del requisito de la publicación cuando el legislador estime que dicha acreditación se establece como requisito de la escritura o se trata de un dato que necesariamente haya de constar en el asiento; y con independencia de que la eventual omisión sea o no un vicio invalidante del acuerdo. No en vano, el registrador no debe limitar su calificación a controlar la posible presencia de vicios invalidantes de los acuerdos inscribibles sino que “apreciará la omisión o la expresión sin claridad suficiente de cualquiera de las circunstancias que necesariamente deba contener la inscripción o que, aun no debiendo constar en ésta, hayan de ser calificadas” como nos dice elegantemente el artículo 58.2 in fine del Reglamento del Registro Mercantil. No puede inferirse, desde luego, de la regulación sustantiva de sociedades y de la de modificaciones estructurales una regla interpretativa según la cual las publicaciones legales de acuerdos sociales en que no se reconozca un derecho de oposición de acreedores pueden ser dispensadas cuando se adoptaran decisiones sociales por unanimidad de todos los socios. Así, por ejemplo, este Centro Directivo tiene desde siempre establecido que deberán publicarse los anuncios del reducción de capital social en anónimas aunque la reducción sea de las que no conceden derecho de oposición como acontece en las nominales o por pérdidas (*vid.* Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 julio de 1995, 3 de septiembre y 30 de octubre de 1998, 18 de mayo y 30 julio de 2001, 14 de marzo de 2005).

Con independencia de que, como regla general, el acreedor no tenga derecho de oposición en los casos de transformación de sociedades mercantiles (salvo que queden embebidas en la transformación ciertas modificaciones estatutarias que exigen su reconocimiento; *vid.* artículo 17.2 de la Ley de Modificaciones Estructurales en relación con los artículos y supuestos enumerados anteriormente) y de que, en sede de principio, su posición haya de quedar incólume tras la ejecución del acuerdo (cfr. artículos 3 y 21), es obvio que el legislador considera el cambio de forma jurídica, en lo que supone la mutación del estatuto societario para los derechos del tercero, como un asunto de especial relevancia. No en vano, por citar un ejemplo paradigmático, la transformación de anónima en limitada

priva al acreedor por regla general del derecho de oposición en la reducción de capital social subsiguiente por citar un solo ejemplo o determina la sujeción a diferente régimen jurídico de todo lo relativo a la autocartera etc. Basta contrastar el tenor literal de los artículos 14 y 16 de la Ley de Modificaciones Estructurales con lo previsto en su día en el artículo correspondiente de la Ley de Sociedades Anónimas anterior (artículo 224.2 de la Ley de Sociedades Anónimas) para percatarse que el legislador de la reforma en materia de modificaciones estructurales ha contemplado en sede de difusión pública de la información sobre la transformación no sólo el derecho de los socios sino, también, el de los titulares de derechos especiales y el de los acreedores cuando disciplina la publicación del acuerdo de transformación.

¿Y ahora el nuevo DICTAMEN? No exactamente. Terminada la oposición de Valencia (felicidades a los aprobados, ánimos para los que perseveran), hago un alto en el camino. Solo recomiendo que el supuesto de hecho que planteo en el estudio que aparece en el presente número de la Revista acerca del cambio generacional en la empresa familiar (epígrafe VII) constituya el del dictamen (o minidictamen) aquí y ahora, de modo que lo comentaré, D. m., en el número de la Revista siguiente.

"victor@garridodepalma.es"

RECENSIONES



LA OCUPACIÓN EXPLICADA CON EJEMPLOS

José Luis Moreu Ballonga

Vol. de 319 pp.

Editorial Reus

Colección Monografías

Madrid, 2013

José María de la Cuesta Saenz

Notario

La monografía de referencia, obra de un civilista de sobra conocido por sus muy destacadas aportaciones, especialmente en materia de derechos reales, es un retorno del autor al tema que fue objeto de su tesis doctoral (*Ocupación, hallazgo y tesoro*, ed. Bosch, Barcelona, 1980), dirigida por el llorado Profesor José Luis LACRUZ BERDEJO, a cuya memoria y a la de sus propios progenitores dedica el autor su trabajo.

Como explica el propio autor en el prólogo, no es su primer retorno al tema de su tesis doctoral, que se produjo precisamente en el Libro Homenaje al Profesor LACRUZ BERDEJO publicado en el año 1992, pero se trata ahora de un trabajo muy renovado y ampliado, que puede calificarse como una aproximación definitiva de su autor, desde el punto de vista ahora de un investigador conspicuo y de un consumado docente.

La visión renovada de la ocupación que el autor ofreció a los lectores hace más de treinta años, se reafirma a lo largo de los veinte ejemplos de ocupación, que resultan casi tan amenos como los *enxiemplos* del Conde Lucanor, pese a su profunda carga doctrinal. Y es que la ocupación es una figura jurídica de altísimo valor formativo, a la que el autor expresa su agradecimiento como investigador que se inició a través de ella, mostrando su aptitud para el desarrollo de la más rica actividad interpretativa de normas que puede imaginarse.

De los veinte ejemplos que el autor propone, algunos pueden calificarse de académicos, sin connotación peyorativa alguna, pero la mayor parte de ellos proceden de las abundantes resoluciones jurisprudenciales que continúan recayendo sobre la ocupación, el hallazgo y el tesoro, hasta el punto de que el ejemplo número 14, que versa sobre la ocupación de un ciervo amansado, nos demuestra cuán fina es la línea divisoria que separa lo real-jurisdiccional de lo imaginario-académico.

Otra nota destacable de los veinte ejemplos propuestos, es su extraordinaria variedad, puesto que además de bienes muebles que se asocian en la mente del jurista como los más propios objetos posibles de ocupación (bienes muebles abandonados, objetos perdidos, tan peculiares incluso como los títulos valores, o la más compleja figura del tesoro oculto), se proponen ejemplos referidos a bienes inmuebles (montes, aguas superficiales y aguas subterráneas).

No menos llamativo resulta el que algunos de los ejemplos propuestos, permitan no sólo contemplar la aplicación jurisprudencial de los artículos 609 y siguientes del Código civil y de numerosas leyes especiales, sino también, por desgracia, comprobar cómo la actividad legislativa de los últimos treinta años ha modificado muchas reglas en materia de ocupación –que se muestra una materia viva y no una noción *sub specie aeternitatis* aparentemente intemporal– en sentidos no siempre respetuosos de la coherencia y claridad que son inexcusables compañeras de la justicia. Leyes como la vigente Ley de Aguas y sus modificaciones, especialmente desacertada en materia de aguas subterráneas, o la Ley de Patrimonio Histórico (de gran incidencia en la regulación del tesoro oculto), o la misma Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, por no hablar del cúmulo de leyes autonómicas de caza y pesca, ofrecen muestras de un quehacer legislativo que el autor critica con toda justicia. Baste como ejemplo de tal actitud crítica muy de agradecer en los tiempos que corren, el juicio que merece al autor el tratamiento de los bienes mostrencos en la vigente Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas que tilda de “mala reforma legal, como tantas otras que se han producido en las últimas décadas cuando juristas solo con formación administrativista se atreven a legislar sobre asuntos de enjundia civil y complejos, que suelen tener una historia detrás que hay que conocer para legislar competentemente”.

Así explica el autor con unas pocas palabras el pecado original de algunas leyes especiales relativamente recientes que afectan a las consecuencias jurídicas de la ocupación. Lástima que tan preciso y conciso diagnóstico del mal que aqueja a muchas de nuestras leyes resulte cada vez más difícil de aplicar a la actividad legislativa, porque resulta una grave amenaza para el jurista y para el ciudadano la pérdida de calidad de las fuentes.

Tampoco ahorra el autor algunos comentarios sobre las resoluciones judiciales, cuya parquedad en la exposición de sus antecedentes de hecho, hace muy difícil que cumplan la función de complemento del ordenamiento jurídico, toda vez que su aplicación, necesariamente analógica, requiere un conocimiento lo más exhaustivo posible del supuesto de hecho que genera un posicionamiento jurisprudencial.

En fin, de todo lo expuesto se puede deducir que estamos ante una obra del máximo interés para el jurista teórico, para el docente y también para el operador jurídico interesado en perfeccionar sus herramientas interpretativas. A tales efectos la ocupación brinda un punto de observación, una ventana diríamos, que lejos de resultar angosta, permite una visión amplia de un panorama normativo dinámico y necesitado de criterios históricos y

sistemáticos de interpretación que permitan combatir los resultados absurdos o arbitrarios que de otro modo pueden acechar al intérprete. Y, ciertamente, no cabe mayor elogio para una obra como la que nos ocupa, que propone al lector soluciones muy meditadas a una amplia serie de problemas jurídicos.

LA MEDIACIÓN FAMILIAR Y SU REFLEJO EN LA LEY 9/2011, DE 24 DE MARZO, DE MEDIACIÓN FAMILIAR DE ARAGÓN

M.^a Rosa Gutiérrez Sanz

Ed. El Justicia de Aragón

Diciembre 2012

240 Pp.

Dr. D. Juan Antonio Robles Garzón

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Málaga
y Director de Mediación Civil y Mercantil de la Universidad
de Málaga

La doctora María Rosa GUTIÉRREZ SANZ, profesora titular de Derecho procesal en la Universidad de Zaragoza y Máster en Resolución Internacional de Conflictos, es autora de numerosas publicaciones dedicadas precisamente a las fórmulas de resolución de conflictos extrajudiciales. En su persona se une la capacidad para llevar a cabo una labor de análisis doctrinal y aplicar así mismo la experiencia acumulada desde 2004 como árbitro y como mediadora.

La obra objeto de nuestra recensión está dedicada a una institución, la mediación familiar, que se ha convertido en las últimas décadas en la apuesta del legislador para resolver situaciones conflictivas tan complejas como habituales. No cabe duda de que nos encontramos ante hostilidades que tienen unos matices muy especiales porque los factores que intervienen en los conflictos familiares son propios y exclusivos de este tipo de realidad: los sentimientos, los patrimonios cuyo contenido emocional es, en muchas ocasiones, superior al puramente económico, el ansia de revancha que subyace al enfrentamiento, la existencia de menores que son las víctimas de las circunstancias...

Desde el inicio, la autora afirma que la mediación no es una panacea, que no estamos ante el remedio adecuado para resolver cualquier situación de crisis y eso es lo que en la actualidad parece que se considera. No lo es, ni siquiera para esta materia, la familiar, donde debemos reconocer que supone un complemento, un instrumento fundamental y muy positivo para al menos intentar paliar los efectos de los conflictos que surgen en el ámbito de la familia. La mediación es la mejor alternativa entre las alternativas imperfectas, porque cuando las parejas se separan o se divorcian pretenden

encontrar derechos, justicia, equidad, en definitiva, esperan de la ruptura lo que no fueron capaces de encontrar en su matrimonio.

Con todo, GUTIÉRREZ SANZ afirma que la mediación familiar no debe considerarse simplemente como una alternativa al proceso, como un simple método de resolución de conflictos; se trata de un procedimiento por el cual las personas asumen una responsabilidad en la resolución de sus conflictos, un protagonismo que les niega el proceso judicial que se ha revelado como inadecuado para resolver ciertos conflictos y desde luego los familiares.

En la primera década del siglo *xxi* se han integrado en nuestro ordenamiento, un buen número de leyes de rango autonómico que tratan, mejor que regulan, la mediación en el ámbito familiar. La Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón completa la docena de leyes autonómicas.

A partir de la Recomendación del Consejo de Europa de 21 de enero de 1998 [núm. R (98) 1] sobre la mediación familiar, el desarrollo normativo de la mediación ha proliferado satisfactoriamente. Asistimos a un tratamiento bastante homogéneo al menos en lo concerniente a sus principios básicos y que convergen con los principios que llamamos naturales del proceso (igualdad, audiencia, etc) y se despegan en otros en virtud del antiformalismo que rige en el proceso mediador.

El ámbito territorial de aplicación de la ley aragonesa es claro: aquellas mediaciones familiares que se desarrollen en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Aragón por mediadores familiares designados desde el departamento competente en mediación familiar de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, y siempre que una de las partes tenga residencia efectiva en Aragón, lo cual no es la vecindad aragonesa.

La autora en su análisis de la institución, parte de encuadrar el papel de la mediación en nuestra sociedad, resaltando los ventajas y las desventajas que este sistema comporta, y ubica la Ley aragonesa dentro del Marco legislativo actual sobre mediación, repasando tanto la normativa europea y la estatal.

El estudio de la Ley de Mediación familiar aragonesa, está dividido en seis grandes apartados: el concepto de mediación familiar en la Ley de Mediación Familiar Aragonesa, el objeto de la mediación en la ley aragonesa., los principios del procedimiento de mediación en la ley aragonesa, el desarrollo de la mediación familiar en la Ley de Mediación Aragonesa, por último la figura del mediador familiar en la Ley.

La autora aborda en el Capítulo 3 la tarea de delimitar el concepto de mediación familiar. En prácticamente todas las leyes autonómicas, y la aragonesa no es una excepción, el concepto de mediación familiar se comparte con otras cuestiones como el objeto o la finalidad del propio proceso de mediación familiar.

De esta forma en la Ley de Mediación Aragonesa se parte de un criterio finalista, esto es, se parte de preguntar qué es lo que se persigue con la mediación.

La autora, cuestiona hasta que punto la mediación familiar debe o no ser entendida como fórmula de resolución de conflictos. Desde luego la

ley aragonesa lo entiende como tal cuando, en la Exposición de Motivos, establece que *La presente Ley regula la mediación familiar como procedimiento de resolución extrajudicial de los conflictos que se plantean en el ámbito familiar... se han instrumentado en los últimos tiempos mecanismos alternativos a la resolución de conflictos por la vía judicial, como el de la mediación.*

Desde luego, los mediadores con una formación jurídica tienden a considerar que la mediación familiar es una fórmula mediante la cual se trata de acabar con una disputa, pero los mediadores procedentes de la psicología o la terapia, definirán la mediación como un proceso de gestión del conflicto y no como fórmula de resolución de disputas.

Con esta base la autora expone dos de las principales corrientes de mediación. Una primera que es la corriente transformadora y la segunda a la que llamamos de resolución de problemas o de satisfacción.

GUTIÉRREZ SANZ se plantea ante qué corriente estamos cuando analizamos la ley autonómica aragonesa, para al fin afirmar que no debemos perder de vista la realidad, lo que en la práctica los profesionales pueden llevar a cabo en su afán diario. Los condicionantes del proceso mediador regulado, tanto de carácter temporal como de carácter personal, no parecen dejarnos grandes alternativas. La actividad mediadora que el legislador diseña prioriza, sin lugar a dudas, el objetivo de alcanzar un acuerdo frente a objetivos sin duda más trascendentes para el ser humano como la búsqueda de la autovaloración, la seguridad, autodeterminación y la autonomía.

Destaca no obstante, de esta ley, que el legislador autonómico alude a la "prevención" como objetivo a conseguir mediante la mediación. (art. 2 y art. 17.c) lo cual la diferencia de otras leyes, donde la función preventiva no se encuentra presente.

El Capítulo 4 está dedicado a la determinación de cuál es el objeto de la mediación en la ley aragonesa.

Como la Exposición de Motivos apunta, en esta Ley de mediación tiene una especial incidencia lo previsto en la Ley 2/2010, de 26 de mayo que regula la igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. En el art. 4 de esta norma se establecía que los progenitores podrían someter sus discrepancias a mediación familiar con carácter previo al ejercicio de acciones judiciales. Para regular temporalmente un sistema que facilitara a las partes la consecución de acuerdos en el ámbito de las rupturas familiares, la disposición transitoria segunda de la citada Ley 2/2010 establecía un régimen provisional de mediación familiar hasta la entrada en vigor de la Ley de Mediación Familiar y definía la mediación familiar como un servicio especializado consistente en un procedimiento extrajudicial y voluntario para la prevención y resolución de conflictos familiares en el ámbito del Derecho privado, derivados de la ruptura de la pareja, que afecten a menores de edad. Este ámbito de aplicación de la mediación familiar tenía su fundamento en que el objeto de la Ley 2/2010 es regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, entendiendo, por tanto, que la mediación familiar

debía comprender únicamente los conflictos familiares referidos a rupturas de parejas con hijos menores de edad.

No obstante, cuando se diseña la definitiva Ley de Mediación Familiar, ésta se inscribe en la corriente internacional actual y apuesta por la extensión de la aplicación de la mediación familiar a cualquier conflicto surgido en el ámbito de las relaciones familiares.

Como la autora pone de manifiesto, esta tendencia es la que se plasma en la ley y se manifiesta en el art 5 cuando enumera cuales son los conflictos que podrán ser sometidos a mediación. La ley aragonesa abre el espectro de conocimiento a cualquier materia de Derecho privado susceptible de ser planteada judicialmente, y se puede sistematizar así: 1) Discrepancias en el seno de la pareja: hay que entender que estamos ante parejas de derecho o matrimoniales, tanto heterosexuales como homosexuales, y que sean parejas estables o de hecho que reúnan los requisitos señalados por las leyes para gozar de tal cualidad, o no estables, pero con hijos comunes menores a su cargo, 2) Discrepancias en torno a la paternidad, maternidad y relaciones familiares, 3) Discrepancias en torno a aspectos patrimoniales de la familia, 4) Discrepancias y conflictos intergeneracionales, y 5) Discrepancias y conflictos familiares transfronterizos

El Capítulo 5 está dedicado al análisis los principios que rigen el proceso de mediación y que, como indica la autora, están recogidos de modo expreso en el art. 7 y son los principios de voluntariedad, igualdad, confidencialidad, transparencia, imparcialidad, neutralidad, flexibilidad, carácter personalísimo, y buena fe. Para la autora, estamos ante la pieza clave de la ley porque los principios no son meras construcciones teóricas sino que su relevancia práctica es importante. Por un lado, sirven como elemento auxiliar para la interpretación, puesto que la interpretación de cualquier norma debe adecuarse siempre a los principios inspiradores. Por otro lado, esos principios actuarán como criterios aplicables en aquellos supuestos en que se haya producido alguna laguna legal.

GUTIÉRREZ SANZ, desarrolla de forma extensa cada uno de los principios, comparando su regulación en otras leyes autonómicas y destacando los momentos en que cada uno de ellos se manifiesta en el proceso.

Si se hace mayor hincapié en esta parte de la obra es por que en tales principios estriba el fundamento de la institución de la mediación, se ordena su estructura y se fija el alcance de los posibles acuerdos que puedan adoptarse por este medio. Destaca el esfuerzo realizado para analizar los principios de la organización de la mediación, los propios del procedimiento y los que sirven para disciplinar el modo de actuación del mediador que, en ocasiones, se presentan mezclados en el texto aragonés

El Capítulo 6 es el referido a la regulación del procedimiento de mediación. Las leyes autonómicas de mediación familiar se rigen en su totalidad, y la aragonesa no es una excepción, por la ausencia de formalismo y esto determina que entre el diseño del inicio del procedimiento y la regulación del final del proceso, el resto del mismo sea objeto de una regulación, cuando la hay, muy lasa.

La ley prevé que se puede decidir acudir a la mediación familiar antes o después de una actuación judicial e incluso, suspendiendo ésta, por eso acoge tanto una mediación intrajudicial (art.12.b) como una mediación extrajudicial, ya que el proceso mediador puede plantearse antes de cualquier actuación judicial (art. 12 a), durante el proceso, suspendiendo este o después de haber finalizado el proceso judicial (art.12.c).

El procedimiento mediador se puede emprender por iniciativa de ambas partes, por iniciativa de una de las partes, o a instancia de la Autoridad Judicial (art. 13).

El hecho de que pueda ser el juez el que proponga o remita a las partes a un procedimiento mediador en determinados supuestos, no afecta a la mediación como tal, en todo caso podría tener una cierta repercusión en el principio de voluntariedad que preside la mediación.

Así, como se pone de relieve en el art. 14.6, si las partes acuerdan someterse a mediación familiar, ésta se realizará siguiendo el procedimiento establecido en los artículos siguientes para la mediación extrajudicial. La única especialidad, la tendrá en la sesión informativa, sobre la que más tarde volveremos.

En cualquier caso, la decisión de iniciar una mediación, supone el punto de arranque de una relación entre unos sujetos que tienen un conflicto familiar y un profesional: el mediador, que será designada concretamente para intervenir en este procedimiento.

Destaca GUTIÉRREZ SANZ que si bien en la práctica totalidad de las leyes de mediación familiar son las partes las que designan al mediador previa consulta de los listados del Registro correspondiente para hacer la debida selección, en la aragonesa y según lo previsto en el art. 15.1 el mediador familiar será designado, en los términos que se determinen reglamentariamente, por el departamento competente en mediación familiar de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón entre las personas que figuren inscritas en el Registro de Mediadores Familiares de Aragón, y en el 15.2. se establece que el ejercicio de la intervención regulado en el artículo 5.2.g) será realizado por el órgano competente en protección de menores.

Curiosamente, la ley aragonesa en este punto, se aparta del resto de las leyes autonómicas haciendo recaer en la Administración la designación de mediador en todos los casos.

Con independencia de quien tome la iniciativa de acudir a un proceso mediador, lo primero que tendremos es una reunión de las partes con el mediador en la cual se plantean y planean las diversas cuestiones que, llegado el caso, serán tratadas en las distintas sesiones. Alguna ley, no es el caso aragonés, prevé que en esta primera sesión las partes firmen un contrato. La autora valora positivamente que aquí exclusivamente aparezca la necesidad de levantar un acta en la cual se expresará el lugar y la fecha de inicio, la identificación de las partes y del mediador familiar y los datos más relevantes relacionados con el proceso de mediación (art.16.3).

La ley, y según la autora, con muy buen criterio, omite cualquier referencia a cómo debe desarrollarse el procedimiento mediador. Sentados los

principios que han de regir el mismo, es, desde luego, una medida muy oportuna dejar que sea el mediador el que determine como se ha de llevarse a cabo el procedimiento.

Ya en la sesión inicial las partes habrán sido informadas de cual es la metodología elegida por el mediador y llegar a un consenso en caso de que puedan. La duración de la mediación estará en función de las características del proceso y de su evolución sin que, en principio, pueda exceder de sesenta días, a contar desde la reunión inicial. Para evitar uno de los inconvenientes del proceso judicial, esto es, que las partes no sepan cuando se va a resolver el problema, casi todas las leyes fijan un máximo, en nuestro caso de 60 días con la opción de una prórroga siempre que el supuesto así lo aconseje. A diferencia de otras leyes autonómicas, la aragonesa no fija un tiempo máximo para la prórroga, lo cual entiende GUTIÉRREZ SANZ es muy positivo ya que ese ámbito de libertad que se da al mediador es absolutamente necesario para conseguir los fines del procedimiento iniciado.

Casi todas las leyes autonómicas dedican un artículo a la finalización del procedimiento y en la ley aragonesa es el artículo 19 que en su apartado primero indica cuales son las causas de finalización del procedimiento.

El legislador regula de forma pormenorizada el acta final, cuya redacción del mismo corre a cargo del mediador pero naturalmente en la misma se plasmaran las observaciones que las partes consideren oportunas. La actividad mediadora como tal, termina en la última sesión del proceso pero dentro de sus deberes está también la de la redacción de esta acta final. Naturalmente el mediador actúa solo como una especie de fedatario porque en este momento lo único que debe hacer es recoger aquello que las partes han acordado o sobre lo que no ha sido posible llegar a acuerdo alguno.

Como la autora afirma, estamos ante uno de los documentos que mayor importancia tienen en todo el procedimiento ya que esta acta puede tener un valor trascendental según la naturaleza jurídica que se le atribuya.

Cuando en esa acta se recoge la imposibilidad de un acuerdo, se entiende que con la misma se deja expedito el proceso judicial que estaba suspendido, y en caso de que todavía no se hubiera iniciado, las partes quedaran en absoluta libertad para iniciarlo cuando deseen.

Si se ha llegado a acuerdos parciales, funcionará por supuesto lo acordado únicamente para aquellos aspectos del conflicto sobre los que se haya llegado a acuerdos, y sobre el resto reiteramos lo dicho supra.

Cuando se ha llegado a acuerdos, el art. 20 de la ley diferencia tres supuestos: En primer lugar cuando el acuerdo se refiere a rupturas de la convivencia de los padres, deberán ser aprobados por el Juez, en los términos que, para el pacto de relaciones familiares, establece el artículo 3 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. En segundo lugar, cuando el acuerdo verse sobre materias distintas, las partes podrán elevarlos a escritura pública. En tercer lugar, cuando el acuerdo verse sobre materias distintas las partes podrán solicitar la homologación judicial de los mismos por el tribunal que conociere del litigio al que se pretende poner fin.

La obra finaliza con el Capítulo 7 que GUTIÉRREZ SANZ ha dedicado a la figura del mediador familiar en la ley y a ello dedica la autora un buen número de páginas en la acertada consideración de que nos encontramos ante una de las cuestiones esenciales, cuya eficaz regulación garantizará el éxito de la mediación familiar.

La generalidad de las leyes autonómicas coinciden básicamente en la exigencia una serie de requisitos para poder ejercer como mediador.

Hasta el momento presente no existe un colegio profesional de mediadores, ya que sería de muy difícil mantenimiento debido a que todavía el profesional no tiene los ingresos necesarios para poder sostener este tipo de instituciones. Por eso la Ley aragonesa remite a la colegiación en el "correspondiente colegio profesional" (art. 8,3) que en cada caso será el propio del profesional (abogados, psicólogos, trabajadores sociales, etc.). Se exceptúa de la necesidad de colegiación a los empleados públicos al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma que ejerza las funciones de mediador familiar en el desempeño de su puesto de trabajo.

El gran problema ante el que nos encontramos es la dificultad de diseñar cuáles han de ser los conocimientos necesarios para poder desarrollar con eficacia la labor mediadora. La ley apuesta por un desarrollo reglamentario posterior del estatus de mediador. Tal vez, solo un grado propio aseguraría la formación necesaria, pero también es cierto, que esto no es en principio lo que nuestra sociedad, tal vez ya excesivamente especializada, parece buscar.

En todo caso, y en todas las leyes autonómicas se requiere la inclusión en un Registro. La ley aragonesa así lo prevé en el art. 8.3 *el mediador familiar deberá figurar inscrito en el Registro de Mediadores Familiares de Aragón*.

El art. 9 de la ley está destinado a los derechos del mediador. y que a juicio de la autora cuatro raíces fundamentales: la voluntariedad para el mediador de intervenir en un proceso de mediación y mantenerse en él (9.a) y 9.b), el reconocimiento de un derecho, que a la vez es un deber, y es el de actuar con independencia y libertad en el ejercicio de sus funciones (art 9, c), contar con la suficiente información y en su caso asesoramiento para el desempeño de su labor (9.d) y 9.e)) y por supuesto percibir una remuneración por su trabajo (9.f)).

Por último asistimos al derecho que todo trabajador tiene y es el de percibir los honorarios que reglamentariamente se establezcan (9.f).

Aunque la Ley prevé en el art. 4 que existirá un servicio de mediación familiar, adscrito al departamento competente en mediación familiar del Gobierno de Aragón, que tendrá como finalidad la prestación de este servicio social de mediación en las condiciones y con los requisitos que se establecen en esta Ley, así como proporcionar asesoramiento, ayuda y formación a las personas y entidades relacionadas con la materia. Esto no significa que necesariamente la persona mediadora empleada pública no tenga derecho a percibir una compensación económica. Sólo en los supuestos de beneficio gratuito, la parte o partes no tendrán que pagar al

mediador y quedará a cargo del organismo público en el que preste sus servicios dicho mediador.

Estamos a mi juicio ante una obra útil para el estudioso de la mediación, pero al mismo tiempo interesante por cuanto aborda la mediación no sólo como una fórmula de resolución extrajudicial de conflictos sino también como una herramienta para la transformación de esos conflictos, finalidad esta de sumo interés cuando nos adentramos en un campo tan complejo como es el de los conflictos familiares.

¿QUÉ GENERACIÓN DEBE RESPONDER DE LA PRESENTE CRISIS?

XIV Congreso Internacional
de la "International Society of Family Law"

Gabriel García Cantero

Catedrático de Derecho civil.

Emérito de la Universidad de Zaragoza

Resumen: Con el trasfondo de la solidaridad intergeneracional, familiar y comunitaria, en este extenso volumen se parte del interés superior del menor y de la actuación de la familia con los menores discapacitados.

Luego se analiza la deuda alimenticia, la transmisión de la herencia, el problema del envejecimiento y sus modernas soluciones. Todo ello bajo la perspectiva filosófica, sociológica y de derecho comparado. Son las Actas del XIX Congreso Internacional de la International Society on Family Law (Lyon 2011)."

Palabras clave: Solidaridad entre generaciones, familias y comunidades, Familia, Alimentos, Herencia, Política Social, Educación para la Solidaridad, Responsabilidad."

Abstract: With the backdrop of the intergenerational, familiar and community solidarity, in this extensive volume the point of departure is the greater interest of the child and the action of the family with handicapped children. Then explores the support debt, the transmission of inheritance, the problem of aging and its modern solutions. Are the Proceedings of the XIX International Congress of the ISFL (Lyon 2011)."

Key Words: Solidarity between generations, families and communities, Family, Support, Inheritance, Social Policy, Education for the solidarity, Responsibility.

SUMARIO

- I. A MODO DE INTRODUCCIÓN
- II. EL XIV CONGRESO INTERNACIONAL DE LA *INTERNATIONAL SOCIETY ON FAMILY LAW* (LYON, 19-23 JULIO DE 2011)
- III. EL TEMA OBJETO DEL CONGRESO EXPLICADO POR LA ORGANIZACIÓN
- IV. ESTRUCTURA DEL CONGRESO
- V. DESCRIPCIÓN DEL CONTENIDO DE LAS ACTAS
- VI. ¿QUÉ SIGNIFICAN HOY Y QUÉ REPRESENTAN EN LA REALIDAD SOCIAL ACTUAL LA SOLIDARIDAD FAMILIAR Y LA INTERGENERACIONAL?
- VII. EL DEBER LEGAL DE ALIMENTOS Y LA SOLIDARIDAD FAMILIAR
- VIII. SUCESIÓN MORTIS CAUSA Y SOLIDARIDAD GENERACIONAL
- IX. LAS COMUNICACIONES ESPAÑOLAS AL CONGRESO
- X. *RAPPORT DE SYNTHÈSE*
- XI. PALABRAS FINALES

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

El título de esta amplia nota bibliográfica requiere evidentes acotaciones. Da por supuesto que la historia de la humanidad se va tejiendo a través de una sucesión de generaciones; que en las más recientes se está tejiendo lo que en términos jurídicos suele calificarse de *hereditas damnosa*, vulgarmente conocida como la más terrorífica de las *crisis* que en el mundo han sido; y, por último, que las mentes más preclaras intentan infructuosamente solucionarla, sin que nadie asuma la responsabilidad o el protagonismo de aquélla. Respondiendo al fenómeno de la globalización, el descrito evento trasciende cualquier limitación por razón de fronteras, raza, lengua o cultura. Ni trata, por supuesto, de identificar a responsables nominales, por más que éstos puedan existir en un caso concreto. Si, *ad exemplum*, en un determinado territorio resulta que en cierto momento histórico se han multiplicado las condenas de los tribunales civiles a la prestación de alimentos legales, ya sea en cuanto responsabilidad de los ascendientes (padres y abuelos) en relación con cualquiera de sus descendientes, o viceversa, podríamos concluir que allí incumple sus deberes civiles, o bien la generación de los mayores que no quiere o no puede venir en ayuda de las jóvenes generaciones, o que, al contrario, aquí se hace oídos sordos por estas últimas a las necesidades vitales de sus ancestros. Dualidad o pluralidad de responsabilidades que ejemplifica gráficamente el art. 143-2.º CC esp.: “Están obligados *recíprocamente* a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente: (...) 2.º Los ascendientes y descendientes”. Además conviene recordar que en esta misma revista se ha dedicado alguna atención recientemente a una importante aportación española sobre el concepto y elementos de la responsabilidad civil, que ha profundizado singularmente sobre la fundamentación última de la misma (1). Por otro lado, *sub specie temporis* no cabe sustraerse a la aceleración de la historia combinada con el referido fenómeno contemporáneo de la globalización o mundialización. Es verdad que hoy lo sabemos todo, –o casi todo–, sobre las causas últimas que por ej. produjeron, en su día, la caída del Imperio romano, la Revolución francesa o el destronamiento de los Emperadores chinos por la primera República del Kuomitang. Y si atendemos a fenómenos económicos, también está documentalmente, y, al parecer exhaustivamente, aclarada la *Gran Depresión* norteamericana de 1929, así como el momento preciso de aparición del liberalismo económico y el papel desarrollado en ella por Adam SMITH, y *last but not least*, las consecuencias que para el comercio europeo y mundial produjo el descubrimiento de América. Sin embargo, con el término *crisis* estamos aludiendo ahora a fenómenos ocurridos en un espacio más bien

(1) Se trata de la monografía de LÓPEZ JACOISTE, *La responsabilidad civil extracontractual* (Madrid 2010), de la que me he ocupado en una amplia recensión publicada en RJNot, núm. extraordinario 2012, p. 63 ss. Para este autor la responsabilidad es respuesta por cuanto la persona está llamada a dar razón de su ser y actuación acerca de su concreto modo de proceder (loc. cit. p. 71).

corto de tiempo, percibidos simultánea y diversamente en otros continentes por Estados que, según las estadísticas, se encuentran en diferente nivel de vida. Así la actual crisis de países del Primer mundo ha sido coetánea del asombroso y, en cierto modo, inesperado desarrollo de los llamados *países emergentes* (aunque algunos economistas alertan ya de que, por ahora, algunos de éstos han alcanzado ya su techo y podrían entrar próximamente en recesión). Por ello conviene aclarar que nos estamos refiriendo a una difusa responsabilidad, en términos muy amplios y por ello un tanto equívocos, que parece incriminar a colectivos que hasta hace poco, propiciaron y fomentaron un novedoso modo de entender los asuntos económicos que sirvió para crear un espejismo de *Welfare State*, asumido entusiásticamente por la mayoría de la población; y que, al dar paso bruscamente a la presente realidad cruda y dura (la apariencia no respondía, en todo o en parte, a realidades objetivas), han dado paso a otros colectivos que sufren –con frecuencia, en medio de violentas y tumultuarias protestas y quejas generalizadas– sus últimas consecuencias (especialmente los jóvenes en demanda del primer empleo, los que lo perdieron por causa de la crisis, los jubilados, discapacitados e inmigrantes, que precisamente han resultado ser, *a posteriori*, los sectores sociales más débiles en sentido fundamentalmente económico). Por tanto no ha resplandecido en este evento una total igualdad ante el ya descrito sufrimiento colectivo que autorice a hablar de una efectiva *solidaridad generacional*; algunos sectores de la población –los descritos como más vulnerables– lo están experimentando, en su propio ser al máximo, mientras que otros grupos sociales han logrado eludirlo en mayor o menor medida –sin excluir que algunos hayan utilizado en su beneficio, incluso, la llamada economía sumergida– o, eventualmente (y ello confirmaría la percepción de no pocos ciudadanos de que los ricos cada vez resultan serlo más) existen quienes han sabido beneficiarse de la crisis y aciertan a salir a flote de la misma, manejando diestramente sus negocios y cuentas corrientes en los llamados paraísos fiscales. Ciertamente, es muy costoso reconocerse culpable *coram populo* –aunque en privado algunos tienen el valor de sincerarse–. Lo habitual –individual o colectivamente– es echar la culpa de la crisis a terceras personas, físicas o jurídicas. El reciente y novedoso fenómeno que se está manifestando entre nosotros de la *judicialización* de la vida política, económica y social, con la cooperación de los *mass media*, permite encontrar a veces *cabezas de turco* a quienes, no infrecuentemente, se les condena anticipadamente por la opinión pública; en nuestra actual sociedad la lista de estas últimas se está incrementando a diario. Y los remedios que se proponen pocas veces son originales. Así, remontándonos algunas décadas, el término *Deutschland*, como nuevo Eldorado, evoca en los mayores el título de una popular obra cinematográfica: (*¡Vente p'acá, Manolo!*); llamada –que vuelve a repetirse– y que escucharon y obedecieron millones de españoles en los años 50 y 60, del pasado siglo, huyendo del vivir inclemente y tercermundista en el atrasado agro español y, que, de hecho, junto a millones de otros emigrantes italianos, portugueses y kurdos pusieron los cimientos del bienestar de la *Petite Europe*, alcanzado en primer

término por los Seis (Tratado de Roma de 1957), que luego se ampliaría a los Nueve y luego nos acogería, también a nosotros, con plenitud de derechos en 1985. Pero parece claro que los presentes problemas económicos de nuestro país no han sido la única causa de la situación actual de recesión en la UE; en todo caso, podría calificarse de concausa, acaso no determinante. Hay muchos interrogantes sin respuesta convincente: Ante todo: ¿Cómo se habla de solidaridad y deberes solidarios de la familia cuando hubo, y sigue habiendo entre nosotros, ideologías que defendieron, encarnizadamente, y aun siguen postulándolo, con diversidad de argumentos, la *muerte de la familia*? ¿Cómo exigir responsabilidades ahora a un ente que ya no debiera existir?, cabría interrogarse. Por otra parte: ¿Se urgió estrictamente a los diez países de la última gran ampliación de la UE, el estricto cumplimiento por su parte de los requisitos económicos, tanto en su ingreso como posteriormente en su ulterior evolución? ¿o más bien hay que aceptar que en su admisión prevalecieron razones más políticas que económicas? ¿Cómo pudo llegar a producirse –*ad exemplum*– la extraña, irregular, y casi esperpéntica, situación final bancaria de Chipre? Por otro lado, debemos fijarnos también en los aspectos positivos de esa eventual y difusa responsabilidad generacional: ¿Cómo no mencionar la creciente ampliación de la solidaridad intergeneracional, por ej. el impresionante desarrollo de las ONGs, desplegadas en todos los continentes, las numerosas manifestaciones de una creciente y, con frecuencia, absoluta y total actuación gratuita desplegada por personas pertenecientes a casi todas las clases sociales, sin distinción de edad, nivel de vida, cultura etc. en apoyo de los más desfavorecidos?; así resulta sorprendentemente que la población española está siendo, unas veces protagonista y otras beneficiaria de esas beneméritas iniciativas solidarias. Todo lo cual resulta excelente telón de fondo, oportuna ocasión y adecuado incentivo para dar a conocer un libro importante publicado recientemente bajo el sugestivo enunciado de “Las solidaridades entre las generaciones” (2).

II. EL XIV CONGRESO INTERNACIONAL DE LA INTERNATIONAL SOCIETY ON FAMILY LAW (LYON, 19 AL 23 DE JULIO DE 2011)

Como actividad estatutaria de esta Asociación internacional dedicada al estudio de los problemas referentes a la familia y al Derecho de familia, analizados bajo una amplia perspectiva, nos reunimos en la Universidad Jean Moulin (Lyon-3), algunos centenares de congresistas procedentes de todos los continentes, para discutir el anunciado tema. La ciudad de Lyon ofrece singulares atractivos, fue primero capital romana de las Galias, luego atesora un amplio historial cristiano, y también del humanismo moderno lleno de

(2) La obra se publica en colaboración por gran número de autores, en idiomas francés e inglés, y no me consta que, por ahora, se proyecte su versión española. Su ficha completa es la siguiente: *Les solidarités entre générations. Solidarities between Generations* (H. FULCHIRON dir.), Editions Bruylant, Bruxelles 2013, 1149 pp.

contrastes; recientemente ha sido declarada patrimonio de la humanidad, sorprendiendo al visitante con la moderna erección de una sorprendente *Cité Universitaire*, ubicada en un parque lleno de bellezas naturales, y que, al propio tiempo dispone de instalaciones adecuadas para celebrar simultáneamente varios eventos de esta naturaleza. Nos aseguraron que cada año alberga más de doscientos Congresos científicos. Excelente elección, por tanto, para sede del Congreso citado, y óptima ubicación del mismo en una –quizá– de las menos conocidas al exterior pero más poblada ciudad de Francia.

III. EL TEMA OBJETO DEL CONGRESO EXPRESADO POR LA ORGANIZACIÓN

Las Actas del Congreso, en su *Avant-propos* firmado por el Prof. FULCHIRON (3) resume los propuestos objetivos del Congreso, expuestos y reiterados por lo demás en la fase previa organizativa del mismo:

La prolongación de la vida humana, la tendencia de la población a concentrarse en las ciudades, las transformaciones económicas, las dificultades para acceder al mercado de trabajo, la ruptura de los modelos familiares tradicionales, el estrechamiento de la familia en torno a un núcleo formado exclusivamente por padres e hijos, y a veces por un único progenitor y sus hijos, el individualismo que caracteriza a las relaciones en el seno de la familia, constituyen todo ellos fenómenos que marcan profundamente al mundo contemporáneo. Desaparecen antiguas solidaridades personales y patrimoniales, y surgen nuevas formas de solidaridad rediseñando las relaciones entre generaciones, planteándose así, a veces dramáticamente, el problema del futuro de las personas más frágiles: menores de edad, enfermos, discapacitados, y, sobre todo, de las personas mayores.

Para los países desarrollados, enfrentados a incertidumbres económicas y al envejecimiento de la población, y también para los países emergentes, que están sufriendo frontalmente las consecuencias económicas, demográficas y sociales de su desarrollo, se plantea bajo diversas formas la cuestión de la función de la familia y de la colectividad en la protección de los más débiles, así como las relaciones entre solidaridades públicas y privadas, y también la de los derechos y libertades reconocidos a las personas, a quienes la edad, la enfermedad o la discapacidad colocan en situación de dependencia.

Afirma su Director (4) que el Comité científico adoptó dos decisiones fundamentales: 1. Abordar los problemas que se suscitasen en todas sus dimensiones posibles; y 2. Permitir la reflexión pluridisciplinar (sociológica, antropológica, filosófica, económica, geográfica, incluso las cuestiones relativas la ordenación del territorio y sin olvidar tampoco los aspectos prácticos del mismo). Ha resultado así un programa que se califica de amplio

(3) *Op. cit.* p. 9 ss.

(4) *Op. cit.* p. 10.

y abundante, que ha suscitado más de dos centenares de comunicaciones –no todas publicadas– de más de cincuenta países. La solidaridad es reflejo de una cultura, de una historia, de una visión sobre las relaciones entre el individuo, la familia, la sociedad y el Estado, y más allá todavía, de una cierta visión del mundo.

El vocablo **solidaridad** es rico en resonancias. Etimológicamente procede de un viejo término –*in solidum*– del Derecho romano de obligaciones. Dos o más personas están recíprocamente obligadas, unas con otras, y cada una respecto de las demás. De aquí surge un concepto jurídico más amplio significando el vínculo que se establece entre varias personas que forman un todo, vínculo de dependencia recíproca y de responsabilidad mutua que une y estrecha a los hombres entre sí. Recuerda FULCHIRON que la Revolución francesa formuló la trilogía de *liberté, égalité, solidarité*. Término este último que se substituyó por *fraternité* al traducir mejor el individualismo revolucionario. Así se entendió que como los hombres son hermanos, la fraternidad les une a través de un vínculo de individuo a individuo. Pero la solidaridad, al contrario, inscribe al individuo en un todo, la familia, el grupo social o profesional, la nación. Por la solidaridad el individuo forma parte de un conjunto, es responsable de un conjunto y para un conjunto. Hablar de solidaridad entre generaciones quiere decir que las generaciones antiguas están vinculadas con las generaciones que les siguieron, igualmente que las nuevas generaciones lo están con las generaciones que les preceden, vinculadas, por tanto, mediante derechos y obligaciones recíprocas: He aquí, por tanto, *la longue chaîne des générations*. Insiste en que de modo consciente se habló de solidaridades entre generaciones y no únicamente de solidaridades familiares, ya que los vínculos que unen a los hombres de generación en generación desbordan el marco familiar. Ciertamente admite que la familia es el lugar privilegiado de las solidaridades humanas, pero más allá todavía el grupo se amplía a la colectividad, al Estado y a la vasta familia humana.

IV. ESTRUCTURA DEL CONGRESO

En realidad, el Congreso se estructuró organizativamente, de forma simplificada, en torno a dos temas básicos: los menores y los mayores dependientes, buscando cartesianamente quizá la *clarté à tout prix*, aún a riesgo de tener que forzar la inclusión de algunas comunicaciones en determinados apartados de enunciación menos comprensiva. Pero, en definitiva, tales leves disonancias han resultado accesorias y, en cierto modo, enriquecedoras, en una visión global del debate congresual celebrado mediante *Talleres o Ateliers*. Por ello me ha parecido oportuno destacar aquí tal estructura ya que constituyó la nervatura del discurso congresual:

He aquí su desarrollo:

Primera parte: *El menor en el corazón de las solidaridades familiares*:
Cap. 1.º: Menor, familia y sociedad.

- Cap. 2.º: Solidaridades familiares y nuevas formas de vida familiar.
- Cap. 3.º: Solidaridades familiares y separación.
- Cap. 4.º: Los abuelos, actores de las solidaridades familiares.
- Cap. 5.º: Solidaridades familiares y acogimiento del joven-adulto.
- Cap. 6.º: Solidaridades familiares y alimentos.
- Cap. 7.º: Solidaridades familiares y transmisiones patrimoniales.

Segunda parte: *Asistencia ("Prise en charge", "Support for elders") de los mayores por la familia; Desafíos del mundo moderno.*

- Cap. 1.º: Sustrato político, económico y ético.
- Cap. 2.º: ¿Solidaridades familiares vs. Solidaridades colectivas?
- Cap. 3.º: Familia solidaria y menor discapacitado.
- Cap. 4.º: Envejecimiento de la población y solidaridad.
- Cap. 5.º: Lugar de la familia en los sistemas legales de protección.
- Cap. 6.º: Acompañamiento de la última etapa de la vida.
- Cap. 7.º: Anticipar las necesidades de protección.

Ponencia de síntesis

Resultará inevitable en esta recensión la reiteración de conceptos y, con frecuencia, la precisión de matizar su terminología. Pero se enriquece el debate cuando estos se utilizan por juristas o profesionales pertenecientes a diversos sistemas jurídicos, en lenguas diferentes, y a veces con significados ampliamente diferenciados. En contraste con el lenguaje científico y técnico, el jurídico ha de prevenirse contra la ausencia de una *lingua franca* –el monolingüismo anglosajón está lejos de imponerse universalmente, aunque lo intenta–, pero en esa constante necesidad de *se faire comprendre* surgen con frecuencia iniciativas e incentivos para una mayor profundización del tema debatido.

V. DESCRIPCIÓN DEL CONTENIDO DE LAS ACTAS

A simple vista, una ojeada al índice de las Actas anticipa un rico contenido comparativo. Las ponencias y comunicaciones publicadas pertenecen a países de los cinco continentes, y entre ellos figuran tanto legislaciones del *Civil Law* como del *Common Law*, y también mixtos, sin que dejen de estar representados algunos países musulmanes, y varios africanos y asiáticos. En realidad, los trabajos que ya en su título anuncian expresamente su enfoque comparativo no son muchos (5), pero debe advertirse que los restantes

(5) Masha ANTOKOLSKAJA, *Child maintenance in share residence arrangements from a comparative perspective care instewad or money*, (p. 279 ss.); Gordana KOVACEK STANIC, *Personal relationship between the child and his/her grandparents in comparative family law* (p. 407 ss.); KORNEL, *Dawn the Twilight of rights and duties between grandparents and grandchildren in central europe* (p. 435 ss.); Anna STEPIEN-

–excluidos los que tratan aspectos muy genéricos– presentan casi siempre para el familiarista español un interés creciente y directo ya que habitualmente informan de un considerable número de variadas legislaciones que las han inspirado y que no siempre resultan fácilmente accesibles. S. e. u o. figuran representados en las comunicaciones un total de veinte países europeos (en particular se registran una veintena de comunicaciones de Francia, nueve de Italia, siete de España, cuatro de Croacia, tres de Portugal, dos de Holanda, y una respectivamente de Inglaterra, Bélgica, Rusia, Rumanía, Austria, Alemania, Noruega, Serbia, Chequia, Polonia, Suiza, Hungría, Grecia y Malta). Trece comunicaciones proceden de países de América (diez de USA, y una corresponde, respectivamente, a Argentina, Brasil –redactada por profesores lusos–, y a Canadá). Cinco comunicaciones proceden de países de África (con tres comunicaciones de Sudáfrica, y una respectivamente de Nigeria y Yaoundé). El origen de cuatro comunicaciones es asiático (con dos comunicaciones de Japón, y una que corresponde correlativamente a Corea del Sur, Irán y Kazakhstan). Por último, dos comunicaciones provienen de Oceanía (respectivamente de Australia y Nueva Zelanda). Respetando escrupulosamente el bilingüismo inicial y final (en la presentación y en la síntesis conclusiva, así como de la estructura de la obra), los trabajos publicados aparecen redactados también equitativamente en francés e inglés (32 y 30, respectivamente), obedeciendo al bilingüismo de los Estatutos de la ISFL, aunque no siempre cumplimentado de hecho en sus actos societarios (lo que tampoco se ha respetado estrictamente en las diferentes etapas de la publicación del excelente *The International Survey of Family Law* (6), pese a notables y bienintencionados esfuerzos pues, recientemente, todos los artículos en él publicados se presentan ya con un resumen en francés).

SPOREK, Margaret ZYNAR, *Intergenerational obligations: post-majority child in poland and in the united states*(p. 493 ss.); ROSETTENSTEIN, *The family's "legacy": exit cost and matrimonial property arrangements in multi-jurisdictional context* (p. 585 ss.); RIBOT, *Refamiliarisation of care and support: scope and limits in family solidarities in ageing societies* (p. 709 ss.); Katharina HILBIG-LUGANI, *Le rôle de la réciprocité dans la solidarité financière entre ascendants et descendants-vu d'Allemagne et de France* (p. 763 ss.; Thérèse ATANGANA-MALONGUE, *La protection des personnes âgées en Afrique francophone* (p. 915 ss.).

(6) Escribo con conocimiento de causa por haber colaborado asiduamente en la elaboración de la crónica de Derecho español. Inicialmente lo hice en el "Journal of Family Law" a partir del núm. de 1989-1890 (mi colaboración se titulaba: *Spain: Family Law in the Egthies*), p. 281-293, hasta el núm. de 1991-1992. También he colaborado desde la aparición del "The International Survey of Family Law" desde 1996 hasta hace pocos años. Siempre se han publicado mis crónicas en inglés. La única vez que ha aparecido en francés ha sido cuando se hizo de aquél una edición en Lyon con el título "Régarads sur le Droit de la famille dans le monde", en 1991 (mi crónica en p. 133-137). Últimamente al menos se incluye habitualmente un resumen en francés al frente de cada trabajo.

VI. ¿QUÉ SIGNIFICA HOY Y QUÉ REPRESENTA EN LA REALIDAD SOCIAL LA SOLIDARIDAD FAMILIAR E INTERGENERACIONAL?

El desarrollo de este concepto –básico y vertebral en la temática congresual– se ha encomendado a los profesores Jean-Philippe PIERRON, de la Facultad de Filosofía de Lyon, y Bea VERSCHRAEGEN, de la Facultad de Derecho de Viena y de la Pan Europa University de Bratislava, que lo desarrollaron, el primero, bajo una perspectiva filosófica, y la segunda en clave sociológica. La ponencia filosófica ha proporcionado a las discusiones, en apretada síntesis, una serie de utilísimos puntos de referencia conceptual, sin perjuicio de plantear sugestivos interrogantes, a veces sin aparente respuesta inmediata, o dialécticamente discutidos en el Congreso, o teóricamente discutibles.

Para PIERRON (7) la familia es el lugar por excelencia en que se despliega la sucesión de generaciones. De hecho asume muy de cerca las conexiones o lazos de la naturaleza y de la cultura, el nacimiento y la muerte de sus miembros, el hecho de su crecimiento, de su disfrute y de su sufrimiento con el trasfondo de la pertenencia a un linaje (*lignage*). Es precisamente en y por la transmisión familiar que un linaje biológico se incluye dentro de la simbología de un linaje histórico o jurídico. De ello deriva que la idea de una sucesión de generaciones es un compromiso entre una realidad biológica (la generación) y una realidad simbólica (la historia de las generaciones). La identidad personal y la familiar se explicitan en un espacio de tiempo transcurrido juntos. Resulta exacto este transmitir (*tradere*): atravesar juntos el tiempo. Para realizarlo, la familia relaciona el eje sincrónico de los contemporáneos con el eje diacrónico de los sucesores. Ello permite articular a diferentes generaciones separadas en el tiempo y en el espacio. En suma, la comunicación resulta ser un problema espacial, y la transmisión un problema temporal. Básicamente sobre el eje de la sucesión de transmisiones se compromete una ética de la solidaridad intergeneracional. Es cierto que la cuestión de la solidaridad desborda ampliamente a la familia, pero es indudable que la concierne en primer término, sea como beneficiaria o como protagonista o actora de esta solidaridad que se reviste así de lo político y de lo social, desmintiendo así la afirmación de que *la famille ne serait qu'un affaire privé*. Por su parte, la familia recibe todo tipo de órdenes, estímulos, ayudas y sostén (así las políticas públicas dirigidas a ella en forma de prestaciones, ayudas fiscales y servicios equipados). También se beneficia de nuevas formas de solidaridad que se derivan de la recomposición de familias. Siendo actora de la solidaridad de generaciones, lo desempeña en la práctica ofreciendo su hospitalidad genealógica a partir de la cual cada uno puede desarrollar su personalidad; acoge al que lo solicita, sufriendo con él en la vida ordinaria y en los momentos extraordinarios fuertes o trágicos.

(7) *Op. cit.* p. 23 ss.

Profundizando en tal fenómeno, se observa (8) que la familia entendida como espacio-tiempo de la cooperación social ordinaria construye un marco en cuyo interior la solidaridad se encarna recorriendo las etapas del reconocimiento: sobre un transfondo de hospitalidad genealógica, se aprende a darse sin sacrificarse, y, al mismo tiempo, a enfrentarse sin masacrarse; porque también es un lugar de lucha para obtener el reconocimiento y también de conflictos.

Para que la familia pueda considerarse una escuela de solidaridad entre generaciones deben concurrir, a juicio del autor, ciertos requisitos: 1. No confundir sucesión y mera continuidad de generaciones. La solidaridad entre generaciones busca transformar una sucesión cuantitativa (es decir, el reemplazo de una generación por otra) en una sucesión cualitativa; transformar una línea de parentesco (*lignée*) en un linaje (*lignage*). Afirma PIERRON que, precisamente, es *en y por* la transmisión familiar que una línea meramente biológica se comprende en el simbolismo de un linaje, dado que las generaciones no se reemplazan unas por otras de modo yuxtapuesto y discontinuo propio de una sucesión biológica. Predecesores, contemporáneos y sucesores, se imbrican, entremezclan y constituyen una continuidad ("*suite*") si se explicitan en tendencias formadoras presididas por finalidades éticas, pudiendo convertirse en la expresión concreta de la solidaridad generacional constituida por herencias y proyectos. La solidaridad, antes de ser una virtud es la constatación de una dependencia recíproca objetiva, como lo recuerda la etimología latina *solidus* que apunta a la idea no tanto de ser solidario como de estar solidarizado, consolidado o *faire bloc*. 2. No se acepta sin más la fácil oposición entre espacio privado y público. Son numerosas las porosidades entre la dimensión privativa de la familia y su dimensión pública. Constituye el primer lugar para experimentar los cruces entre el camino personal y el destino colectivo que obliga a tomar distancia respecto del atomismo individualista del *homo oeconomicus* que no imagina al individuo sino en el marco de la desconfianza y de la soledad iniciales. La solidaridad familiar descubre lo que tiene de abstracto el concepto de individuo atomizado, descubriéndose como un grupo de cooperación social de modo que la individualización se hace mediante la socialización y ésta se enriquece con cada individuo. 3. Se desconfía de una instrumentalización de la familia puesta al servicio del orden social y político, que admite una doble modalidad, o bien se la piensa como un medio de reproducción del cuerpo social, limitándose a convertirlas en una mera reserva de seres vivos que preparan la supervivencia, el equilibrio, o, incluso, la expansión de la política; o bien no pensar la familia sino como una propedéutica de la vida social y política que proporciona la educación primaria pronto relevada o sustituida por las instituciones públicas. En ambas hipótesis falta la función original que desempeña la familia en la expresión de una solidaridad entre generaciones, olvidando la especificidad del vínculo familiar, al lado del amical, social y político. 4. Se atiende a la función funda-

(8) *Op. cit.* p. 25.

mental, a menudo escondida y oculta que desempeña la transmisión familiar en la comprensión, elaboración e invención de formas de solidaridad entre generaciones. ¿No es acaso, la escuela de la solidaridad de generaciones el crisol en que se aprende a compatibilizar la diferencia con la semejanza, ya sea frente a la dependencia de uno o frente a la edad adulta del otro, o a la vitalidad de éste frente a las fragilidades de aquel? En último término, la transmisión familiar es un proceso y no una mera relación entre estructuras. Transmitir valores no es meramente transmitir datos. Se aprende progresivamente a lo largo del tiempo a comprenderse dentro de *esta* familia que llega a convertirse en *nuestra* familia, deletreando progresivamente lo que nos vincula con las solidaridades expuestas.

En el interior de la familia se ensaya la solidaridad respecto de los otros con un transfondo de la pertenencia al mismo linaje; pertenencia cuya permanencia vuelve a analizarse tanto en su sentido como en su alcance. De este modo, en este lugar y a través de este tiempo, lo que para nosotros constituye la familia, se elabora una forma de solicitud respecto del otro, original e irreductible a relaciones contractuales y hasta a la exigencia de una buena gestión. En este sentido, hablar de solidaridad entre generaciones, sitúa –más allá de derechos y obligaciones– una forma de vínculos éticos contrastados, que obliga a preguntarse: ¿Cómo y en qué este sentimiento de una pertenencia se traduce en prácticas solidarias, y cuáles son éstas?. El autor señala las siguientes observaciones (9):

1. Fundamentalmente la transmisión familiar es una forma de solidaridad de generaciones que compromete un origen y un destino común. La familia nos obliga a puntualizar lo originario y el destino, una forma de solidaridad profunda, de explicitación simbólica de lo que a un ser humano vincula con otro a lo ancho del espacio y a lo largo de lo ancestral y de los horizontes de esperanza. Cabe utilizar la homonimia entre la familia y la familia humana para afirmar que ambas constituyen un todo. Pero cabe objetar que la profundidad de los vínculos del linaje es una conexión temporal que articula, mediante el tiempo social, el tiempo individual con el del calendario e, incluso, con el cósmico. Mediante él somos capaces de medir la solidaridad entre las generaciones, que amplía considerablemente nuestro sentido de la fraternidad solidaria, y de la vulnerabilidad de los nuestros hasta llegar a quienes no son nuestros descendientes. *Ma famille me fait toucher du doigt ce qu'à de concret l'idée de famille humaine*. Pero cabe preguntar si de aquí no se deriva una consecuencia directa en relación con la solidaridad de generaciones (10), y si acaso no amplía considerablemente la idea que

(9) *Op. cit.* p. 27 ss.

(10) PIERRON, *op. cit.* p. 27, nota 2, a modo de inciso hace notar lo siguiente: "El individualismo contemporáneo invoca como contrapartida una ética de la responsabilidad. Responsabilidad para con nosotros y frente a terceros respecto de las generaciones futuras y responsabilidad de una humanidad frágil. ¿Qué traducción concreta dar al principio de responsabilidad en el contexto de las transformaciones de la fami-

nos hacemos de lo que significa transmitir un patrimonio. Esto nos lleva a abordar el carácter translocal y transgeneracional de la idea de patrimonio, pasando del patrimonio familiar al nacional, hasta llegar al patrimonio mundial de la humanidad o el bien común mundial (patrimonio genético, etc.). Hasta podía verse cierta contaminación del Derecho de familia por el Derecho del medio ambiente o, incluso, de los derechos del hombre... Pero ¿no sería ello más bien una manera de revelar el triple espesor temporal que aquél conlleva?: así, el tiempo individual como tiempo del proyecto de vida (la solidaridad de la Pacs); el tiempo social que a través de las instituciones compromete una manera de pensar y de organizar la vida en común (solidaridad de la RSA, Mutualidades, políticas públicas familiares); y el tiempo geológico que compromete el patrimonio muy duradero de los patrimonios naturales (acceso a un medio ambiente provisto de agua abundante, clima, biodiversidad, la tierra en su conjunto en cuanto concierne no ya al hombre individual sino a la humanidad en cuanto especie). Si bien algunos han recordado también la conocida cita: *À quoi bon nous soucier d'un avenir qui n'est pas fait pour nous?*

2. La idea de la solidaridad entre generaciones no es la aplastante referencia a un horizonte en espera lejana. De otra forma nos veríamos obligados a configurar gran número de generaciones en el pasado, o a anticiparlas para definir una solidaridad justa. No estaremos obligados a retroceder hasta el infinito. Hemos pasado de la autoridad de la Tradición que enmarcaba la preocupación por el otro vulnerable (caridad cristiana, fraternidad republicana) a otra transmisión negociada presente en un pluralismo normativo que ya no está englobado en una norma general de solidaridad. La Modernidad rompe con la modalidad de transmisión presente en las tradiciones autoritarias propias de la eticidad tradicional de las *sociedades de orden* (en el lenguaje de TOCQUEVILLE). Si transmisión y tradición comparten una etimología cercana, hoy se trata de imaginar una transmisión –*tradere*– sin la autoridad de las tradiciones. Semánticamente este desplazamiento se expresa mediante el término solidaridad, distinta de la caridad y de la fraternidad. Pero ello no significa el fin de la normatividad doméstica sino el fin de su unanimidad. Hoy se habla, en efecto, de la función normativa de los psicólogos para lograr una vida familiar exitosa, de las mediaciones familiares, del trabajo social, y también del derecho, del influjo de los medios de información para perfilar las nuevas normas de lo que debería ser la solidaridad entre generaciones. ¿Qué consecuencias tendría ésta? Al menos tres: pluralismo de expresiones solidarias, su posible mercantilización y la imperiosa necesidad de definir aquello en que la solidaridad está indisolublemente vinculado a la familia. Las solidaridades difieren ya no en función

lia? Esta cuestión puede ser examinada bajo dos perspectivas complementarias: En el interior de la pareja y de la familia, y también en el marco de las intervenciones profesionales; o bien bajo la búsqueda colectiva del bien común y del manejo del marco legal de la filiación.

del pluralismo normativo de las condiciones sociales sino del pluralismo a nivel de cada familia. Uno de los rostros de la mundialización consiste en la coexistencia de formas plurales de solidaridad según el medio social. Entre las familias populares se hablará de *solidaridad tradicional* construido sobre el fondo de la familia jerárquicamente concebida; mientras que en familias de clase media se asiste a una *solidaridad chapuceada* (mixta, en parte mercantil, formas compartidas entre iguales –vecinos, asociaciones, abuelos–); hay también familias inmigradas que originan *solidaridad comunitaria* (buscando, a veces, conservar una identidad mitificada. Este pluralismo de expresiones de solidaridad es contemporáneo de una transmisión sin la autoridad de la Tradición, y engendra una impresión general de aceleración, con pérdida de la evidencia de lo que convendría transmitir y el sentimiento de una obsolescencia de experiencias y de expectativas. Las solidaridades tradicionales pueden concurrir o ser reemplazadas por dispositivos mercantiles de los que existen no pocos ejemplos (11). Pero cabe preguntar: ¿es mercantilizable la intimidad doméstica? ¿lo es la solidaridad familiar? La solidaridad entre generaciones comporta también redes sociales, valores, la manera de concebir y promover una persona humana, cuestiones esenciales que permiten captar, no ya el precio sino el valor de una vida humana. Pues la familia es también una *escuela de capacidades*. Transmitir algo en familia no es sólo transmitir posibilidades (en caso de un paquete de acciones o de una vivienda), sino también capacidades, es decir, los medios que permiten realizar una opción (lengua, educación, reconocimiento de la identidad personal, formar una red personal). La solidaridad entre generaciones no recae sólo sobre determinadas posibilidades sino también sobre procesos, modos o maneras que sirven a las personas para alcanzar un resultado o situación final: llegar a convivir y alegrarse de ello. Pensar la solidaridad entre generaciones requiere tener en cuenta el resultado final; a saber, en qué situación queda la generación siguiente en relación con aquello de lo que ha disfrutado la precedente; y un resultado global, es decir, las condiciones efectivas gracias a las cuales cada generación realiza tal o cual opción, los procesos plurales que ella podrá iniciar, las atenciones, la cultura de la solicitud que ella inspira, la mentalidad abierta que lo hace posible, la escuela de capacitación que ella misma busca ser. La solidaridad entre generaciones, aunque se traduzca en normas jurídicas, ante todo es un objetivo ético. Se encuentra en la encrucijada entre la mecánica y la ética. Una nueva cuestión: Si la igualdad de bienes está lejos de garantizar la igualdad de capacidades ¿cómo establecer *índices de solidaridad de base* que puedan orientar una política que ayude y sostenga a estos últimos?

(11) Así se profesionaliza la subcontratación de actividades domésticas que se han asumido contractualmente: guardia y custodia de niños, cuidados a domicilio de mayores o enfermos; incluso de las actividades más íntimas, como el entrenamiento especializado para el postdivorcio; organización de las fiestas con ocasión de cumpleaños de los niños; confección de CD de recuerdos familiares en determinados eventos etc. (*Op. cit.* p. 30).

3. *La solidarité n'est pas la solidarisation* (12) La solidaridad en familia no es un problema dado como resuelto sino una tarea a realizar. La familia, y con ella la familia humana, sólo es una en la medida en que ella misma es una historia. No podrá, por tanto, economizar el tiempo transcurrido de modo conjunto en ansiosas experiencias solidarias, en celebraciones o periodos de felicidad ordinaria. Así ella se compromete, menos quizá en una lucha por el reconocimiento que un recorrido de reconocimiento, que a veces se despliega, –seguramente–, en forma de enfrentamientos, pero también en una memoria compartida, en un horizonte de esperanza, en experiencias comunes de celebraciones de lo esencial, como de ordinario viven diariamente las familias.

La resumida ponencia general ha constituido un auténtico telón de fondo del debate congresual ya que representa una reflexión no menos profunda que actual, apto para enmarcar adecuadamente las discusiones y permitir ensayar algunas conclusiones. Considero conveniente completarla con otras comunicaciones.

Sobre un aspecto puntual, en cierto modo complementario de lo aquí expuesto por el Prof. PIERRON, puede citarse la comunicación presentada por el Abogado del Colegio de París y Economista, Sr. BEVEREZ (13), quien enumera *cinco factores de la mundialización que originan una mutación en las demandas de solidaridad*: 1. El envejecimiento demográfico con una elevación continua de la esperanza de vida; 2. La evolución de las estructuras sociales marcada por el reforzamiento del individualismo y, al mismo tiempo, por la anulación de la familia que sigue siendo, no obstante, el mejor de los antidotos a la incertidumbre que afecta a las trayectorias personales, empresariales o nacionales; 3. El progreso técnico y científico que permite conocer y prevenir mejor los riesgos y las enfermedades, pero también seleccionarlos, lo que plantea problemas financieros derivados del costo y origina delicados problemas éticos; 4. La necesidad de proteger el medio ambiente; 5. Finalmente la mundialización resulta indisociable de la sociedad de los riesgos y de la economía de choque con la emergencia de peligros sistémicos (financieros, industriales, sanitarios, territoriales, etc.), cuya gestión excede de las competencias y capacidades de actuación de los estados. A su juicio (14), lejos de ser aniquilada por la mundialización, la solidaridad ve abrirse ante ella nuevos espacios, especialmente por la gestión de los riesgos sistémicos. La solidaridad aparece como central para preservar la libertad política y la paz en este periodo de mutaciones gigantesas.

También merece aludirse aquí a la comunicación del Prof. WUNENBURGER, Decano honorario de la Facultad de Filosofía de Lyon-3, en la que plantea

(12) *Op. cit.* p. 33.

(13) Bajo el título *Solidarité familiale, solidarités collectives à l'âge de la mondialisation* (*op. cit.* p.683 ss.).

(14) *Loc. últim. cit.* p. 692.

(15) una cuestión previa, que bien pudiera calificarse de esencial: “Antes de ocasionar problemas al jurista, esta situación, devenida hoy mundial, origina un problema moral. ¿Cómo podrán los individuos y sociedades formular respuestas morales capaces de reemplazar a lo que el sociólogo E. DURKHEIM, hace más de un siglo denominaba la *solidaridad mecánica*, mediante la cual los individuos se veían obligados a ayudarse mutuamente sin tener la posibilidad de no hacerlo, a diferencia de la *solidaridad orgánica* que acompaña a la división del trabajo y el alza del individualismo? En nuestras sociedades que actualmente han llegado a ser verdaderamente individualistas, forjadas por las libertades que reivindican derechos más que deberes, ¿qué puesto se reserva a los valores morales para mantener, restaurar o compensar la antigua interdependencia que garantizaba la dignidad a cada uno?”.

Igualmente bajo parecida óptica merece mencionarse aquí el vibrante alegato, –no exento de aguda crítica–, del que es autor uno de los más prestigiosos civilistas galos, el Prof. Ph. MALAURIE, emérito de Paris-2, y maestro del Director del Congreso y de las Actas, Prof. FULCHIRON. Después de precisar los conceptos básicos de solidaridad, dependencia y la noción de *personnes âgées*, el autor hace una síntesis sobre la política social que en este campo se ha desarrollado en Francia en los últimos años: “La actual política social de la dependencia de las personas mayores, en razón a la prolongación de la duración de la vida humana, está a punto de evolucionar aunque conservando los principios que la fundamentan desde hace una treintena de años: supone también varias contradicciones y numerosas incertidumbres. Continúa basándose en la solidaridad familiar, pero intenta humanizar la carga que ello supone poniendo límites al principio de subsidiaridad de la solidaridad nacional con la finalidad de aliviar a las familias. Se ha conservado e incluso fomentado el principio de permanencia en el domicilio. La ayuda social trata de modalizar y medicalizar cada vez más los EPHAD (o casas de retiro), aliviando el *restant à charge* de las familias, desarrollar el mercado del seguro y hacer desaparecer las disparidades departamentales. Vasto y noble programa, pero financieramente inaccesible. Hay que temer que muchas de estas promesas no puedan ser mantenidas”. Pero a continuación añade: “Este breve estudio no resulta sólo fragmentario e incompleto, sino que, como todo lo jurídico, puede calificarse de superficial, pues queda en la superficie, desconociendo las profundas *realidades antropológicas* de la dependencia (énfasis del recensor)” (16).

(15) Bajo un sugestivo enunciado : *La dette et le don: actualité morale de la solidarité inter-générationnelle* (op. cit. p. 705 ss).

(16) Bajo el enunciado: “Dar y recibir: una indivisibilidad”, MALAURIE (op. cit. p. 913 s.) escribe estas bellas palabras:

“En el corazón de las personas mayores que sufren la pérdida de la autonomía y en el de las personas que ayudan asumiendo esta carga de dependencia existe una *dinámica renovadora* que transforma el alma y el corazón de quienes son solidarios con la dependencia y de quienes, en su dependencia, reciben esta solidaridad: unos y otros son complementarios. Esta renovación vivificante del ser aparece de manera

En este punto cabe citar también aquí a la Prof.^a Úrsula C. BASSET, especializada en Derecho de Familia, de las Univs. Católica y Nacional de Buenos Aires, quién inspirada –a su vez– en ideas de MALAURIE (17), propone las siguientes conclusiones (18): a) Protección de los miembros vulnerables de la familia; b) Reinsertar los derechos individuales dentro de las relaciones familiares en una aproximación holística a la vida familiar; c) Aceptar conceptualmente un modelo de familia que incluya todas sus dimensiones (concepción abierta, humilde aproximación jurídica); d) Promover la unidad de la familia; y e) Revisar especialmente las relaciones familiares.

Llegando a este punto quizá podríamos interrogarnos si se ha manejado en este Congreso conceptos y estructuras jurídicas exclusivamente occidentales, de modo que, acaso, en otros sistemas jurídicos vigentes en el planeta, están ausentes las nociones de solidaridad familiar e intergeneracional. Incluso si se trata de conceptos realmente aceptados en todos los países del *civil* y del *common law*. A continuación resumiré las comunicaciones provenientes del Reino Unido, Croacia, Rumanía, Corea del Sur, Nigeria e Irán, grupo heterogéneo de países por su cultura, grado de desarrollo económico y político, y sistema jurídico al que pertenecen, y que, por ello, pueden ilustrar mejor la cuestión suscitada.

Llama la atención que en el enunciado mismo de la comunicación presentada por el Prof. KAY, de la Univ. de Chester (UK) el tema básico aparezca entre interrogantes: *Intergenerational financial support in english Law-legal*

muy visible, en quién da, al asistir a una persona que ha perdido su autonomía; los que dan son su familia, sus ayudadores, la sociedad entera con las prestaciones que le garantiza; por estos dones, el que da se enriquece de la riqueza afectiva y espiritual siempre vinculada al don. Esta *dinámica renovadora* se encuentra también, pero más oscurecida y quizá más misteriosa, en quién recibe esta asistencia. Sin embargo, lo que parece constituir una gran humillación el necesitar esta solidaridad cuando se llega a la vejez, dependiente y sin autonomía –el ser confinado en su cama o afectado por el Alzheimer– no parece otra cosa que una muy pesada prueba humana que disminuye a la persona afectada. Pero en la realidad profunda de los seres, recibir contiene en sí la misma riqueza que dar, ambos son inseparables pues los dos constituyen la misma fe en la vida: tanto el que da como el que recibe. Dependencia, vejez y pérdida de autonomía, confieren así a la familia, a los ayudadores y a la sociedad el privilegio de ayudar a quienes ya no pueden prescindir de ellos. Recíprocamente, ellos dan a quienes lo precisan el privilegio de recibirlo. Dar y recibir son inseparables. Tal es el mensaje afectivo y espiritual de la dependencia; sobrepasa desde su cima al propio derecho, trascendiéndolo. El derecho sólo encuentra su propio sentido cuando se le supera, pues en otro caso representa una minucia en nuestro ser”.

(17) “Pour retrouver confiance dans l’avenir et porter la confiance des générations, il est nécessaire que la famille et son droit retrouvent leur raison d’être: la vie”, afirma convincentemente citándole (*op. cit.* p. 68, núm. 53).

(18) *Economic protection of the children and women: protection of the family and principle of subsidiarity of the State-old fashioned views forcedly revisited*, (*op. cit.* p. 68).

or moral? (19) Haciendo gala del fino humor inglés llega a conclusiones dubitativas y escasamente esperanzadoras (20): En relación con las obligaciones intergeneracionales reconoce que el derecho inglés es limitado, fragmentario, e inconsecuente. No existe un concepto de solidaridad como tampoco un deber general de mantener a la familia. Con cita de varios preceptos aislados de la *Life Assurance Act 1774*, *Administration of State Act 1925*, *Matrimonial Causes Act 1973*, y *Provision for Family and Dependants Act 1975*, dice que existen disposiciones sobre quién debe mantener a quién, pero revelan inconsecuencias sobre la vigencia de tales deberes de mantenimiento entre generaciones en Inglaterra y en Gales, no sólo en cuanto a determinar qué miembros de una generación tienen el deber legal de mantener a alguien, sino también la diferencia de estatutos que unas veces atienden a los vínculos de sangre y otras a la afinidad, dependiendo del contexto; igualmente en cuanto a la diferencia entre deberes morales y legales respecto de determinada persona. Estas anomalías se refieren asimismo a la calificación legal del *child of the family*, relaciones de sangre tanto ascendentes como descendentes, en los pleitos sobre matrimonio y *civil partnership* concretar lo relativo a la propiedad y a las finanzas, disposiciones estatutarias sobre la sucesión testada o intestada, y finalmente determinar el *insurable interest* respecto al seguro de vida. El autor ilustra su comunicación con varios cuentos o historietas que dice basados en hechos reales, y se pregunta: *Should the law be changed?* Se inclina a favor de una legislación consolidada que tenga en cuenta tanto los aspectos familiares como los estatales, así como la prevalencia de las realidades económicas, demográficas y sociales (21).

He elegido luego dos comunicaciones de países europeos que han pasado ambos en el siglo pasado por similares eventos, han vivido con cambios políticos el periodo de entreguerras, pertenecieron al llamado *bloque soviético*, aunque el mariscal Tito aplicó no idénticos métodos de economía planificada que Ceausescu en sus respectivos países, pero lograda su liberación e independencia, siendo idéntica la vocación europeísta de ambos, su posterior integración en la UE es ya una realidad para Rumanía y lo será próximamente para Croacia. En relación con nuestro tema, difieren sin embargo en su valoración actual y su actitud ante el futuro, así mientras el primero ve la solidaridad entre generaciones algo todavía no logrado y confía únicamente en que el país llegue a alcanzarla mediante la enseñanza debidamente impartida a la joven generación actual, la segunda ve plenamente consolidada históricamente en su país la solidaridad familiar lo que garantiza mejor la solidaridad social en el futuro y ante la presente crisis. Una actitud que podemos calificar de optimista –sin dejar de ser realista– en el último caso y de alguna duda y escepticismo, no exento de pesimismo,

(19) *Op. cit.* p. 467 ss.

(20) *Op. cit.* p. 476 s.

(21) *Op. cit.* p. 477.

el primero. La Prof.^a Irene MAJSTOROVIC pertenece a la Univ. de Zagreb, y trata del siguiente tema: *Promoting intergenerational solidarity in croatian Family Law system: In search of coherent and efficient solutions* (22). Su punto de partida es que la sociedad croata es más bien tradicional, por lo que varios aspectos de la misma se cumplen sin coacción jurídica; el marco legal es adecuado y por ello las previsiones legales sobre solidaridad familiar se observan bajo muchos aspectos; aunque algunas modas, en Croacia y en otros países están poniendo en peligro los fundamentos de las modernas sociedades, no han logrado erosionar la solidaridad intergeneracional en la croata. Maneja estudios sociológicos europeos del periodo 1999-2008 sobre la importancia que la sociedad atribuye a la familia en diversas situaciones en que puede encontrarse; así como encuestas realizadas por la autora entre sus estudiantes de la Univ. de Zagreb (2011); su resultado se resume así: El cuidado de las personas vulnerables y de la tercera edad constituye primariamente la función de la familia, la cual si se transfiriera al Estado acabaría con el paradigma de la familia grabada hace mucho tiempo en las mentes y corazones del *homo sapiens* (23). Luego afirma que el sistema jurídico croata recoge adecuadamente estas aspiraciones, no sólo en la legislación sino en la jurisprudencia de los tribunales. Estando en crisis el estado de bienestar sería peligro prescindir del sistema familiar de asistencia. La generación joven que ha llegado a ser adulta sigue manteniendo y asistiendo a sus mayores porque la asistencia estatal de hecho sólo alcanza un mínimo vital y siempre es necesaria ayuda financiera adicional. Finaliza con esta cita: *If the children are our future, than the elder and helpless of the society are our conscience* (24). Por su parte, el Prof. BUSE, de la Univ. rumana de Craiova razona ampliamente sobre *L'État "social" et la nécessité de l'éducation de la solidarité entre générations* (25), teniendo como objetivo poner en evidencia, entre otras, una perspectiva socio-filosófica del contrato social entre la generación activa y la generación joven, dentro de las condiciones de un *estado social* amenazado por una prolongada y compleja crisis del sistema determinado especialmente por la ausencia de reformas democráticas, como ocurre en Rumanía. Sin estar totalmente de acuerdo con el filósofo Richard RORTY (26), acepta que la solidaridad no se descubre mediante la reflexión, sino que resulta ser creada por el crecimiento de nuestra sensibilidad ante ciertos detalles del sufrimiento y dolor de los demás, que no son parientes nuestros. Se declara partidario de la escuela moral angloamericana, que trata de relativizar la posición moral de Kant. Para el autor, la responsabilidad frente a los demás constituye sólo la parte pública de nuestras existencias. Pero el problema es de saber si la economía de mercado, la competencia económica y el individualismo pueden crear so-

(22) *Op. cit.* p. 281 ss.

(23) *Op. cit.* p. 286.

(24) *Op. cit.* p. 294.

(25) *Op. cit.* p. 693 ss.

(26) RORTY, *Contingence, ironie et solidarité* (Bucarest 1998), p. 29.

lidaridad humana en el espacio público. La solidaridad y la responsabilidad social son un producto de la historia y de la democracia y no suponen el resultado de un principio ahistórico. La democracia no es perfecta, sino perfectible, y por ello las instituciones democráticas se desarrollan en el marco de un proceso histórico que supone el progreso permanente del estado de derecho, del sistema flexible de la justicia y del funcionamiento de la ley según los principios de la equidad (27). La Rumanía moderna tiene una historia de menos de dos siglos con grandes dificultades para adaptarse a las instituciones democráticas. En los Años Treinta del siglo pasado influyeron la crisis económica y luego el triunfo del extremismo político en Europa. El autor no ahorra calificativos para describir el régimen de las *Democracias populares* y la utopía de la solidaridad colectiva; tampoco el proceso largo, complejo y difícil de la transición hacia la democracia, que ha permitido hablar de la *década perdida por Rumanía* (28). Sin embargo, en un contexto histórico favorable, un pequeño milagro se ha producido al inicio del presente siglo. El relativo crecimiento económico de los años 2000-2007 y las reformas determinadas por el proceso de negociación de entrada en la UE, ocurrida en 2007, han creado las premisas políticas para una democracia funcional y para una solidaridad efectiva, pero la subsiguiente crisis económica y el bloqueo de las reformas sobre la organización judicial (que depende mucho de los intereses políticos de la oligarquía), han permitido conservar una corrupción muy elevada que impide realizar las demás reformas en materia de sanidad, educación, protección social etc. No puede ser más desolador el marco social que describe el autor: "El Estado que se auto-califica de *social* en realidad no pasa de ser un Estado corrupto, heredero del Estado igualitario utópico, en el que la oligarquía utiliza sedicentes procedimientos democráticos para mantenerse en el poder. Las ayudas humanitarias y sociales no son en la práctica sino un mercadeo electoral. Los votos de los habitantes pobres de las zonas rurales se compran en los periodos electorales a cambio de bienes o dinero. La clase política es la misma desde hace una veintena, no se ha comprometido a ninguna reforma democrática de importancia y los miembros destacados de los partidos políticos cambian de formación a compás de sus intereses personales para mantenerse en el poder. La presión política de la UE sobre el gobierno rumano en relación con la organización de la justicia se considera frecuentemente como gratuita

(27) *Op. cit.* p. 695.

(28) GALLAGHER, *La decennie perdue de la Roumanie. Le mirage de l'intégration européenne après l'année 2000* (Bucarest 2010). El autor de la comunicación no ahorra críticas directas: "Entre los factores más importantes que han contribuido al retraso democrático de Rumanía, pueden recordarse el bloqueo de las reformas efectuado por la antigua generación de *apparatchiks*, el interés geopolítico de Rusia en los países del Este y la *complicidad de algunos miembros destacados de los partidos políticos de Europa occidental* –énfasis del recensor–, que no han demostrado interés en condenar los crímenes del comunismo. Cabría preguntar irónicamente ¿por qué?", concluye (*op. cit.* p. 699 s.).

y atentatoria a la soberanía del estado" (29). Las estadísticas indican una deuda exterior rumana que supone 90.000 millones de euros. La población activa es de tres millones de ciudadanos. A medio y largo plazo la deuda externa alcanzará los 72.000 millones de euros. El gobierno ha recortado el 25 % de los ingresos públicos. Se pregunta qué futuro tiene la joven generación, casi excluida actualmente de la vida social, que debe soportar esta gravosa deuda pública y la factura de décadas de incompetencia y de irresponsabilidad totalitaria o posttotalitaria. La filosofía platónica aparece como una luz en el túnel de la historia: La inversión más importante a medio y largo plazo es la educación de las jóvenes generaciones en un ambiente de libertad y responsabilidad. La filosofía como reflexión crítica posee, en primer lugar, una función educativa, y aparece siempre como un *desideratum* para una sociedad afectada por todos los totalitarismos del siglo (30).

No deja de ser singular, y hasta sorprendente la solución dada por Corea del Sur a determinados problemas –más bien de tipo práctico– suscitados por el creciente número de matrimonios mixtos, celebrados ordinariamente por ciudadanos coreanos con mujeres procedentes de diversos países asiáticos (mayoritariamente China, Vietnam, Filipinas, Camboya y Japón), como explica en su comunicación la Prof.^a Keum Sook CHOE (31), de la Ewha Woman's Univ. Mientras que el número de matrimonios con extranjeros crecía el 11 % en 2008, el porcentaje de divorcios entre ese grupo se ha disparado a partir de 2004 (pasando de 3.300 a 11.692). Ello constituye un serio problema social para el país. Las mujeres inmigrantes necesitan un largo periodo de aclimatación en la sociedad y en su cultura, unido al lento progreso que pueden realizar en el idioma, lo que origina frecuentes discordias intergeneracionales con los padres y abuelos de sus cónyuges, que frecuentemente finalizan en divorcio. Ello ha dado lugar (32) a una legislación protectora: *Act on the treatement of foreigners in Korea, Support for multicultural Families Act*; normas aplicables a los matrimonios que viven en el país, y a los *common law marriages*. Muchos gobiernos locales otorgan ayudas para los matrimonios internacionales con la finalidad de promocionarlos. También hay ordenanzas que otorgan ayudas para la integración social y la aclimatación de los matrimonios con inmigrantes. Esta política no se limita al país sino que requiere estrecha cooperación con el país de origen del inmigrante. Si el gobierno ha abierto una *Immigration Agency* en aquél, la cooperación puede reforzarse, firmando eventualmente acuerdos o tratados con los países de origen, suministrando toda clase de informaciones, así como programas educativos sobre la sociedad, cultura e historia del país, y especialmente sobre la regulación del matrimonio internacional, servicios de traducción y asesoramiento. También cabe mantener relaciones

(29) *Op. cit.* p. 700.

(30) *Op. cit.* p. 703.

(31) *Legal study of inter-generational solidarities (kinsmanship) in multicultural families of South Korea*, *op. cit.* p. 243 ss.

(32) *Op. cit.* p. 254 ss.

con organizaciones no gubernamentales, como la *Multicultural Family law Research centre*. La autora confía en que la puesta en práctica de estas medidas evitarán el colapso de las familias multiculturales y reforzará los vínculos con estas familias. Espera que la importancia de la familia sea reconocida y que los vínculos entre los miembros de la familia se refuercen en una época en que el sentido de la familia se ha debilitado, a fin de que cada ser humano alcance madurez y felicidad a través de su familia.

Muy ilustrativa es la comunicación (33) presentada por el Prof. CHUKWU, *Senior Lecturer* de la Univ. de Abuja (Nigeria) y *Barrister & Solicitor* del TS de Nigeria que, a mi juicio, presenta con datos de primera mano la situación real de su país en esta materia, que en buena medida se confirmará a continuación con la situación en África francesa. Siguiendo a EMIOLA (34), el primer significado de *family* se usa en Nigeria para expresar una institución social consistente en todas las personas que descienden de un común ancestro, ya sea por vía masculina (patrilineal) o femenina (matrilineal), a quien se reconoce lealtad y autoridad suprema como uno de los sucesores en la cabeza del denominado *ancestral founder*, junto a otras personas que sin ser descendientes de sangre del fundador, por algunas otras razones se han vinculado a los descendientes por la sangre o han sido absorbidos dentro del linaje como un todo. El término *elderly* es un eufemismo para designar a los ancianos la duración de cuya vida ha superado el porcentaje medio de los seres humanos. En Nigeria, datos oficiales indican 47 años para los varones, y 48 para las mujeres; sin embargo hay diversas edades de jubilación y por ello se fija en 60 años aquélla. En apretadas páginas (35) se describen la situación legal y los privilegios –en ocasiones, abusivos para nuestra mentalidad occidental– de que han gozado hasta ahora los ancianos de la tribu, tanto a nivel personal como patrimonial. Como contraste se reproducen las solemnes declaraciones constitucionales sobre protección de la persona, derecho a la asistencia social de jóvenes y mayores, concluyendo el autor (36) que son simples exhortaciones sin eficacia ante los tribunales, ya que el Estado ha fracasado en su propósito de implantar un sistema social sustitutorio de la protección de los ancianos y de las personas vulnerables. Rotundamente escribe: *All the programmes that haven a semblance of social protection in Nigeria are just a smokescreen, for they have little or nothing to offer the teeming population of Nigerians suffering from multi-dimensional deprivation as a result of old age, disability, unemployment, etc.* La conclusión general es clara (37): El sistema de protección de la familia extensa que había sido hasta ahora el único sistema social viable de protección se está desmoronando, y desgraciadamente no se ha puesto

(33) *Extended family sistem as social protection for the Elderly: A fast-evanescing concept of Nigeria*, op. cit. p. 883 ss.

(34) *The Principles of African Customary Law*, 1997, p. 49 s. (op. cit. p. 884, n. 3).

(35) *Op. cit.* p. 886-892.

(36) *Op. cit.* p. 893.

(37) *Op. cit.* p. 894.

en funcionamiento otro sustitutorio de protección de los ancianos, ni por el Estado ni por la sociedad civil. El autor ofrece algunas propuestas de solución y confía en las Organizaciones no gubernamentales. Situación que la comunicación de la Prof.^a Thérèse ATANGANA-MALONGUE (38), *Agrégée* de la Univ. de Yaounde-II (Camerún), confirma con algunos matices en África francófona. La protección de las personas mayores en África –afirma (39)– ha sido siempre más social y familiar que jurídica; sintéticamente puede resumirse ahora en la dispensada a través de una obligación alimenticia generacional (singularmente vigente en Benin, Burkina-Faso, Camerún, Gabón, Senegal y Togo) que se ha ido consagrando en los nuevos códigos promulgados a raíz de la independencia, siguiendo en buena parte el Ccfr, aunque con mayor amplitud en relación con los afines. Pero más allá de esta obligación legal, la protección de los ancianos se manifiesta sobre todo a partir de la integración social de cierto número de obligaciones tradicionales nacidas de la solidaridad familiar. Sin embargo, a pesar de que muchas de esas obligaciones se cumplen espontáneamente, la realidad demuestra que esta protección está declinando en el seno de la familia debido, por un lado a la quiebra o destrucción de las estructuras tradicionales y a una discutible atracción del modelo occidental. Concluye (40) que en África la familia preserva la cohesión y la solidaridad entre todos sus miembros sea cualquiera su estado físico, mental o social, de modo que en las situaciones ordinarias los descendientes tienen la obligación de garantizar la protección y el acogimiento de los ancianos con todo respeto, dedicación y consideración. Pero ello debe ser acompañado de la solidaridad colectiva en situaciones excepcionales. Sin embargo, la idea europea denominada *les aléas des solidarités collectives et familiales*, que incita al individuo a anticipar su propia dependencia, se opone a la concepción africana de las relaciones en el seno de la familia y de la comunidad. Pero todo ello se presenta más bien como utópico en un contexto caracterizado por una gran pobreza, una precariedad evidente y la inexistencia de un sistema accesible de salud y de seguridad social generalizado.

Irán comparte con Nigeria el hecho de ser musulmana de cultura y religión una parte importante de la población del último país. Jurídicamente hay escasos puntos de contacto pues Nigeria pertenece al sistema anglosajón, mientras que Irán pertenece íntegramente al sistema islámico. KAINIYA, Doctor en Derecho y Notario en Teherán, expone una breve, aunque interesante comunicación sobre el tema aquí tratado (41), carente sin embargo de concretas referencias legales, si bien la última parte se dedica a informar sobre un Proyecto de Carta (que debía aprobarse en 2011) sobre el cuidado de las personas mayores. Se nos dice que en Irán cada persona prepara su

(38) *La protection des personnes âgées par la famille en Afrique francophone*, op. cit. p. 915 ss.

(39) *Op. cit.* p. 920.

(40) *Op. cit.* p. 936.

(41) *Les personnes âgées en Iran*, op. cit. p. 899-902.

jubilación a lo largo de su vida activa, constituyendo un patrimonio propio, con frecuencia bajo la forma de una vivienda o en dinero depositado en un banco. Los trabajadores asalariados pueden solicitar una pensión del Estado que representa en torno al 40 % del salario del último año trabajado. Las profesiones liberales y los artesanos no tiene derecho a pensión de jubilación, debiendo proveer por si mismos a tal finalidad, por lo cual muchos trabajan hasta el final de sus días para garantizar su supervivencia. Caso de no disponer de recursos suficientes, su familia les ayuda en la medida de sus posibilidades. En último término intervendrá el Estado, pues hay nuevas formas de ayuda social destinadas a las mujeres y a los ancianos; en las residencias para jubilados se proporciona sostén afectivo y psicológico mediante personal especializado. Se afirma que actualmente en Irán, el 85 % de los ciudadanos se benefician de una cobertura de servicios proporcionados por el Estado a través de la Seguridad Social; en materia de salud la cobertura llega al 70 %. Se reconoce, no obstante, que para el 15 % de ciudadanos la situación es difícil, y la vida diaria muy problemática. Estas necesidades se atienden a través de fondos del Ministerio del Bienestar y de la Salud pública, o a través de Asociaciones religiosas de carácter estatal (Comité de Ayuda del Imán Jomeini; Fundación del Mártir y Fundación de los Desheredados, entendiéndose por tales la casi totalidad de las personas ancianas sin recursos personales). Estas grandes Fundaciones de vocación caritativa contribuyen a paliar algunas deficiencias de los servicios públicos, siendo de destacar la Fundación del Imán Jomeini, fundada en 1979 se propone favorecer la inserción social de los más pobres (huérfanos, ancianos, discapacitados nómadas o de zonas rurales, y en general de las personas que carecen de cobertura social). Financiadas de modo semi-público, estas Fundaciones participan de modo activo en la economía nacional a través de la creación de sociedades y empresas, lo que les permite disponer de financiación distinta del estatal. Pero las estadísticas muestran que el porcentaje de ancianos en la sociedad iraní, va a crecer entre 1996 y 2030, desde el 6,6 % al 20-25 % de la población total. El autor se pregunta: ¿Cómo va a evolucionar la mentalidad juvenil a propósito de los jubilados, en el indicado periodo? ¿Aceptarán seguir encargándose de su asistencia? En este sentido debe valorarse positivamente el proyecto de Carta aludido, que recoge derechos fundamentales de los ancianos. El autor considera a Irán como un país precursor entre los países musulmanes en vías de desarrollo de la asistencia a los ancianos. Pero reconoce nuevos desafíos como el éxodo de las zonas rurales a las ciudades, la gran disparidad en materia de inversiones sociales que ha originado desigualdades entre las provincias, así como el enriquecimiento desmesurado de algunos segmentos de población respecto de otros.

La profesora Bea VERSCHRAEGEN, anterior Presidenta de la ISFL, estructura su ponencia sobre *International Solidarity* (42) –complementaria de la anterior del Prof. PIERRON– en los siguientes apartados: I. Nociones de *Care* y *Help*.

(42) *Op. cit.* p. 35-46.

II. Tendencias de la estructura familiar y división del trabajo. III. Función central y sociológica del bienestar. IV. Cambiantes modelos de familia. V. Niveles de ayuda. VI. Perspectivas para el futuro. Con base en estas últimas, de carácter conclusivo, la autora afirma (43) que, a nivel mundial, el índice de natalidad declina y crecen las expectativas de vida, evolución que se acompaña de radicales cambios sociales: En la protección social, en la vivienda y en el empleo, así como en la constitución y desarrollo de la solidaridad intergeneracional. Pese a las reiteradas promesas políticas sobre la estabilización de la economía, a juicio de la autora *falta por llegar lo peor* (escribe en 2011, y la perspectiva no parece haber cambiado al redactar la recensión). Cabe conjeturar que nuestros hijos tendrán una vida diferente de la que tuvieron los hijos en el pasado. No tendrán asegurado indefinidamente su trabajo; existe hoy una distinta filosofía sobre el tema ya que se requiere aprender a vivir longevamente, tal como lo exige la adaptación a las necesidades de la economía por parte del mercado de trabajo, lo que implica una mayor educación para crecer como persona. No se les garantizan las futuras pensiones. Se ven incitados a trasladarse a otros países para encontrar trabajo. Estas perspectivas combinan muy difícilmente con mantener una vida familiar continuada, sosegada, confidente y optimista, durante la cual puedan planificar y llevar a cabo una vida familiar plena y realizar proyectos e inversiones. A corto plazo sólo pueden planificarse aquellas responsabilidades familiares de que son capaces hombres y mujeres y quieran asumirlas. También pueden influir en ello las transferencias de bienes hechas por sus parientes a lo largo de la vida y la situación económica de las familias todavía activas en el mercado laboral. Un menor número de donaciones, herencias y legados puede conducir a una mayor dependencia de las rentas del trabajo.

Opina la autora (44) que estas perspectivas evocan en cierto modo al filme *Apocalypse now* en el que quedaron patentes los abismos a que puede llegar el alma humana. Bajo la perspectiva de la solidaridad intergeneracional considera posible actuar individualmente sugiriendo realizar alguna de las posibles actividades entre las que enumera a continuación.

(43) Recoge interesantes estudios sociológicos: Entre los mayores de 80 o más años, al menos con un hijo vivo, sólo el 17 % convive en la misma vivienda; pero si hay varios hijos, el porcentaje asciende al 32 %; si la convivencia se refiere a la vecindad en un entorno de menos de un km. el porcentaje llega al 53 %; y si se refiere a la distancia de 25 kms el porcentaje alcanza el 84 %. Ello significa que se prefiere una intimidad que permite cumplir más fácilmente el deber de asistencia a los mayores (*op. cit.* p.35), bien entendido que ello depende de muchas circunstancias (el nacimiento de un hijo o la presencia de un discapacitado) y que la tendencia es más acentuada en el sur que en el norte de Europa. No parece que los porcentajes varíen pese a que se debilite el vínculo matrimonio y se incremente la longevidad, ni tampoco que haya aumentado el trabajo de la mujer con la consecuencia de que el 50 % de las mujeres de edad media hayan contraído enfermedades de larga duración. El problema consistirá en cómo se financiará la asistencia a domicilio por miembros de la familia, si con prestaciones sociales o con trabajo benévolo.

(44) *Op. cit.* p. 44.

Bea VERSCHRAEGEN se dirige coloquialmente a los mayores de los congresistas, a quienes la Comisión Europea denomina *ageings babyboomers* de los años 60 del siglo pasado, declarando que, siempre que se disfrute de buena salud, debemos ayudar y asistir a nuestros hijos y nietos e intervenir activamente en diversas actividades sociales, sin olvidar *last but not least* fomentar especialmente relaciones con los más jóvenes. Ello contribuirá a nuestro bienestar y al de la sociedad misma. Pero puede ocurrir que tales personas se vean obligadas a vivir en casas adaptadas a su nuevo estado de salud y situación patrimonial; lo que podría impedirles vivir autónomamente, y, –acaso–, moverles a renunciar a una parte de su patrimonio por el resto de sus vidas en interés de sus hijos y nietos, siempre que ello no haga peligrar su propia situación económica. La solidaridad intergeneracional podría –incluso– implicar para ellos una distinta comprensión de la propiedad como *absolute right*. En relación con el tema central de la educación, la autora sugiere un cambio, pues sin renunciar a promover los *children's rights* –que son siempre un tema importante–, pero ahora habría que insistir también en los deberes de los menores. Por otra parte es un hecho cierto que el acceso a la educación estaba, en nuestra época, erizada de dificultades, de suerte que tuvimos que informar a nuestros hijos que nosotros nunca logramos alcanzar un nivel alto de educación. Pero la autora afirma que nuestros hijos deben pagar el precio de nuestra mentalidad consumista y los enormes errores en que se ha incurrido. No es mera coincidencia la publicación de un estudio de la OCDE sobre *Política social*, en mayo 2011 (45). Se han ofrecido abundante criterios de diferenciación entre *adequacy* y *sustainability* de las pensiones de jubilación (46). Nuestros hijos se enfrentarán pronto a una sociedad con un tercio de jubilados mayores de 60 años, muchos de ellos precisados de ayuda por ser dependientes. Deberán pagar mayores impuestos y tasas, y dispondrán de menor capacidad económica para adquirir su vivienda. También deberán completar personalmente su formación. Confían, por ello, en recibir ayuda de sus padres y abuelos. Las familias no son entidades al margen de la vida social, pero cabe esperar que junto a ellas actúe el *tercer sector*. Finaliza la autora haciendo un llamamiento para divulgar estas cuestiones que afectan al futuro de la familia y de la sociedad, explicando el ámbito de responsabilidad de cada uno, ya que si bien la solidaridad entre generaciones tiene carácter voluntario, no cabe olvidar la existencia de instituciones obligatorias, las cuales se aceptarán de mejor grado si previamente se ha explicado su razón de ser (47).

(45) Titulado *Paging for the Past, Providing for the Future: Intergenerational Solidarity*.

(46) Se ofrecen los siguientes por la autora: 1. Elevar la edad de jubilación, distribuyendo el trabajo resultante entre jóvenes y mayores; 2. Concentrar las pensiones de retiro en las personas más vulnerables, completando el sistema con pensiones privados; 3. Estimular los planes privados de jubilación (*op.cit.* p. 45).

(47) *Op. cit.* p. 46.

El Prof. PARKINSON, de la Univ. de Sidney, y actual presidente de la ISFL, aporta interesantes datos sociológicos complementarios de los anteriormente consignados (48). A su juicio, en el mundo occidental el costo de la vulnerabilidad de los miembros de la familia no sólo es un tema privado que se resuelve en la reclamación de alimentos, sino que, en último término es un costo social derivado de los postulados del Estado del bienestar, que se sufraga con los impuestos que pagan todos. En Australia el porcentaje de menores que viven sólo con su madre ha pasado del 9 al 25 %, en el periodo 1946-1985. En USA el porcentaje ha pasado del 11 % al 22 %, en el periodo 1970-1990; pero en 2009, más del 27 % de aquél está viviendo con uno sólo de sus progenitores, y el 4 %, con ninguno de ellos. Este crecimiento, a su juicio, no se debe sólo al incremento de las rupturas matrimoniales. Por otro lado, el porcentaje de trastornos mentales de los menores resulta ser inferior en las familias *intactas* (49) que en las que han sufrido el divorcio o la separación, incluso en el periodo previo, y asimismo en los menores nacidos fuera de matrimonio. En el mundo occidental crece constantemente el número de menores que sufren las consecuencias de haber nacido fuera de matrimonio o de pertenecer a familias rotas. Mientras las economías crecían y los Estados disponían de recursos, aquellos efectos perjudiciales podían absorberse por el estado del bienestar. Después de la crisis, el costo social de las familias vulnerables no puede fácilmente asumirse en el futuro. Finaliza, sin embargo, con una pincelada optimista (50).

La Prof^a. Bárbara BENNET WOODHOUSE, de la Univ. norteamericana de Emory, hace una apremiante llamada a favor de un colectivo que, a su juicio, pasa desapercibido en el país (51). Después de recordar que según datos del *Children's Defense Fund* (2011), la acumulación de datos sociológicos apunta a un devastador retrato de la niñez en ese periodo, ya que los menores son el grupo de edad más pobre de todo USA (entre 2008 y 2009 ha crecido el 10 %), la autora enfatiza sobre la situación social de los denominados *legal or state orphans*, definidos como aquellos menores que, por alcanzar la mayoría de edad, salen de la protección o *foster care* estatal sin haber sido acogidos o adoptados por una familia. Cada año unos 30.000 jóvenes norteamericanos se encuentran en esta situación; salieron de su familia propia debido a abusos o ausencia de cuidados, y encomendados temporalmente a la guarda estatal, pero su sueño de entrar en una familia segura y permanente no se logró; el Estado trató con severidad a la familia de origen, o no impidió que los vínculos de origen se enfriaran; han salido del sistema con escasos éxitos personales

(48) *Family instability, mental health and the emerging financial crisis for the Welfare state* (op. cit. p. 85 ss.)

(49) Terminología del autor: *families wich remained intactas* (loc. cit. p. 94)

(50) *Fragile families lead tu broken hearts. They also threaten the wellbeing if the community as a whole. Tourning this around will require a herculean effort, but we cannot afford not to make the attempt.*

(51) *"Sate Orphans" in the United States: A failure of intergenerational solidarities* (op. cit. p. 121 ss.).

y apoyos de la solidaridad intergeneracional. La autora analiza con detalle y critica el sistema federal y estatal vigente que se aplica a estos menores, y concluye (52) que, a su juicio, son demasiados los menores que en USA llegan a la mayoría sin recibir las ayudas que todo menor precisa para llegar a la adultez. En esta época de crisis la situación de tales menores se convierte en especialmente vulnerable. El Estado que sustituye en sus funciones a la familia de origen asume un deber *moral* –énfasis del recensor– en cuanto al futuro de los menores, y si hemos de seguir creando nuevas generaciones de *huérfanos del Estado* tenemos que movilizar mayor número de inversiones en prevención, desarrollar mayor número de matizadas políticas sociales de terminación y reunificación, mejorando e implementando las estructuras existentes *for assuring that all children have safe and permanent families*.

Lo que en la anterior comunicación se denomina *deber moral*, en la debida a la Prof.^a Ruth FARRUGIA, Abogada y *Senior Lecturer* en la Univ. de Malta, se le viene a calificar claramente como deber jurídico, emanado de importantes textos internacionales ratificados por la mayoría de Estados (53), discutiéndose únicamente la intensidad o amplitud con que tal responsabilidad debe exigirse. Concluye que si se adopta un básico mínimo estándar de exigencia el Estado, este no se convierte en un *optimal parent*. Se considera que su obligación es la más exigente y debe permitir el acceso al bienestar por cada menor individualmente considerado. Cuando el menor se encuentra bajo la guarda de sus progenitores el Estado debe hacer lo que pueda para ayudarles, pero si el Estado interviene por haber privado de aquélla a los padres debido a su incapacidad para proporcionárselos a sus hijos, entonces la responsabilidad *is more onerous*. Subsiste el problema de cómo exigir esta obligación y como legitimar al menor para lograr el bienestar. *The duty of solidarity demand no less* (54).

Una pregunta un tanto sorprendente hace la Abogada rusa Oxana I. VELICHKOVA: *Teen parents in Russia: are they children or adults?* (55). La autora parte del Código de Familia de la Federación Rusa de 1995, y del dato estadístico no oficial según el cual el 7 % de los niños rusos nacen de madres menores de edad (*teen parents*), fijada a 18 años. Se trata de un grupo no homogéneo en el que pueden hacerse tres clasificaciones: 1. Las madres que no han cumplido todavía 16 años y no están casadas; 2. Madres no casadas entre 16 y 18 años; y 3. Madres menores que se han casado. Los progenitores del primer grupo carecen de la plenitud de derechos y deberes parentales; pueden convivir con sus hijos e intervenir en su educación, pero

(52) *Op. cit.* p. 139.

(53) *State responsibility for the child in need for care (op. cit. p. 141 ss.)*.

(54) *Op. cit.* p. 160. La autora menciona casos de asistencia insuficiente del estado maltés, como en el resuelto por la jurisdicción criminal de 18 febrero 2009 en el que se había decidido que un menor de cinco años fuese entregada a su madre, pese a existir contra ella una orden judicial, la cual efectivamente llega a abusar de ella; y sin embargo no se declara la responsabilidad del órgano estatal.

(55) *Op. cit.* p. 343 ss.

poco más; la legislación rusa prevé la posibilidad pero no la obligación de nombrar un tutor o guardián para estos *teen parents*; lo que representa, a su juicio, una grave laguna legal. Mejor es la situación legal de los otros dos grupos, pues, de una parte, al haber cumplido 16 años puede ser emancipado, está legitimado para pedir alimentos a su padres, aunque carece de personalidad procesal para litigar y necesita el consentimiento de éstos para contratar; sin embargo, pueden ejercer por sí mismos sus derechos y deberes para con sus hijos. El último grupo presenta problemas fácticos y legales; de una parte, los derivados de su inmadurez, y de otra por algunas legislaciones territoriales que autorizan el matrimonio a los 14 años, lo que les inhabilita de hecho para cumplir adecuadamente con sus deberes parentales. La autora analiza diversos remedios que pueden introducirse, sobre la base de que los *teen parents* son realmente *minors* (56).

Puede semejar algo apocalíptico, pero responde a reales situaciones fácticas que se han presentado con ocasión del terremoto de Haití (2010), el tsunami japonés (2011) y otras catástrofes anteriores como el genocidio tutsi en Rwanda, con impacto en cientos de miles de niños candidatos a una adopción internacional, a veces sin saberlo, y en ocasiones con billete de ida y vuelta, y sobre ello trata la comunicación *Emergency alert: This is not a test! An international disaster relief plan for protection children and families* (57), de la Prof.^a Cynthia R. MABRY de la NY University. Muchos de esos niños han sido adoptados por familias norteamericanas, y la autora denuncia que no pocos funcionarios intervinientes carecen de una mínima preparación profesional para tomar la decisión correspondiente. Además de la legislación internacional examina en particular la norteamericana en vigor. Además, como es previsible que tales catástrofes se reiteren sucesivamente con repercusión en la situación personal de miles de menores en todo el mundo, propone que se proyecten inmediatamente planes para proteger a los menores y a sus padres de una permanente separación. Las Autoridades Centrales previstas en la Convención de la Haya deben preparar en cada caso un fichero informativo centralizado sobre menores y sus familias con finalidad de su reunificación. Requisito previo es que el menor aparezca inscrito en algún Registro de las personas, y que también se conserve información de toda clase sobre el mismo. El padre deberá hacer constar su preferencia para que el menor se confíe a determinado pariente si sus padres no pueden cuidarlo. Al ocurrir cualquier catástrofe los funcionarios dispondrían así de información para organizar mejor su guarda; un dato importante es saber si la persona encargada de la guarda del menor dispone de recursos suficientes para educarlo. Mientras se decide sobre la situación del menor desamparado es conveniente también organizar un sistema familiar de acogimiento temporal, así como disponer de personal docente y médico especializado en menores afectados por este tipo de catástrofes. En su opinión, es evidente que para algunos niños la mejor op-

(56) *Op. cit.* p. 347 s.

(57) *Op. cit.* p. 213 ss.

ción puede ser la adopción internacional. Pero hay que impedir que los niños sean robados a su familia o vendidos por sus padres (*sic!*). Estos no deben ser coaccionados para dar en adopción a sus hijos o forzados a ceder su guarda debido a carecer de medios para cuidarlos. Sugiere un acuerdo internacional tanto con los países firmantes de los Acuerdos de la Haya para que en caso de catástrofes se preste inmediatamente ayuda sanitaria y luego se trate de encontrar a los progenitores: sólo en caso de no lograrlo resultará oportuno atender a lo más conveniente al menor. En otro caso, los resultados de apresurados procesos de adopción –a veces, seis días después del desastre–, son, a su juicio, catastróficos al disgregar innecesariamente a las familias.

VII. EL DEBER LEGAL DE ALIMENTOS Y LA SOLIDARIDAD FAMILIAR

Expuesta la selección de Comunicaciones sobre temas que pueden calificarse, en términos amplios, de generales (aspectos filosóficos, políticos o sociológicos) en relación con el central del Congreso, cabe observar que el concepto de la *solidaridad familiar* se ha mostrado muy fecundo al atraer mayoritariamente la atención de los participantes, centrándose ya sea en el deber legal de alimentos entre parientes, y singularmente entre ascendientes y descendientes, ya sea –aunque en menor medida– en su aspecto sucesorio, a saber en los problemas actuales que suscita la *porción legítima* o *reserva* que, en muchos sistemas, de modo obligatorio el testador está obligado a dejar *mortis causa* a ciertos parientes, y concretamente a ascendientes y descendientes.

Adviértase que el tema alimenticio entra también en el conjunto de obligaciones legales que imponen normalmente la autoridad familiar y la tutelar, instituciones que se recogen con diversidad de denominaciones en todos los sistemas occidentales y que actualmente parecen suscitar una litigiosidad menor. En efecto, cuando los hijos son menores y la familia –según terminología anglosajona– está intacta, no habiendo entre los progenitores crisis de convivencia, el deber de mantenimiento figura dentro de las obligaciones paternas, que incluye y, por supuesto, desborda el mero deber legal de alimentar al hijo menor. Puede ocurrir también que falten ambos progenitores, y se constituya el organismo tutelar pertinente, en cuyo caso aparecerá con mayor relieve el deber de dar o procurar alimentos al pupilo. Pero estas situaciones apenas si han interesado a los participantes, ni han originado contribuciones al Congreso. Diferente es el supuesto de haberse declarado judicialmente la nulidad, separación o divorcio del matrimonio, tema harto conflictivo en todas las legislaciones, y que sí ha provocado un cierto número de aportaciones a las Actas del Congreso.

El aspecto sucesorio ha suscitado también algunas Comunicaciones, que también serán objeto de selección.

1. Los alimentos legales en el régimen codicial europeo.

La regulación tiene un origen romano culminado y perfeccionado en el

Derecho común europeo, y toma por modelo el código napoleónico en el que se inspiran los dos códigos italianos, el portugués y el español; la variante germana se manifiesta en el BGB y en buena medida en el CCS. Hay un específico tratamiento comparativo, dentro y fuera del régimen codicial, así como interesantes referencias de Derecho comunitario (58), y a otros países no europeos (59).

(58) Sobre el derecho francés: Isabelle SAYN, *Parents séparés et obligation de contribuer à l'entretien et l'éducation des enfants: une table de référence pour fixer le montant des pensions alimentaires*, op. cit. p. 537 ss.; CHAPON-RENARD-TOULIEUX, *Prise en charge des personnes âgées: choix d'échelles, de jeux de compétences*, op. cit. p. 725 ss.; Laure MONTILLET-de SAINT-PERN, *La solidarité familiale ascendante: jusqu'à où?*, op. cit. p. 857 ss.; MAISONNASSE, *L'articulation des solidarités familiale et collective: entre subsidiarité et socialisation*, op. cit. p. 747 ss.; Ingrid MARIA, *La place de la famille dans le système légal français de protection*, op. cit. p. 939 ss. Christine BIDAUD-GARON, *La place de la volonté dans le système légal français de protection des majeurs*, op. cit. p. 983 ss. Chénéde, *Protection ou autonomie des personnes vulnérables entre droit des incapacités et droit de l'incapable*, op. cit. p. 993 ss.

Sobre el derecho italiano: Cinzia VALENTE, *Affective and financial solidarity: grandparents's rights and duties*, op. cit. p. 423 ss.; CANGEMI, *The vicarious role of grandparent-social evolution and legal rules*, op. cit. p. 459 ss.; Alessandra PERA, *Elderly caretaking: badanti versus welfare policies- Family needs have only private answers*, op. cit. p. 795 ss.; Annalisa ALONGI, *L'alea du contrat d'assistance entre les personnes âgées et leur proches et/ou une tierce personne dans le système juridique italien*, op. cit. p. 1093 ss.

Sobre derecho español: Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses grands-parents dans le code civil espagnol*, op. cit. p. 443 ss.; Ribot, *Refamilialisation of care and support: scope and limits of family solidarity in ageing societies*, op. cit. p. 709 ss.; GARCÍA CANTERO, *Solidarités des générations et protection des personnes âgées en Espagne: Droit civil ou Droit social? Alternative ou cumul?*, op. cit. p. 771 ss.; M.^a Elena LAUROBA, *La "protection patrimoniale des personnes handicapées ou dépendantes" dans le code civil catalan: le patrimoine protégé*, op. cit. p. 833 ss.; Petronila GARCÍA LÓPEZ, *La tutelle des personnes âgées incapables réalisée par l'entité juridique en Espagne*, op. cit. p. 971 ss.

Respecto de otros países europeos: SZEIBERT, *Maintenance of studing grown up children in Hungary*, op. cit. p. 527 ss.; Ingebolt SCHWENZER u. Sophie DOLDT, *Support obligations towards adult children*, op. cit. p. 519 ss.; Marianne HOLDGAARD, *Generation solidarity? Legal consequences of new family forms in Denmark*, op. cit. p. 551 ss.

Estudios comparativos dentro del *Civil Law*: Masha ANTOKOLSKAIA, *Child maintenance in shared residence arrangements from a comparative perspective: Care instead of money?*, op. cit. 299 ss.; Gordana KOVACEK STANIC, *Personal relationship between the child and his/her grandparents in comparative Family Law*, op. cit. p. 407 ss.; KORNEL, *Dawn or Twilight of rights and duties between grandparents and grandchildren in central Europe*, op. cit. p. 435 ss.; Katharina HILBIG-LUGANI, *Le rôle de la réciprocité dans la solidarité financière entre ascendants et descendants-vu d'Allemagne et de France*, op. cit. p. 763 ss.

Sobre Derecho comunitario: CORSO, *Le recouvrement des aliments destinés aux enfants dans l'Union Européenne*, op. cit. p. 559 ss.

(59) Ofrecen singular interés las comunicaciones procedentes de Japón: Mi-

2. Los alimentos legales en el *Common law*.

Aunque, acaso, no pueda hablarse de absolutas diferencias tajantes con el anterior, se muestran en su ámbito tendencias a veces muy acusadas, sin perjuicio de aproximaciones y puntos de encuentro, con seguimiento en otros continentes, no faltando tampoco interesantes estudios comparativos (60).

El punto de partida de MAISONASSE (61) resulta esclarecedor y, en cierto modo, simple desde una perspectiva gala: *Il existe aujourd'hui entre la solidarité familiale et la solidarité collective un mouvement de balancier qui peine à trouver un équilibre*. Si bien la solidaridad familiar y la colectiva se han organizado inicialmente en torno a la idea de la subsidiariedad de la segunda con relación a la primera, ha resultado, sin embargo que, cada vez más, las ayudas sociales responden a una nueva organización fundada en la socialización del derecho a los alimentos; así aquellas se otorgan sin pleno ejercicio del derecho a los alimentos. En consecuencia, la articulación entre ambas discurre entre subsidiaridad y socialización, y así mientras algunas ayudas respetan el principio de subsidiaridad, otras se organizan en torno a la socialización. Se ha podido escribir que *la protection sociale crée des solidarités là où le Code civil n'en voit pas* (62). En consecuencia, *la famille alimentaire est désormais composée de ceux qui vivent sous un même toit, qui partagent une même communauté de vie, et non pas de ceux qui sont unis par un lien de parenté et d'alliance* (63). A tenor de la práctica seguida en los distintos Departamentos franceses, el autor analiza la alteración de la noción misma de alimentos, de su carácter personal y facultativo para el alimentista, así como de la proporcionalidad entre las necesidades del que los pide y la fortuna de quien los presta. A su juicio (64), bajo la influencia de un Derecho social pragmático y operativo, la nueva solidaridad familiar resulta adelantada a las realidades familiares, pero igualmente muy sensible a la inseguridad jurídica. Cada vez más, la nueva solidaridad familiar deviene un instrumento apto para reducir la deuda pública. Se pregunta si cabe decir que la socialización renueva la solidaridad familiar. En primer

NAKATA, *The provision of support between adult family members in Japan*, op. cit. p. 845 ss.; Lisa OSHIMA, *La prise en charge des parents âgés par l'épouse du fils aîné au Japon*, op. cit. p. 853 ss.

(60) PARKISON, *Family instability, mental health and the emerging financial crisis for the welfare state* (Australia), op. cit. p. 85 ss.; Dominique GOUBAU, *Le devoir de solidarité des parents psychologiques et le fondements possibles de leur éventuelle obligation* (Canadá), op. cit. p. 163 ss.; Barbara A. ATTWOOD, *Marital contracts and the changing meaning of marriage* (USA), op. cit. p. 177 ss.; WARDLE, *Turning hearts of children and fathers: legal recognition of extended families* (USA).

(61) Loc. cit. p. 748 ss.

(62) Loc. cit. p. 751.

(63) Loc. cit. p. 753.

(64) Loc. cit. p. 755.

lugar elimina toda imperatividad de la deuda alimenticia; pero ello no significa que desaparezca del todo sino que reaparece bajo formas nuevas, ya que existe una sinergia y un impacto adicional entre ambas solidaridades, afirmando que a *l'augmentation des transferts sociétaux correspond un accroissement des transferts familiaux* (65), de suerte que la solidaridad familiar ya no es impuesta, sino negociada. Queda por saber si este nuevo paradigma será viable a la vista de las dificultades económicas que conocen muchos Estados (66). Perspectiva general, aunque limitada en principio a la legislación civil, que se comparte por la Prof.^a Ingrid MARIA, de la Univ. de Grenoble-II, al examinar el lugar de la familia en el sistema legal francés de protección. La Ley de 5 marzo 2007 amplía el concepto de *couples*, a todos los modos de unión, y según el nuevo art. 399 CC en el Consejo de familia figuran personas designadas en atención a los sentimientos expresados por la persona protegida, a sus relaciones habituales, al interés demostrado en su respecto y a las recomendaciones eventuales de sus parientes consanguíneos y afines así como de su entorno. Dentro del *sistema legal francés de protección*, la comunicación de esta autora se limita a los menores bajo tutela y a los mayores protegidos (*sauvegarde de justice, curatelle, tutelle, mandat de protection future*). Afirma que la dimensión familiar del derecho de los menores y de los mayores protegidos siempre ha existido en Francia; el CC y las leyes Carbonnier, otorgan un innegable lugar a la familia, y este puesto sigue estando en vigor después de 2007, que analiza detalladamente tanto en el momento de otorgarse la medida de protection, como a lo largo de su ejercicio. Pero advierte que no puede considerarse ya que la familia goce siempre de un lugar privilegiado, dado que otras personas que no son miembros de aquella pueden intervenir en estas medidas de protección, puesto que el juez puede basarse en vínculos meramente afectivos para otorgarlas. Solución que apoya porque *le législateur ne s'y pas trompé. La famille du 21^{ème} siècle n'est plus celle des années 1960 ou 1970* (67). Quizá la comunicación más sugerente sea la debida al Prof. CÉNEDÉ (68) de la Univ. de Rennes, quien recuerda una sorprendente predicción o visión de

(65) Cita en *loc. cit.* p. 758.

(66) *Loc. cit.* p. 761.

(67) *Loc. cit.* p. 946.

(68) *Protection et autonomie des personnes vulnérables-Entre Droit des incapacités et droits de l'incapable* (*op. cit.* p. 993 ss.); KARTER and MCHALE, *Protecting generational solidarities through interventions whit divorcing families-theory, research and practice* (USA), *op. cit.* p. 313 ss.; BRINIG and Linda Mc CLAIN, *Revisiting Mary Ann Glendon: abortion, divorce and rights talk in western law USA* (*op. cit.* p. 349 ss.); Anne Low, *Children und grandparents: an overrated attachment?* (Sudáfrica), *op. cit.* p. 389 ss.

Comunicaciones sobre Derecho comparado entre países fuera del *Civil law* : Anna STEPIEN-SPOREK and Margaret RYZNAR, *Intergenerational obligations: post-majority child support in Poland and the United States*, *op. cit.* p. 493 ss.; ATKIN, *A brief comparison between adult guardianship and the law of children: New Zeland perspectives*, *op. cit.* p. 955 ss.

futuro del Decano CARBONNIER: *L'institution même des incapacités n'est-elle appelée à disparaître? Le fait est qu'elle semble contredire la philosophie des droits de l'homme, à travers laquelle l'incapacité pourrait bien être ressentie comme une injure* (69). El autor de la comunicación se pregunta si hoy día la incapacidad se sufre como una injuria hecha a la persona, de modo que el derecho de las incapacidades ha llegado a fenecer extinguido por los derechos subjetivos del incapaz. A su juicio sería muy excesivo afirmarlo, pero la tendencia descrita por Carbonnier se va dibujando en el derecho positivo francés. Parece indudable que entre 1804 y 2007 el espíritu del Derecho de las incapacidades ha evolucionado profundamente. Analiza las leyes de 1968 y 2007, y llama la atención sobre el nuevo texto del art. 415 al. 3, según el cual las medidas de protección favorecen, en la medida de lo posible, la autonomía de la persona protegida. No se trata sólo de asegurar la protección de la persona cuyas facultades mentales o corporales están alteradas, sino también garantizar la preservación de cierta independencia y autonomía para ella. La promoción de la autonomía del incapaz se persigue a través de dos vías; la primera, de carácter mínimo, consiste en la asociación del mayor a la dirección de su vida; la segunda, más ambiciosa, es el reconocimiento de una verdadera independencia al mayor protegido en la gestión de su persona y bienes. Bajo la última perspectiva analiza el mandato de protección futura y el reconocimiento de un ámbito de dominio exclusivo del mayor protegido en cuanto a los actos personales. Concluye (70) que en algunas hipótesis tal autonomía puede transformarse en contra suya, de modo que además de peligrosa podría resultar hasta ilusoria.

La *Research Assistant* de la Univ. de Módena y Reggio Emilia, Cinzia VALENTE, se muestra favorable, por su parte, a la mayor intervención de los ascendientes en la vida jurídica familiar. El hecho social es que tres o cuatro generaciones coexisten con frecuencia y que los menores puedan beneficiarse sea de ascendientes más jóvenes o bien de personas de mayor edad, y así la familia ha crecido en sentido vertical originando diversas cuestiones jurídicas que la autora concreta en el derecho de visita y en la contribución financiera de los ascendientes. En Italia este nuevo contexto de solidaridad adquiere un importante papel, que sirve para introducir un nuevo modelo de familia entre el modelo nuclear y el patriarcal; la mayor implicación de los abuelos en la vida diaria requiere una nueva interpretación de la función de los miembros de la familia (71).

Más reservado se muestra, sin embargo, en su comunicación, CANGEMI, Ph. D. de la Univ. de Palermo, en relación con las ideas últimamente expuestas, respecto a una mayor intervención de los ascendientes en la vida familiar, mencionando la STC de 7 octubre 1999, que aun reconociendo la validez de la adopción de los nietos cuando sus progenitores han fallecido

(69) CARBONNIER, *Les personnes*, 21^{ème} éd., Paris 2000, núm. 104, p. 191 (*op. cit.* p. 993, n. 2).

(70) *Op. cit.* p. 1000 ss.

(71) *Op. cit.* p. 432.

o han sido privados de la autoridad paterna, declara sin embargo ser preferible otro tipo de *legitimizing adoption*. Es también muy discutida, en la doctrina y en la práctica, la intervención de los abuelos en los procesos de separación y divorcio. La STC de 16 octubre 2009 alude a que el sistema legal italiano no garantiza un derecho directo e inmediato para ocuparse de sus nietos sino que únicamente protege indirectamente el interés de los parientes de mantener relación con sus menores (72). Otra perspectiva –más sociológica– sobre el mismo fenómeno es el ofrecido por la *Research* Alessandra PERA, de la Univ. de Palermo, quien observa que los hechos confirman que en Italia el peso de la asistencia a la población de más edad recae casi enteramente sobre la familia, especialmente sobre las mujeres, en particular las hijas adultas, quienes con frecuencia solicitan ayuda de los denominados *badanti*, es decir de los inmigrantes cuidadores más o menos profesionalizados, debido a que el Estado es incapaz de prestar tales servicios adecuadamente. Comparativamente pone el ejemplo de Francia y países escandinavos, en los que tales servicios están a cargo de entes públicos, mientras que en los países de habla inglesa los realizan entidades privadas. El modelo italiano impide alcanzar el primer objetivo de que la asistencia a los ancianos no se contraponga necesariamente con la ocupación laboral femenina. Un *mercado laboral negro* caracterizado por su escasa especialización, elevada discontinuidad en la asistencia, y que suele confrontar a dos conjuntos femeninos: el que pide el servicio y el que lo presta. Se muestra crítica con los objetivos recogidos en el documento *Italia 2020*, emanado del Ministerio de Política social y de empleo(73).

En cuanto al modo de fijar la cuantía de los alimentos legales, considerando de interés práctico la experiencia francesa de las Tablas de Referencia (puestas en funcionamiento por una Circular de 12 abril 2010), que explica autorizadamente en su génesis legal, así como su todavía escasa aplicación por los tribunales, –dado que para éstos no resultan de estricta exigencia normativa–, la *Chargée de Recherche* de las Univ. de Saint-Étienne y de Lyon, Mme. Isabelle SAYN (74).

(72) *Op. cit.* p. 465. El autor cita el ejemplo de varias legislaciones extranjeras que últimamente han reconocido mayor intervención a los abuelos (Francia, Alemania, Bélgica, etc.), y siguiendo a Ingenito afirma que “España es el país en el que la relación entre abuelos y nietos ha encontrado mayor reconocimiento” (loc. últim. cit. nota 14).

(73) *Op. cit.* p. 799 ss. especialmente p. 804 s.

(74) *Op. cit.* p. 537 ss. Su alcance se explica por el hecho que en 2009 se dictaron en Francia más de 262.000 resoluciones en primera instancia sobre contribución a los gastos de mantenimiento y educación de menores. La autora dirigió un grupo de trabajo sobre el tema: *Un barème pour les pensions alimentaires? Mission de Recherche Droit et Justice (2002)*, que luego sirvió de base a la Circular de 2010. Hay algunos países que aplican estrictamente baremos similares; otros, como España, optan por el sistema francés.

Para los países miembros de la UE, ofrece singular utilidad la Comunicación de CORSO, Doctorando en Lyon-III, sobre el cobro transfronterizo de pensiones alimenticias destinadas a menores. De modo paralelo a los instrumentos internacionales adoptados en 2007 por la Conferencia de La Haya, la UE ha adoptado el Reglamento *Aliments* núm. 4/2009, relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de las decisiones y la cooperación en materia de obligaciones alimenticias, que ha entrado en vigor el 18 junio 2011, sustituyendo a Bruselas-I de 22 diciembre 2000. Además ha ratificado el protocolo de La Haya de 2010, y ha suscrito la mencionada Convención de La Haya *sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et aux autres membres de la famille*. El mecanismo en vigor en la UE ofrece tres características fundamentales: 1) Uniforma las reglas de conflictos de leyes y de jurisdicción; 2) Suprime el procedimiento del *exequatur* para todas las decisiones relativas a las obligaciones alimenticias dictadas por un Estado miembro vinculado por el protocolo de 2007, lo que representa su aportación fundamental; y 3) Facilita el acceso al dispositivo que establece la cooperación entre autoridades centrales (75).

Comparando los derechos alemán y francés, la *Research Assistant* de la Univ. de Gottingen, Dr^a. Katharina HILBIG-LUGANI, analiza la reciprocidad en la solidaridad financiera entre ascendientes y descendientes en relación con el deber legal de alimentos. Expone a modo de conclusiones, (76) que hay muchas explicaciones teóricas de la misma. Así, la causalidad (el pariente deudor ha dado origen a las necesidades del menor acreedor), la gratitud (de los hijos respecto de sus padres) y sobre todo la reciprocidad, fundamento de un contrato entre generaciones. Se trataría de una *reciprocidad no simultánea*, que constituiría el principio fundante y estabilizador de la obligación alimenticia entre parientes en línea recta. Se la considera piedra angular de la solidaridad intergeneracional sin la cual se derrumbaría todo el sistema. Pero observa la autora que los menores de edad deben ser mantenidos independientemente de toda reciprocidad, aunque resulta convincente el argumento de que también los padres han mantenido a sus hijos menores; en realidad el deber de estos no se basa en la reciprocidad sino en la gratitud y en el deber de respeto hacia aquellos. En segundo lugar, la reciprocidad permite justificar de hecho la insatisfactoria situación, –frecuente en nuestra sociedad– de los hijos adultos que deben mantener a sus propios hijos y al mismo tiempo a los abuelos. Además el intercambio entre generaciones aparece parcialmente superado también en ambos países, pues la SS. cubre el riesgo de la vejez; los hijos adultos vienen a financiar dos veces a sus mayores, una mediante las cuotas sociales, y otra complementaria en relación con los riesgos que no cubre la SS. Finalmente, la pretendida simetría o reciprocidad aparece distorsionada respecto a las per-

(75) *Op. cit.* p. 561.

(76) *Op. cit.* p. 767 ss.

sonas sin hijos. La seguridad económica de estas personas está garantizada inicialmente por la SS, financiada por los hijos de los demás; y en cuanto a los riesgos no cubiertos, las personas sin hijos dependen en último término de la ayuda social financiada por los impuestos pagados por los hijos de los otros. La autora concluye que no puede razonablemente hablarse de un balance o equilibrio no simultáneo entre los jóvenes y las personas mayores, prescindiendo de la SS. y de las ayudas sociales. Si en algún momento pudo haberlo, hoy está cuestionado por el Derecho social. La idea de reciprocidad en materia de alimentos viene a ser, a su juicio, una fórmula corta, *charmante* y con frecuencia invocada. Tradicionalmente cumplía dos funciones: fundamentar la excepción hereditaria de indignidad y basar igualmente la obligación alimenticia entre ascendientes y descendientes. Ambas merecen una reflexión pues, a juicio de la autora, la excepción de indignidad no es manifestación ni directa ni exclusiva de la reciprocidad, y como fundamento último la reciprocidad plantea más cuestiones que las que resuelve.

Para el ámbito del *Common law* bastaría con evocar la única comunicación presentada en el Congreso procedente del Reino Unido, debida al Prof. Roger KAY, con el significativo enunciado: *Intergenerational financial support in english law-legal or moral?*, precedentemente considerada en el apartado 6, que otras comunicaciones ratifican expresa o implícitamente. Sin embargo, proviene de USA la comunicación del Prof. WARDLE, de la Univ. de Brigham, que se muestra complacido con *the revival of the extended family* (77), fenómeno que advierte tanto en su país como en muchos otros. Cita al Justice Powell del TS de USA: *Especially in times of adversity, such as the death of a spouse or economic need, the broader family has tended to come together for mutual sustenance and to maintain or rebuild a secure home life* (78). Treinta estados norteamericanos exigen a los hijos adultos que presten asistencia a sus padres ancianos y a otros miembros de la familia dependientes (hermanos, abuelos etc.). Más de la mitad de las leyes estatales imponen alimentar a los hijos como deber recíproco. Doce estados consideran un crimen incumplir el deber filial de alimentos. Al menos cinco Estados imponen el deber de alimentar a sus abuelos. Canadá también ha obligado civilmente a cumplir el deber de alimentos extendido a los abuelos. Aunque no puede hablarse de que esa ampliación a la familia extensa esté generalizada, el autor menciona sectores concretos, como en materia de guarda y custodia y de tutela existe una preferencia universal, aunque de carácter secundario, en USA a favor de los miembros de la familia extensa sobre los miembros no familiares. Además algunas legislaciones otorgan más peso a los abuelos que a los restantes miembros de la familia extensa. Muchos estados conceden también un derecho de visita a los abuelos. En

(77) *Turning heart of children and fathers: Legal recognition of extended families*, op. cit. p. 203 ss.

(78) *Moore v. City of East Cleveland*, 431 U.S. 494, 504-505 (1977).

sus conclusiones (79) afirma el Prof. WARDLE haber desafiado a la afirmación de que la familia extensa había muerto o que se había extinguido su reconocimiento en la sociedad y ante el derecho. Por el contrario, de muchas formas se la reconoce por el actual Derecho de familia y se encuentra en expansión la familia extensa que continúa siendo una *vibrant institution in our societies, economies, and in family and relates laws*. Pero advierte algunos riesgos futuros: 1) que muchos Estados abrumados por las deudas traten de descargar en el sector privado (familias extensas) algunos de sus compromisos incapaces de cumplir; 2) puede interpretarse como la señal de retorno a las ideas dominantes antes de la Ilustración sobre las relaciones familiares basadas en la propiedad; y 3) cuando nos volvemos a la familia extensa en busca de ayuda podemos encontrar que no haya nada en el armario. Debido al escaso índice de matrimonios y de su fertilidad descende sobre Europa el denominado *demographic winter* (80). Así ocurre que *extended families may be declining when they are need most*. Una cita del profeta Malaquías ("El hará volver el corazón de los padres a los hijos y el corazón de los hijos a los padres") le sirve de título y de esperanzada conclusión.

La comunicación de la Prof.^a canadiense Dominique GOUBAU, de la Univ. de Laval, se sitúa, por así decirlo, en otra longitud de onda, pues aunque su propuesta supondría una cierta ampliación de la base de la solidaridad alimenticia, ello también obligaría a aceptar situaciones harto discutidas en otros sistemas jurídicos, como la triparentalidad. Su enunciado es bastante explicativo: *Le devoir de solidarité des parents psychologiques et les fondements possibles de leur éventuelle obligation alimentaire* (81). Se carece de una terminología uniforme en un país sujeto, como se sabe, a un sistema jurídico mixto (del *civil law* en el Québec, y de *common law* en las más extensas y pobladas provincias inglesas), y por ello la autora dice que podría hablarse en general de paternidad social o sociológica. Las familias recompuestas están en progresión en Canadá: en 2001 representaban el 13 % de familias biparentales en Quebec, y en 2006 representa ya el 14,2 %. Ello significa que más de un menor sobre ocho viven en una familia recompuesta. En 2009 el 63 % de todos los nacimientos ocurridos en el Canadá francés tienen lugar fuera de matrimonio, lo que le otorga el segundo puesto en el *ranking* mundial, tras Islandia. Según el art. 538 CcQ una madre sola puede establecer un *proyecto de procreación* (*project parental de procréation assistée*) cuyo efecto legal será la imposibilidad de establecer en su respecto una paternidad legal, es decir que rige el princi-

(79) *Loc. cit.* p. 210 s.

(80) El historiador británico Niall FERGUSON califica tal cambio demográfico como la reducción de población europea de mayor envergadura ocurrida desde la peste negra del s. XIV. Alemania perderá en la primera mitad del siglo XXI una población equivalente a la de la desaparecida RDA. Hacia 2050 se estima que el 60 % de alemanes vivirán sin hermanos o hermanas, primos, tíos o tías.

(81) *Op. cit.* p. 163 ss.

pio de la *monoparentalidad*. Por otra parte, varios Tribunales de apelación han admitido casos legales de *triparentalidad*. La autora se concentra en la figura del tercero (que en adelante denomina también *beau-parent*) que, sin ser padre biológico, asume sus funciones. Reconoce la autora (82) que el estatuto legal del *beau-parent* durante la vida en común es inexistente o embrionario, pero en casos de crisis hay muchos países que le reconocen un derecho de visita o, incluso, la guarda post-ruptura. Las rupturas y las recomposiciones familiares multiplican el número de personas *significativas* en torno al menor, y por tanto amplían, en cierto modo, su círculo familiar. En cuanto a la solidaridad material en el interior de la familia, el derecho canadiense está evolucionando en el sentido de restringir el grupo (83). La abolición en Québec, en 2006, de la obligación alimenticia de los abuelos es un significativo ejemplo del retroceso del principio de solidaridad intergeneracional en Derecho de familia. En caso de crisis matrimonial esta solidaridad se expresa ahora casi exclusivamente en la obligación del padre o de la madre de abonar al otro una pensión alimenticia en beneficio de los hijos comunes, tema de actualidad en el mundo anglosajón y resuelto con diversidad de criterios. En el caso del Canadá francés la autora pasa revista a los diversos fundamentos que la doctrina alega para fundamentar el deber alimenticio del *beau-parent*: Así 1) Ser corolario de los derechos que se le reconocen en relación con el menor. Sin llegar a una fórmula única, cabría decir que el compromiso estaría en función del grado de implicación del tercero en el cuidado del menor, y siempre con carácter supletorio de los padres biológicos (solución propugnada por el *American Law Institute* en sus recomendaciones de 2008). 2) Servir de alivio para las obligaciones del Estado (de difícil evaluación cuando hay que tener en cuenta el costo de ejecución de las sentencias y de las pensiones no pagadas). 3) El interés del menor, principio fácil de expresar pero nada fácil de aplicar; cuando se vive en un contexto familiar en el que los menores se ven expuestos a múltiples transiciones familiares con la aparición de múltiples adultos significativos, se corre el riesgo de que los jueces apoyen cualquier decisión en un estándar indefinible. 4) Prohibición de discriminación respecto del menor para quien resultaría irrelevante que el *beau-parent* sea o no padre biológico; alegación poco oportuna. Las preferencias de la autora parecen dirigirse hacia el derecho del menor a la protección. En efecto, el art. 32 CcQ, y el art. 39 de la Carta de derechos de la persona de Québec, reconocen al menor *el derecho a la protección, a la seguridad y a la atención que sus padres o las personas que ocupan su puesto pueden darle*. Algunos Tribunales con una interpretación generosa de ambos textos, amplían la obligación de alimentos respecto de las personas que ocupan el lugar de los padres. De este modo quedaría claro que la realidad de las funciones asumidas por los adultos debe marcar igualmente la solidaridad intergeneracional.

(82) *Op. cit.* p. 166 s.

(83) *Op. cit.* p. 167.

África del Sur es ejemplo de un país en el que la posición jurídica de los abuelos está últimamente debilitándose, en ciertos aspectos, a tenor de la comunicación de la *Senior Lecturer* Anne LOUW, de la Univ. de Pretoria, significativamente titulada: *Children and Grandparents: An overrated attachment?* (84). Durante mucho tiempo, por aplicación del *Customary law*, dada la importancia de la familia extensa, no sorprende la importancia que la función de los abuelos han ejercido en calidad de *care-givers* de sus nietos, aunque después de los padres biológicos, asumiendo la responsabilidad de educar a los menores en Sudáfrica. Pero la promulgación de diversas normas en desarrollo de la Constitución ha comenzado a disminuir aquélla. Sin embargo todavía en 2009 dos de cada tres menores convivía con sus abuelos, debido a un gran número de circunstancias, entre ellas el nuevo matrimonio del progenitor, lo que ha contribuido a reforzar la línea materna, mientras que se ha debilitado la línea paterna. La conclusión de la autora es que los abuelos ya no disfrutaban automáticamente de sus derechos en calidad de tal y en razón a su estatus sino que deben ejercerlos judicialmente para que se reconozca que un determinado ascendiente ha establecido una especial relación jurídica con su descendiente.

En un aspecto muy concreto del tema, la Prof.^a Masha Antokolskia, de la Univ. de Ámsterdam, expone las posibles soluciones comparativas que se plantean recientemente en algunos países europeos, respecto del deber de alimentos cuando se ha establecido la patria potestad compartida (*alternating residence, shared custody*) en caso de ruptura matrimonial (85). Observa que mientras en Bélgica y Holanda no se ha variado el régimen anterior, en Suecia y Noruega, o bien se ha eliminado el deber legal de alimentos o se ha reducido considerablemente. Está de moda –observa– la patria potestad compartida a instancia de uno solo de los progenitores (*is now being adopted in one country after another*, dice la autora), pero –a su juicio–, si no se ajusta el régimen legal alimenticio puede crearse una nueva fuente de desigualdades en contra de la mujer, quien ya no recibirá la pensión alimenticia de su excónyuge. De no revisarse aquél se supondrá que cada progenitor asume los gastos de mantenimiento de los hijos comunes durante el tiempo que cada uno ejerce su custodia, por lo cual disminuirá *de facto* el estado social de la madre y se incrementará el riesgo de pobreza y exclusión para los menores, al menos mientras se encuentren bajo la guarda de la madre (86).

En cuanto al Japón merecen atención 2 las comunicaciones presentadas respectivamente por el Prof. MINAMIKATA, de la Univ. de Niigata, y por la Prof.^a Adjunta Lisa OSHIMA, de la misma Univ. por ser, en buena parte, comple-

(84) *Op. cit.* p. 389 ss.

(85) Con un título harto significativo: *Child maintenance in shared residence. Arrangements from a comparative perspective: Case instead of money?*, *op. cit.* p. 299 ss.

(86) *Loc. cit.* p. 310 s.

mentarias (87). No debe olvidarse que si a fines del siglo XIX el Imperio del Sol naciente se abrió *codicialmente* al mundo occidental, las costumbres ancestrales no desaparecieron automáticamente sino que convivieron con el nuevo CC, que medio siglo más tarde sufriría el impacto de la derrota en la IIª GM y la ocupación norteamericana. El Derecho de familia es acaso uno de los que más modificaciones ha experimentado a lo largo de esta vigencia ya más que secular. Bajo esta perspectiva el Prof. MINAMIKATA concluye su comunicación sobre las características que presenta el deber de alimentos entre las diferentes generaciones que conviven en Japón con las siguientes conclusiones (88): 1.º Los litigios relativos al deber de alimentos entre diferentes generaciones han decrecido, y las decisiones referentes al deber de asistencia entre los miembros de la familia o entre los parientes próximos ya no se consideran como cuestión jurídica, así que, en la práctica, los ancianos carecen de acción judicial para demandar asistencia a los descendientes adultos. 2.º Son factores que han contribuido a este cambio la mayor independencia financiera de los ancianos lograda a través del sistema de pensiones y de la asistencia médica. 3.º Incluso muchos ancianos están proporcionando ayuda económica a sus descendientes adultos en situaciones de crisis económica, especialmente en materia de educación. Por su parte, la Prof.^a Lisa OSHIMA hace notar que el tema de los *soins des parents âgés par l'épouse du fils aîné* posee notas características pues refleja no sólo una solidaridad entre generaciones, sino también la que existe entre marido y mujer dentro de la misma generación. La práctica japonesa de que el hijo varón casado conviva con sus progenitores sigue practicándose en Japón, aunque en menor proporción. En 2001 afectaba al 22,1 %, mientras que en 2010 ha descendido al 15,2 %. Pero las estadísticas oficiales arrojaban todavía para 2005 un 30 % de casos en los que la esposa convivía con los padres del marido, y cabe suponer que esos cónyuges se ocuparían, al menos, de prestar asistencia respecto de los padres dependientes. Concluye la autora que el tema sigue siendo de actualidad (89). Jurídicamente, aunque el art. 730 CC jap. consagra el deber de ayuda mutua entre los miembros de una familia que residen juntos, los tribunales nipones no reconocen ningún deber legal de asistencia entre esas personas. En consecuencia, la esposa del primogénito casado, aunque se haya dedicado con abnegación a cuidar de sus suegros carece de acción para reclamar los servicios que ha prestado (90). La autora analiza algunas soluciones que propone, entre ellas, –como más razonable a su juicio–, reconocerle derechos sucesorios en la herencia de sus suegros.

(87) La primera se titula: *The provision of support between adult family members in Japan*, op. cit. p. 845 ss., y la segunda rotulada: *La prise en charge des soins des parents âgés par l'épouse du fils aîné au Japon*, op. cit. p. 853 ss.

(88) Loc. cit. p. 850 s.

(89) Loc. cit. p. 853.

(90) Loc. p. 855.

VIII. SUCESIÓN MORTIS CAUSA Y SOLIDARIDAD GENERACIONAL

No parece fácil imaginar una sociedad en la que la muerte de todos los miembros de cada generación supusiera una vuelta a empezar de cero, porque lo creado anteriormente se destruyera necesariamente y, por tanto, nada habría que transmitir a la generación emergente. En tal hipótesis no habría transmisión porque ningún *legacy* había que entregar a los sucesores. Ciertamente, para quienes hemos sido educados en la tradición romana resulta fácil manejar los conceptos de *hereditas*, *successor mortis causa*, *sucesiones forzosa y voluntaria*, *general y particular*, y, en consecuencia, contemplamos con normalidad la realidad social que nos rodea bajo esta perspectiva. Hoy sabemos, y la ponencia del Prof. Jean-Philippe PIERRON, expuesta *sub VII*, lo analiza con gran lujo de detalles, que lo transmitido por una generación a otra es mucho más amplio que la mera enumeración de cosas y derechos *heredables* que se incluyen en el *haber* de un cuaderno particional. Quizá por ello no deja de sorprender el reducido número de Comunicaciones que han tratado de este tema en el Congreso de Lyon 2011 en comparación con las dedicadas al deber de alimentos. Acaso en fecha no muy lejana la ISFL elegirá como tema de un futuro congreso el epígrafe de este apartado. Aunque se concentran en el cap. 7 del programa (*Solidarités familiales et transmissions patrimoniales. Family solidarities and transfers of assets*) las comunicaciones aparecen algo dispersas en las Actas.

La Prof.^a Marianne HOLDGAARD, de la Univ. de Aalborg, bajo un título genérico, se ocupa de algunos aspectos del Derecho sucesorio danés (91). Partiendo de un hipotético muestrario originado por el dinamismo familiar del individuo, en el que aparecen hasta una docena de situaciones familiares en que sucesivamente puede encontrarse en la actualidad en derecho danés una persona, originada por la alta tasa de divorcios (en 2011 alcanza al 40 % de los matrimonios (92)). Expone las diversas reformas familiares ocurridas en 1925, 1990, 2007 y 2009, las cuales otorgan muy amplias posibilidades de regular *a la carta* el régimen económico. Si bien inicialmente el legislador trataba de favorecer a la familia nuclear, esta orientación ha declinado claramente. Todo lo cual ha obligado a modificar el derecho sucesorio danés basado en distribuir la herencia entre los parientes por sangre; pero la parte de éstos se ha reducido al ampliar los derechos del cónyuge superviviente; en el caso de nuevo matrimonio de los cónyuges divorciados, los derechos sucesorios de los hijos del matrimonio anterior que no convivan con él, corren el riesgo de extinguirse, y algo similar ocurre cuando concurren con hijos nacidos fuera de matrimonio. Resulta, por tanto, que

(91) *Generation solidarity? Legal consequences of new family forms in Denmark*, op. cit. p. 551 ss.

(92) Otros datos sociológicos de interés: El 1 enero 2010, el 39 % de la población danesa mayor de 25 años, vivía sola; un total de casi 170.000 personas en la misma fecha eran hogares monoparentales, de los cuales el 83 % eran mujeres (*loc. cit.* p. 552, nota 2).

hay hijos perdedores (los de anteriores vínculos, que no conviven) y otros ganadores (los de posteriores uniones que convivan). Conclusión de la autora: *the legal intergenerational obligations have diminished in an heritage law perspective-specially for separate children* (93).

En el Canadá francés no hay reservas o legítimas pues el principio de autonomía de la voluntad del testador es el eje de su derecho sucesorio, sostiene la Prof.^a Christine MORIN, *Agregée* de la Univ. de Laval (94). El pariente desheredado carece de toda acción, salvo, –desde 1989–, si se encuentra en situación de necesidad, en cuyo caso normas de orden público imponen una limitada obligación de solidaridad respecto de ciertos miembros de su familia (según el art. 585 CcQ, los cónyuges, los unidos mediante unión civil, y los parientes en primer grado de línea recta que reclamen dentro de seis meses siguientes al fallecimiento), a condición de no haber incurrido en causa de indignidad (art. 684), siempre que prueben su estado de necesidad y la herencia pueda prestarlos. La práctica permite constatar que los quebequeses disponen de su libertad testamentaria para beneficiar a su cónyuge, a la persona con la que están unidas civilmente o de hecho, y también a sus hijos. Concluye la autora que, en ausencia de normas imperativas los testadores eligen ser solidarios con los miembros de su familia inmediata (95).

Dubravka KLASICEK, Ph.D. de la Univ. de Osijek (Croacia) se centra en un concreto supuesto de desheredación injusta (96) ya que distintos descendientes del testador pueden encontrarse en diferentes situaciones de necesidad a lo largo de su vida. Comparando con las soluciones adoptadas por Holanda y Dinamarca, se proponen algunas soluciones matizadas para el derecho croata (97).

Responde, sin embargo, a un planteamiento general la comunicación del Prof. Asociado ASLAND, de la Univ. de Oslo (98). En una visión comparativa observa que la mayoría de países pertenecientes al *Civil law*, conservan la reserva o legítima, con variedad de fórmulas y porcentajes del caudal hereditario (Noruega, Islandia, Bélgica, Francia, Luxemburgo, Italia, Portugal, Suiza, Alemania, Austria, Chequia, Hungría, Suecia, Finlandia, Dinamarca y España –régimen común y de algunas CCAA–). En el siglo xx se ha reforzado la posición del cónyuge viudo en muchos de estos países, y

(93) *Loc. cit.* p. 557.

(94) *Solidarités familiales –volontaires ou imposées– en droit successoral québécois*, *op.cit.* p. 599 ss.

(95) *Loc. cit.* p.608.

(96) *How to additionally protect minors and young adults of unlawful disinheritance*, *op. cit.* p.609 ss.

(97) *Loc. cit.* p. 620 s.

(98) *Justifying imperative inheritance law in the twenty-first century*, *op. cit.* p. 623 ss. Con cita reiterada del Prof. CÁMARA LAFUENTE, *Freedom of testation, legal inheritance Rights and public Order under spanish law*, en ANDERSON and Esther ARROYO Y AMAYUELAS (edits.), Groningen, 2011.

también en otros países del *Common law* (UK, Australia, Nueva Zelanda, USA y Canadá). Por otra parte, la Seguridad social y el Derecho de seguros privados han absorbido algunos de los fines antes asignados al Derecho de sucesiones, lo que ha abierto un debate general sobre este último. Por todo ello el autor examina –de modo conciso, pero sustancial– los argumentos favorables y críticos a la sucesión forzosa (99), llegando a la conclusión (100) de que la actual regulación de las legítimas no es perfecta, y puede ofrecer dificultades en la sucesión de una empresa familiar. Sin embargo, no le parece suficiente otorgar exclusivamente alimentos a los herederos forzosos. Sucesivamente analiza diversas fórmulas que se han ensayado en diferentes países. En todo caso concluye que debe conseguirse un compromiso entre la libertad de testar y la solidaridad familiar. Una revolución drástica no sería aquí necesaria (101).

La Prof.^a Odile Roy, *Maître de conférences* de Paris Ouest Nanterre La Défense, expone sus temores y se muestra más bien escéptica en cuanto a las reformas introducidas en el Derecho sucesorio galo por las leyes de 2001 y 2006 (102). Recuerda la autora que la reserva –o legítima forzosa– era una de las técnicas utilizadas en Francia desde 1804 para imponer una solidaridad entre las generaciones. En efecto viene a establecerse un equilibrio, pues se deja un margen de actuación a la voluntad del difunto que puede otorgar donaciones o disponer de legados a favor de quien desee gratificar; pero al proteger la ley a ciertos herederos (*reservataires*), éstos no pueden ser totalmente desheredados. La Ley de 2001 mantiene, y define por primera vez, el concepto de reserva (*la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dit réservataires, s'il sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent*). Pero la autora acude a una imagen literaria diciendo que *si la réserve est maintenue, elle se réduit comme "peau de chagrin" si tel était le vœu du défunt* (103). Como cuestión primera se sostiene que la reserva sólo garantiza de forma residual la solidaridad entre generaciones, y para ello analiza la posición de los descendientes en relación con el cónyuge viudo que hasta esta ley no era heredero forzoso, especialmente en relación con la vivienda familiar, y luego con los ascendientes, respecto de los cuales la reforma ha suprimido la reserva de los abuelos; además la designación de un legatario universal a favor de un extraño, en ausencia de cónyuge, extingue la re-

(99) *Loc. cit.* p. 625-636.

(100) *Loc. cit.* p. 637-640.

(101) *Loc. cit.* p. 640.

(102) *Réserve héréditaire et solidarité familiale, op. cit.* p. 641 ss.

(103) Alude a una famosa novela de Balzac, con el mismo nombre, cuyo argumento se refiere al afortunado poseedor de cierto amuleto (la piel de un animal misterioso) que otorga cuanto se le pide con la única consecuencia de reducirse su tamaño cada vez, con el consiguiente disgusto de su poseedor, hasta que finalmente la piel desaparece y su poseedor muere ... como la autora cree que ocurrirá con la reserva en Francia a medida que aumente el número de las excepciones legales.

serva y el derecho de alimentos de todos los ascendientes. Luego estudia diferentes vías prácticas que permiten soslayar las reservas a favor de los hijos del primer matrimonio, sobre todo cuando después de una ruptura se utilizan medios societarios. Por su parte, la Ley de 2006 permite renunciar anticipadamente a la reserva, lo que puede originar un pacto sobre sucesión futura omitiendo aquélla. La conclusión aparece muy matizada (104): Al constatar hasta qué punto el orden público sucesorio francés se ha reducido a medida que se incrementan los ataques a la reserva, se puede considerar que quizá hubiera sido menos hipócrita suprimir pura y simplemente la reserva sucesoria. El legislador de 2006 ofrece a todos los testadores nuevas técnicas para perfeccionar la transmisión de su patrimonio; aunque estas posibilidades se enmarquen adecuadamente en el sistema, esta transmisión no llegará a beneficiar necesariamente a los herederos reservatarios. El legislador de 2001 ha privilegiado al cónyuge superviviente en detrimento de los parientes. La reforma de 2006 refleja el triunfo del individualismo que parece ineluctablemente hacer periclitar las solidaridades familiares. Pero el testador disponente puede, si tal es su voluntad, organizar una solidaridad familiar como objetivo a alcanzar y más eficaz, minimizando el riesgo de reducción de las liberalidades que ha otorgado. *La place faite à la volonté du disposant lui permet de transmettre une large part de ses biens à celui qu'il souhaite protéger qu'il s'agisse d'un enfant vulnérable, de son conjoint, ou encore de son partenaire pacsé, voire de son concubin ... ou d'un tiers.* Obligado es constatar, sin embargo, que conservando la reserva, a la cual los franceses dicen estar muy vinculados, el derecho francés se ha acercado mucho a los sistemas jurídicos que dejan a cada uno la libertad de disponer gratuitamente a su voluntad (105).

La comunicación del Ater M. MOLIÈRE, de Lyon-3 sobre *La substitution, mécanisme d'affectation familiale des biens* (106) se centra en el estudio del nuevo art. 1048 Ccfr, introducido por la reforma de 2006 bajo el eufemismo de *libéralité graduelle*, para eludir el recuerdo del régimen aristocrático que lo practicaba en el *ancien regime*, con el siguiente texto: "Una liberalidad puede ser gravada por una carga que suponga para el donatario o legatario la obligación de conservar los bienes o derechos que constituyen su objeto y de transmitirlo, a su muerte, a un segundo gratificado designado en el documento". En el originario art. 896 Ccfr se declaraba lapidariamente que *les substitutions sont prohibées. Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers sera nulle*. La reforma de 2006 –dice el autor (107)– gracias a un maquillaje sutil, los arts. 1048 a 1074, están ahora vigentes, agrupados en un cap. denominado *Des dispositions permises en faveur des petits-enfants du donateur ou testateur ou des enfants de ses frères et*

(104) Loc. p. 661.

(105) *Ibidem*.

(106) Loc. cit. p. 663 ss.

(107) Loc. cit. p. 666, nota 11.

soeurs, originando así las denominadas liberalidades graduales. El autor trata de ver en ellas un mecanismo modernizado al servicio de la solidaridad transgeneracional. Espera que el habitual balance decenal de las nuevas instituciones que se practica reglamentariamente en Francia, permitirá ver los avances logrados hacia la finalidad propuesta para esta modernizada substitución fideicomisaria.

Considero que debe incluirse en este apartado –aunque desubicado en el cap.7 de las Actas– la comunicación de la Doctoranda Clémence NITOT-DUMONT, de la Univ. de Paris Descartes sobre *La convention comme mode de transmission patrimoniale: Le pacte de famille* (108). El enunciado puede desorientar al lector español, pero creo que nada tiene que ver con el tema difundido últimamente entre nosotros con la denominación de *protocolo familiar*, usado para facilitar la sucesión en la empresa de este tipo; aunque puede haber algunos puntos de contacto entre ambas figuras; en realidad, la autora se está refiriendo fundamentalmente al pacto sucesorio. Afirma, en efecto, que los diferentes componentes del orden público sucesorio, presentes en el Ccfr desde 1804, progresivamente han ido apareciendo como inadaptados a la estructura familiar y al modo individual de vida, aconsejando una evolución de las normas relativas a las sucesiones y a las liberalidades. La función de la herencia, el origen del patrimonio personal, la estructura de la familia, la duración de la vida y las costumbres sociales han evolucionado considerablemente, creando un *décalage* cierto entre la realidad y la pertinencia de la legislación en la materia. Así la reforma de 2006 ha abierto la vía a la convención o pacto como modo de transmisión patrimonial sucesoria. Se trata de un mecanismo ideal para una transmisión anticipada que permite mayor previsibilidad que las simples disposiciones testamentarias, que constituye un modo de evitar conflictos, y permite una transmisión adaptada a las circunstancias; se autoriza la renuncia anticipada a la acción de reducción (por sus siglas: RAAR), y la *donation-partage* del art. 1075-1, conforme al cual “cualquier persona puede realizar igualmente la distribución y partición de sus bienes y derechos entre descendientes de grados diferentes, sean o no herederos presuntos”. A juicio de la autora (109), la donación-partición transgeneracional facilita una adaptación de las reglas relativas a las sucesiones y liberalidades al envejecimiento de la población, en la medida en que autoriza a saltarse la generación intermedia y beneficiar con un capital a los nietos que están a punto de iniciar su vida activa. Finalmente, las liberalidades graduales y residuales, concebidas inicialmente para poder ejercitar una mayor solidaridad hacia un menor discapacitado, al haber sido generalizadas permiten una mayor adaptación a las realidades de la vida. Pero la autora no olvida alertar sobre sus riesgos (110), pues se trata de un instrumento potencialmente peligroso para los

(108) *Loc. cit.* p. 1069 ss.

(109) *Loc. cit.* p. 1074 s.

(110) *Loc. cit.* p. 1075 ss.

miembros de la familia pues cabe dudar que la ley garantice que el consentimiento prestado sea íntegro, así como la eficacia de las precauciones en caso de variar la situación patrimonial de las partes. Finaliza llamando la atención sobre los riesgos de la *contractualización de la familia*, dado que *la famille n'est pas une construction individuelle fondée sur une association d'intérêts privés dont les particuliers semblent librement disposer: elle est une institution sociale* (111).

IX. LAS COMUNICACIONES ESPAÑOLAS AL CONGRESO

Hay que congratularse de que la participación española en el Congreso de Lyon haya sido más numerosa que en el inmediatamente anterior Congreso de Viena y que también se hayan incrementado, obviamente, las que han sido objeto de publicación; obligado reconocimiento a la actual brillante y fecunda doctrina familiarista hispana, no siempre presente allende nuestras fronteras. Habiéndome ocupado en el apartado VI, de la Comunicación del Prof. vallisoletano GARCÍA MEDINA, de perspectiva más bien filosófico-jurídica, procede ahora sintetizar las restantes, siguiendo el orden de su inserción en las *Actas*.

La Prof.^a Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, también de la Univ. de Valladolid, se ocupa de los aspectos personales del denominado simplificada *derecho de visita de los abuelos*, que la Ley 42/2003, de 21 noviembre, ha normativizado específicamente con una regulación que –como se comprueba en estas *Actas*–, ha trascendido con cierta amplitud a la doctrina extranjera. La autora se centra en los aspectos procesales de estas relaciones, en la oposición y en la justa causa para su denegación, y, por último en el alcance y límites del derecho a mantenerlas. A modo de introducción recuerda la importancia de la ayuda que los abuelos están prestando a sus hijos en el mantenimiento, cuidado y educación de sus nietos, a la vista de los nuevos modelos familiares y de las dificultades para conciliar la vida profesional y familiar, especialmente de las madres, en países como el nuestro en donde el trabajo a tiempo parcial es menos frecuente que en otros de la UE; en consecuencia, los abuelos están participando de modo nada desdeñable en la vida diaria de las familias con hijos menores, todo ello consecuencia principal de la creciente incorporación de la mujer al mercado de trabajo. Si normalmente son los padres quienes deciden sobre la participación cotidiana de los abuelos en la vida de los nietos, la aparición de disfunciones o conflictos puede determinar que sea necesaria una decisión judicial, la cual se adoptará en el procedimiento adecuado. Con carácter general el art. 160 p. 2.º CC dispone que “no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados”; el par.

(111) Con cita de Mme. D. FENOUILLET, *La contractualisation de la famille?* (cit. p. 1077, nota 28).

3º señala los criterios que, en su caso, el juez deberá tener en cuenta para tomar una decisión al respecto. Al margen de precedentes jurisprudenciales anteriores, la autora fija en la ley 11/1981, de modificación del régimen de filiación y del matrimonio, la característica de ser la primera norma que declara el derecho del menor de establecer relaciones personales con otros miembros de la familia o con otros parientes, aunque sin mencionar expresamente a los abuelos. De aquí su crítica a la Ley de 2003 (112), que, a su juicio, no responde a una demanda social especial y que complica una cuestión de por sí difícil y conflictiva. En su opinión el derecho de los abuelos se ejercerá normalmente en el marco general de los procesos matrimoniales, y cuando se actúe individualizadamente no está previsto que se establezca un sistema diferente y en paralelo cuando las relaciones familiares aparezcan normalizadas. Del art. 160 se deduce la profunda convicción del legislador –que puede calificarse de presunción legal–, ratificada por los tribunales, de que las relaciones de los abuelos con sus nietos son beneficiosas para éstos. Analizando la reciente jurisprudencia, especialmente de las AAPP, se constata la presencia de un conflicto personal intenso, persistente y en apariencia insoluble, que determina la ausencia de relaciones personales ascendientes-descendientes, en cuyo caso se produce la intervención del juez. A su juicio no es viable que el juez intervenga cuando el conflicto surge meramente por haber modificado los progenitores el sistema de guarda y residencia de los menores (113). El criterio jurisprudencial lo califica de prudente, diferenciando las hipótesis de fallecimiento de uno de los padres o de habersele retirado del sistema de comunicación y residencia (por ej. por violencia de género), y cuando se da un verdadero conflicto entre los abuelos y los titulares de la patria potestad. A modo de conclusiones (114), la autora afirma que el Ccesp configura el mantenimiento de relaciones personales entre abuelos y nietos como un derecho con entidad propia, susceptible de ejercicio judicial, que la mayoría de Tribunales reconoce aunque subsista un conflicto familiar intenso y persistente que no suelen estimar suficiente para destruir la presunción favorable que establece el art. 160 CC.

El Prof. RIBOT IGUALADA, Catedrático de la Univ. de Gerona, tiene merecido prestigio como especialista en el estudio monográfico del deber legal de alimentos (115), y en su comunicación, trascendiendo normativas singulares, ofrece un posible marco normativo, que incluso pudiera servir de modelo, no sólo al nuestro, sino al menos a otros países del *Civil law*. A modo de introducción recuerda que en las sociedades occidentales, al incrementarse

(112) *Loc. cit.* p. 446.

(113) *Loc. cit.* p. 450.

(114) *Loc. cit.* p. 456.

(115) RIBOT IGUALADA, *El fundamento de la obligación de alimentos entre parientes*, ADC, 1998, p. 1105 ss.; *Alimentos entre parientes y subsidiariedad de la protección social* (Valencia 1999); *Family law and intergenerational family solidarity-Should be enforceable maintenance rights vis-a-vis adult relatives*, en el vol. "Family Finances" (ed. Bea VERSCHRAEGEN) (Wien 2009) p. 33 ss.

la expectativa de vida se ha hecho preciso dedicar mayores recursos para prestar mejores cuidados y más prolongados para un mayor número de personas dependientes, si bien el dramático descenso de la fertilidad pone en riesgo la sostenibilidad del sistema financiero de la seguridad social. La posibilidad de guardar una razonable *ratio* entre beneficiarios y contribuyentes se ha hecho muy improbable en los años venideros próximamente. Mientras tanto, muchos programas sociales de bienestar, especialmente en beneficio de ancianos y personas en situación de vulnerabilidad, encuentran dificultades por la crisis de las finanzas públicas. Se opone rotundamente a realizar una desfamiliarización del sistema de protección pues los ancianos siguen perteneciendo a la familia y las jóvenes generaciones pueden dar el paso adelante que no pueden calcular los servicios públicos. Se propone con su comunicación alertar contra una solución que califica de simplista invocando una responsable relación intergeneracional. En relación con la noción de pariente necesitado de asistencia y la determinación de aquellos parientes calificados para compartir su situación advierte algunos errores legales en el concepto de solidaridad familiar, que lo desaconsejan para apoyar una solución al problema. Con ejemplos tomados de Francia y Gran Bretaña afirma que resulta contraproducente reforzar con medidas sociales la eficacia de las obligaciones de asistencia de naturaleza privada, que conducen a una instrumentalización del Derecho civil (116). También propone mayor flexibilidad a la hora de privar de la legítima a un heredero forzoso por haber negado alimentos sin causa justificada al testador que le deshereda. Invoca en este punto normas de los derechos austriaco, alemán y español (117). Ambos supuestos considerados envuelven parecidos problemas aunque son diferentes los supuestos de hecho. En el primero (ejercicio por los servicios sociales de la acción de alimentos contra el obligado) el legitimado civilmente no había ejercitado su derecho; en el segundo (desheredación a modo de sanción por incumplimiento del deber) hay pérdida de legítima por no haber prestado previamente alimentos el pariente obligado. En ambos supuestos la ley aplica automáticamente sus efectos. Cita una sentencia del TS alemán de 2010 en la que durante más de 30 años la madre enferma mental había dejado a su hijo de 12 años en un hospicio; el alto tribunal no considera que hay motivo para que, más tarde, éste la desheredara. En parecido sentido menciona otra sentencia del TC alemán de 2005 (en la que también se hace valer el argumento de la necesidad de evitar una nueva discriminación para los hijos no matrimoniales, como era el caso). Por otra parte, estima que las políticas legales que invocan enfáticamente la refamiliarización del cuidado y asistencia parecen ignorar que las familias contemporáneas, normalmente con un menor número de miembros y tamaño que las tradicionales están peor preparadas que éstas para hacer frente por

(116) *Les solidarités entre générations* etc. cit. p. 711.

(117) Con mención del art. 451-7 CcCat que ha añadido una nueva causa de desheredación consistente en la ausencia de una relación familiar exclusivamente atribuible al heredero forzoso (*op. cit.* p. 713).

sí solas a las demandas alimenticias de los mayores (118). Propone que en lugar de considerar que se produce una competición entre la familia y los servicios públicos para atender a los miembros necesitados de asistencia, deben buscar más bien poner a contribución la ayuda y soporte emocional que las familias pueden proporcionar a sus miembros (119). Los últimos cambios económico-sociales permiten así hablar de una *intimacy at a distance*. Por otro lado, el desarrollo de los servicios sociales en muchos países europeos durante el presente siglo se constata que no han relajado los vínculos familiares. Deben abandonarse preconceptos sobre una solidaridad familiar normativa y recompensar aquellas iniciativas que voluntariamente incluyan las tareas de atender a los miembros dependientes y necesitados de ayuda. Debe auspiciarse la cooperación entre la familia y el Estado para compartir de forma pública-privada la prestación de cuidados y asistencia. Propone eliminar el principio de subsidiariedad, poniendo sin embargo el énfasis en el carácter personal de las reclamaciones de asistencia legal. Las acciones de alimentos frente a los parientes pueden conservarse con carácter complementario. Allí donde existan deberes legales respecto de los parientes ello no debe reducir la posición de éstos en cuanto a beneficios fiscales, vivienda, previsión social y otros. Invertir medios y energías en crear un medio ambiente que favorezca una conducta de los parientes, especialmente frente a los de más edad y a los más jóvenes, es una política legal más prudente que promover directa o indirectamente el reforzamiento de los deberes morales o castigar a los parientes por sus incumplimientos. Concluye insistiendo en su objetivo de mayor flexibilidad: *Some families are more willing than others to assume care or are better prepared to take over for economic or for other causes. Attitudes towards needy relatives and to care-giving also differ greatly across European societies and between families in one and the same country. Accordingly, considering this variety of attitudes, cultural background and living arrangements, only a flexible approach can achieve positive results* (120).

El recensor tuvo el honor de asistir al Congreso y presentó una comunicación con el siguiente título: *Solidarité des générations et protection des personnes âgées en Espagne: Droit civil ou Droit social? Alternative ou cumul?* (121). A la vista del panorama social –que habitualmente reiteran todas las aportaciones– me pregunto en ella si no ha llegado el momento de volvernos hacia la familia amplia en sentido tradicional al objeto de que ella garantice preferentemente la asistencia a sus miembros de mayor edad; junto a ella el Estado podría encontrar nuevas fórmulas de asistencia y protección, precisamente para recompensar a los padres que han dedicado toda su vida a trabajar por cuenta ajena. Quizá la solución se encuentre en un sistema mixto. En primer lugar propongo reflexionar sobre la conve-

(118) *Op. cit.* p. 716.

(119) *Op. cit.* p. 717 ss.

(120) *Op. cit.* p. 720.

(121) *Op. cit.* p. 771 ss.

nencia de calificar como estado civil a la situación que suele denominarse multiformemente (*vieillesse, elderly, ancianidad, tercera edad o vejez*), ya que se contempla a personas que pese al deterioro físico normal, conservan plenamente su capacidad intelectual y volitiva para realizar actos de la vida social y jurídica. Recuerdo que pese a anunciar reiteradamente que dedicaría especial atención a tales personas, la ONU no acaba de afrontarla, habiéndose limitado en 2006 a tratar de la discapacidad, sólo transversalmente relacionada con la ancianidad. Después de describir sucintamente el contenido de ese posible estado civil, me ocupo de su derecho legal de alimentos, fijándome en las diferencias entre nuestro CC y el napoleónico, con cita especial de Carbonnier, Hauser y Daniëlle Huet-Weiller. Trato de explicar la *coda* o *addenda* que la reforma de 2005 ha introducido en el art. 68 CC esp, trayendo a colación diferentes interpretaciones doctrinales, sugiriendo que pudiera tratarse de la conexión que el legislador ha querido establecer entre la normativa civil y la vía hispana de protección social que ha tratado de culminar la Ley 39/2006. Concluyo que en el Derecho español, conforme a la Constitución de 1978, se ha ido estableciendo, paso a paso, una pequeña red de derechos y obligaciones sociales que amplían los tradicionalmente reconocidos en el CC, singularmente a favor de los ancianos, que permiten mejorar notablemente las relaciones entre generaciones. La doctrina civilista española, en buena parte, espera que próximamente esa red legal se perfeccione eliminando incertidumbres y contradicciones con el resto del ordenamiento, de modo que el estado de bienestar pueda consolidarse como una realidad para todos (122).

La Prof.^a M.^a Elena LAUROBA, de la Univ. de Barcelona, analiza la novísima regulación del patrimonio protegido en el CcCat (123). Desde 1998 Cataluña tenía un Código de Familia aprobado por Ley 9/1998, de 15 julio, prototipo de código sectorial, que ha sido el material privilegiado para la nueva regulación contenida en el Libro segundo del CcCat, aprobado por Ley 25/2010, de 29 julio, ya que era necesario introducir nuevos instrumentos para afrontar las necesidades de las familias catalanas, así como la realidad de la heterogeneidad del hecho familiar. En el ordenamiento general español la Ley 41/2003, de 18 noviembre, había introducido con idéntico nombre una institución similar, aunque pese a los beneficios fiscales estatales que establece, parece que sólo un número muy reducido de familias catalanas la había utilizado. Según el art. 227 CcCat el patrimonio protegido nace de la apropiación de bienes aportados a título gratuito por la persona constituyente, así como sus rentas y bienes subrogados, para la satisfacción de las necesidades vitales de una persona afectada por una discapacidad mental, síquica o sensorial de cierta gravedad o en situación de dependencia igualmente severa. La autora analiza su régimen jurídico específico destacando

(122) *Op. cit.* p. 783.

(123) La "*protection patrimoniale des personnes handicapées ou dépendants*" dans le code civil catalan: Le patrimoine protégé, *op. cit.* p. 833 ss.

las diferencias que lo separan de la Ley 41/2003. Especialmente en relación con su naturaleza afirma (124) que cabe suponer que el legislador ha querido constituir una modalidad de patrimonio próxima del *trust* anglosajón, figura jurídica que –reconoce– obsesiona en Cataluña desde hace algún tiempo. Preocupa especialmente la determinación del régimen de administración, regido por el principio de la libertad civil, con la única prohibición de que el propio beneficiario sea administrador del patrimonio; por lo demás, cualquiera puede serlo, incluso las fundaciones tutelares. A falta de disposiciones sobre ello en el acto constitutivo, hay normas supletorias que conciben el cargo de modo general y amplio, y en su defecto se remite a las normas de la tutela. El tema más importante se plantea en relación con los actos de disposición extraordinaria y de disposición, que pueden confluir en la necesidad de autorización judicial, exigencia que –opina la autora– puede llegar a contradecir la filosofía de la figura (125). Por último, se ocupa de las causas de extinción del patrimonio protegido y de los mecanismos generales de publicidad (a cargo de un registro administrativo regulado por D. 30/2012, de 13 marzo). Finaliza con algunas reflexiones sobre la nueva figura y su real implantación (126), manifestándose dubitativa mientras no se cumpla el primer quinquenio de creación (hasta ahora las estadísticas muestran que también ha tenido escasa aplicación en Cataluña). Para su consolidación confía en la colaboración de los profesionales (abogados, notarios) que aconsejan y asesoran a los padres preocupados por sus hijos con los problemas descritos y, sobre todo, por su futuro.

La Prof.^a M.^a Dolores CASAS PLANES, de la Univ. de Jaén, se ocupa de un problema planteado entre nosotros con alguna gravedad (127). Se trata del ingreso en residencias por parte de ancianos, con o sin el consentimiento de los interesados. La doctrina no está de acuerdo en los requisitos exigibles cuando padecen alteración de sus facultades mentales y se pretende su ingreso en un hospital psiquiátrico. Si el ingreso se produce en una residencia y el anciano no padece ninguna enfermedad mental, no hay requisitos legales. El Defensor del Pueblo, sin embargo, ha denunciado con reiteración una tendencia a restringir, sin autorización judicial, los derechos fundamentales del ingresado por decisión de su familia (visitas, salidas, aislamientos físicos o farmacológicos, etc.).

Considera necesario partir de los siguientes presupuestos: a) Mantener a las personas mayores en su entorno social y familiar es clave para su salud y bienestar (*Toute personne âgée doit pouvoir vivre dans son foyer aussi longtemps que possible*: Resolución 46/1991, de 16 diciembre de la Asamblea General de la ONU). Pero cuando esto no sea posible por circunstancias personales o familiares, el Estado-providencia debe proporcionar

(124) *Op. cit.* p. 837 y nota 11.

(125) *Loc. cit.* p. 839.

(126) *Loc. cit.* p. 840 ss.

(127) *La protection en Espagne de la personne âgée internée dans un centre gériatrique*, *op. cit.* p. 1043 ss.

medidas alternativas (art. 49 CE). b) En España es reducido el porcentaje de residentes en centros geriátricos, debido a la falta de su construcción por el Estado, aunque su número está en progresión (en 2000, el 2,8 % de personas tenían acceso; el 4,4 % en 2008, algo inferior al 5 % que exige la UE, si bien Andalucía se mantenía aún en el 2,9 %). Pero ello es debido, sobre todo, a los precios exorbitantes de las residencias privadas, inaccesibles para la mayoría de personas. Ello motiva la proliferación de residencias ilegales, fuente potencial de abusos a los mayores al carecer de controles de vigilancia. c) La ratificación por España de la Convención de la ONU de 2006, y la Res. de 2010 del Consejo de la UE, originan un nuevo marco legal para la discapacidad, y marcan un antes y un después en la consolidación y garantía de los derechos humanos de los discapacitados, así como una nueva interpretación judicial del régimen vigente.

La autora hace una exposición histórica de la reglamentación española sobre internamientos no consentidos en el caso de los enfermos mentales (1.ª etapa: art. 211 CC reformado en 1983, aplicado conforme al TC y a la doctrina del TEDH; 2.ª etapa: Art. 763 Lec 2000, cuya inconstitucionalidad parcial se ha declarado por sentencia TC 32/2010; 3.ª etapa: Propuestas de reforma contenidas en el *Manual de buenas prácticas de los Procuradores*, 2011).

Luego se ocupa del internamiento en residencias geriátricas de mayores sin trastornos mentales y sin haberlo consentido. Si la persona ha sido declarada dependiente según la Ley 39/2006, el ingreso en un centro geriátrico se rige por el art. 4.2 de la misma, que garantiza al sujeto pleno ejercicio de sus derechos jurisdiccionales en el caso de admisiones sin su consentimiento, mediante un procedimiento contradictorio. Pero si la persona no ha sido declarada dependiente, el ingreso en aquéllas carece de reglamentación, habiendo recaído jurisprudencia contradictoria, siendo minoritaria la que considera inaplicable el art. 763 Lec, mientras que, por el contrario, la mayoría de tribunales y de doctrina propugnan su aplicación analógica (128), opinión que la autora también hace suya con abundante argumentación (129).

En cuanto a los ancianos, no afectados de enfermedad mental, que deciden libremente ingresar en residencias geriátricas, no hay una normativa estatal, pero sí la han promulgado algunas CCAA; como Andalucía por Ley 6/1999, de 7 julio, que ha puesto en funcionamiento un servicio de inspección con apreciables resultados (130).

Por último reflexiona agudamente sobre el respeto de algunos derechos fundamentales de los ancianos ingresados en centros geriátricos recordan-

(128) *Loc. cit.* p. 1051 ss.

(129) *Loc. cit.* p. 1053. Muestra su extrañeza de que no la haya adoptado la s. de 26 febrero 2002 del TEDH al dar por bueno, sin autorización judicial, el ingreso en un centro geriátrico contra su voluntad de una mujer suiza de más de 80 años, aquejada de demencia.

(130) *Loc. cit.* p. 1055 ss.

do que hoy en día el grado de civilización de una democracia avanzada está estrechamente vinculada al compromiso que la sociedad y las instituciones públicas aportan al bienestar de sus mayores (131).

X. *RAPPORT DE SYNTHÈSE* (132)

El Prof. FULCHIRON ha acertado a redactar, como ponencia de síntesis, una bella pieza literaria, en ocasiones hasta poética, sin perder en modo alguno rigor filosófico, jurídico o sociológico, acometiendo un objetivo nada fácil y apto para atemorizar al más osado (133). Encuentra inspiración en un *chanteur* galo, para dar, de entrada, con una *fascinante formule, profonde et naïve à la fois: le droit à l'avenir* (134). Se ha demostrado –asegura– que el tema elegido para el Congreso es prácticamente inagotable, pero inicialmente trata de resumirlo en dos términos: *diversité et complexité*. Diversidad de situaciones demográficas (desde los países occidentales con su población envejeciente, hasta los países emergentes ricos con su juventud ... que envejecerá algún día). Diversidad de situaciones económicas (países en donde la riqueza pertenece exclusivamente a los ancianos, hasta aquellos otros en que los viejos figuran, a su vez, entre los más pobres entre los pobres). Diversidad de tradiciones y de estructuras sociales, diversidad de sistemas políticos y sociales, diversidad especialmente de sistemas jurídicos en un terreno que ha quedado anclado en las tradiciones propias de cada sociedad, con su concepción de la familia, su visión de las relaciones entre la familia y el Estado, entre el individuo y la colectividad. *Diversité et complexité*, pues el tema de las solidaridades entre generaciones se encuentra en la encrucijada de una diversidad de cuestiones: posee, sin duda, una dimensión jurídica, pero también social, económica y ética. Se enfrentan entre sí fuerzas muy complejas y sistemas lógicos a veces contradictorios (135).

(131) *Loc. cit.* p. 1060.

(132) Se debe al Director del Congreso, Prof. Hugues FULCHIRON, de la Universidad Jean Moulin LYON-3, y Director del Centro del Derecho de Familia. Se publica en francés: *Quelles solidarités pour demain?*, *loc. cit.* p. 1101 ss, e inglés: *Wich solidarities for tomorrow?*, *loc. cit.* p. 1119 ss.

(133) Alude a: *Surmonter la peur de l'ostacle, celui qui consiste à tenter de rendre compte de la somme d'idées, de débats, d'affirmations, d'interrogations, de contradictions parfois, qui font éclos au fil des jours*. [*Belle et bonne tâche!* se atreve a concluir el recensor ...].

(134) Idea que considera ha estado constantemente presente en los debates del Congreso, y que le permite afirmar perspicazmente: "*Nous aussi, nous avons droit à l'avenir*": *c'est peut-être ce que nous dirons les générations futures, à qui nous demanderons d'être solidaires de dettes qui sont avant tout les nôtres* (*loc. cit.*)

(135) *Loc. cit.* p. 1101 s.

Una de estas contradicciones es la que, a su juicio, se manifiesta entre los extremos de esta cadena de generaciones: Por un lado, los menores (*enfants*) y la juventud, que nuestras sociedades valoran enormemente, con reflejo incluso en el ámbito del derecho, afirmándose –sin objeción alguna– la existencia de un deber de solidaridad individual y colectivo pues aquéllos representan el futuro de las familias y la sociedad. Por otro, las personas a quienes la edad, la enfermedad o la discapacidad convierten en vulnerables, grupo de personas que se observa con cierta inquietud y a veces aprensión, sobre todo cuando se mezclan aspectos económicos. Todo ello originan “dos imágenes contrapuestas que vienen a traducir las esperanzas y las angustias de las sociedades contemporáneas, apasionadas por la vida, por la creación de la vida, por el triunfo de la vida sobre la enfermedad y la discapacidad, pero que se sienten incómodas y a veces desarmadas ante lo que no pueden dominar: la vejez, la caducidad, es decir todo lo que nos lleva a nuestra finitud, individual y colectiva” (136).

Sin embargo el autor prescinde y va más allá de estas contradicciones, adoptando como criterio director de su ponencia las dos grandes líneas de fuerza que –en su opinión– atraviesan a todas las generaciones, y que describe así: 1.^a) La profunda renovación de las solidaridades entre generaciones; y 2.^a) A través del cuestionamiento sobre la articulación entre lo individual y lo colectivo, entre el individuo-familia-sociedad, entre las inquietudes de unos y las esperanzas de otros, todo ello para alcanzar nuevos equilibrios.

Renovación de solidaridades entre generaciones. En un mundo en evolución, incierto en muchos aspectos, aparecen nuevas necesidades de ayuda mutua, respecto de las cuales ocurre que las formas más clásicas de solidaridad entre generaciones –las de tipo familiar– tienen tantas dificultades en captar cómo las mismas familias se encuentran en plena mutación (137). Tales necesidades se vinculan a dos movimientos de fondo que atraviesan nuestras sociedades, uno de orden científico y médico (prolongación de la vida humana y, más profundamente, un cierto señorío sobre la vida y lo viviente), y otro vinculado a las evoluciones económicas y sociales que hacen frágiles o vulnerables a una parte de la población.

La maîtrise de la vie et du vivant, si bien representa seguramente un inmenso beneficio para la humanidad, crea, en cambio, nuevas necesidades (de protección y mutua ayuda) que, en sí mismas, conducen a interrogarse

(136) *Loc. cit.* p. 1102. Texto que a juicio del recensor hubiera podido completarse –haciéndola más profunda todavía– con la contradicción que resulta de una casi universal legislación amplísima en materia de permisión legal del aborto, y esa sociedad contemporánea descrita por el autor como apasionada por la vida y la creación de la vida. La Convención de 2006 contradice abiertamente también una legislación que autoriza, por ej., el aborto de los *nascituri* que presentan el síndrome de Down en los análisis previos, y que, entre nosotros, ha hecho reducir drásticamente su número en las últimas estadísticas de nacimientos.

(137) *Loc. cit.* p. 1103 ss.

nuevamente sobre las solidaridades familiares. Ello es cierto para los *hijos menores*, –subraya–, pues el descenso de la mortalidad infantil, el dominio de la procreación, la posibilidad de crear hijos, y no sólo de procrearlos, han contribuido a cambiar la imagen de la infancia en general y el estatuto jurídico del menor en particular. La consagración de los derechos de los menores cambia así la perspectiva en que se inscriben las relaciones entre generaciones (138). El deber de solidaridad que recae sobre los padres y abuelos y, en general, sobre la familia en sus diferentes dimensiones, debe reconstruirse en torno a los derechos del menor, lo que altera su naturaleza y coloca al menor en una situación muy particular, que en cierto modo le convierte en un *acreedor privilegiado de las solidaridades familiares*. Se crea una asimetría de solidaridades que rompe con la visión tradicional de solidaridades recíprocas de idéntica naturaleza. Opina Fulchiron que no hay ruptura en las solidaridades familiares, pero ambos eslabones de la cadena ya no son ni del mismo calibre ni del mismo metal.

La prolongación de la duración de la vida humana ha sido uno de los temas centrales del Congreso, y una de las apuestas capitales para nuestras sociedades, a saber el tratamiento de la dependencia. Con ella ha surgido una inmensa necesidad de solidaridad, que a veces se mira con inquietud: ¿cuál será su extensión, su costo y quién se hará cargo de ella? ¿cuál será su fundamentación jurídica?

Junto a los ancianos dependientes, existe un *no man's land*, representado por los adultos afectados por profundas patologías, la prolongación de cuya vida se asegura a través de los incesantes progresos de la medicina, pero sin que las estructuras médicas, las ayudas sociales y el estatuto jurídico que les protegen sean siempre satisfactorios (139).

Des nouvelles besoins. Entre ellas el autor selecciona: a) la prolongación de los estudios y las dificultades de ingreso en el mercado del trabajo para las jóvenes generaciones. Así entre la llegada a la mayoría de edad y la autonomía se extiende un periodo más o menos prolongado según los países, para un número creciente de jóvenes que plantean un problema, no de su estatuto jurídico (son mayores plenamente capaces) sino de seguir estando a cargo de su familia o de la colectividad. Aparece una generación intermedia en demanda de solidaridad. b) Similar situación es la de quienes, en cualquier momento de su vida, se enfrentan a la pérdida de empleo o a la enfermedad. Con frecuencia la solidaridad colectiva actúa eficazmente, pero ¿qué hacer cuando aquella no funciona, o es insuficiente? ¿qué parte corresponde a la solidaridad familiar?

(138) *Loc. cit.* p. 1104.

(139) El autor describe gráficamente su actual situación: *Ils ont perdu la protection accordée à l'enfance; ils ne bénéficient pas d'un statut qui reconnaisse la particularité de leur situation et la spécificité de leurs besoins.* - *Le sort de ces personnes dépendantes, disséminées au milieu de la grande chaîne des solidarités contribue en tout cas à nos interrogations sur le fondement des solidarités entre générations: pour qui? pour quoi?* (*loc. cit.* p. 1105).

Solidaridad entre generaciones y metamorfosis de la familia. Con la atención puesta especialmente en Francia el autor pone de relieve que algunas estructuras familiares tradicionales se han resquebrajado: a) La familia amplia (*lignage* en la antigüedad), respondiendo así a la ley que expuso Durkheim (*loi du rétrécissement continu de la famille, celle-ci serait passée du clan totémique au cercle conyugal, de la famille élargie à la famille construite autour du couple et des enfants*). Además, la urbanización, las necesidades de trabajo, la circulación de las personas en un espacio mundializado, contribuyen a la reducción de la familia a su núcleo, y ponen en cuestión la existencia y fundamento de la solidaridad familiar (140). b) El hogar mismo. ¿Cómo asegurar la solidaridad en un grupo resquebrajado? Los legisladores nacionales *ont beau répéter* que se es padre para siempre, e imaginan sistemas más equilibrados para garantizar la supervivencia de la pareja parental más allá de la ruptura conyugal, tanto si luego se casan como si no lo hacen, e intentan reforzar el sistema de medidas internas para garantizarlo, y también en el orden internacional, pero nada se ha hecho a este respecto. Es una obviedad decir que la ausencia de tratos cotidianos no favorece en nada el sentimiento de pertenencia, y por tanto de solidaridad. Algunas legislaciones han establecido que los hijos pueden ser liberados de su deber de asistir a sus padres en necesidad cuando éstos han incumplido gravemente sus deberes con aquéllos. Ciertamente otras personas (afines, abuelos) pueden asumir el cuidado después de los hijos; pero estas solidaridades de substitución no tienen el mismo sentido y alcance que las solidaridades *primarias*. Ello revela todavía la mayor complejidad de las relaciones familiares (141).

Mayor complejidad de las relaciones familiares: Parentesco de afinidad. Al lado del matrimonio han aparecido otras formas de vida en pareja, como las uniones libres y las diferentes formas de *partenariados*, y de modo especial las diversas modalidades de uniones homosexuales. Lo que origina importantes cuestiones: ¿Qué alcance jurídico debe darse al compromiso asumido al margen del matrimonio? ¿Hay que atribuir un deber de solidaridad a los así unidos? ¿y también en relación con sus respectivas familias? El matrimonio –admítase, o no– es la unión de dos familias; pero con los *partenariados*, no puede hablarse así. Es verdad que en algunos sistemas jurídicos el *partenariado* es un sustituto del matrimonio creado para las uniones homosexuales. Pero en estas últimas, tanto si están casados como si no lo están ¿pueden basarse obligaciones de solidaridad más allá de la

(140) “¿Por qué ser solidario, cómo ser solidario, si el grupo familiar ya no aporta a los individuos los servicios, la seguridad, la red de ayuda, que en algún sentido fundamentaban esta solidaridad? ¿por qué, cómo, ser solidarios si los individuos ya no se sienten que forman parte de una comunidad, si carecen del sentimiento de inscribirse en un pasado, un presente y un futuro compartidos? ¿Cómo y por qué ser solidarios si la familia ya no es un lugar de intercambio y transmisión, de transmisión de saberes, de una historia y de un patrimonio? (*loc. cit.* p. 1107).

(141) *Loc. cit.* p. 1108.

pareja? En todo caso, tanto el partenariado como el matrimonio entre homosexuales se han legalizado en base al respeto a las libertades y opciones del individuo. Pregunta fundamental del autor: ¿Más allá de la pareja casada, las opciones individuales comprometen a sus familias? (142) Ahora bien, si el vínculo de afinidad, fundamento de la solidaridad, que sobrepasa a la pareja parece que ahora se está convirtiendo en algo más frágil ¿habrá que concluir que las solidaridades entre generaciones se concentran exclusivamente en el parentesco por consanguinidad?

Complejidad del parentesco de consanguinidad. Se hacen más complejas las relaciones de parentesco a medida que van apareciendo diversas personas llamadas a desempeñar una misión en la vida y educación del menor, y más profundamente con los interrogantes contemporáneos acerca de las nociones mismas de padre y madre. Cada vez más frecuentemente hay menores que en un momento u otro de su vida se encomiendan a una persona que, sin ser biológicamente su padre o su madre, le educan *in loco parentis*. En el lenguaje jurídico galo se utiliza habitualmente el término *parentalité*, que remite a la noción de asumir la carga de su educación y cuidados, para distinguirla de la *parenté* que remite a su engendramiento y a la filiación biológica (143). El autor sigue interrogándose: ¿Cuál es, por tanto, el fundamento de la solidaridad entre generaciones? ¿el mero hecho de la procreación o la educación del menor? Algunas legislaciones reconocen deber legal de alimentos entre el padrastro y el hijo biológico de su consorte. ¿Debieran tener carácter recíproco? ¿debiera ampliarse a la familia del padre por afinidad cuando la experiencia muestra que los que el niño denomina abuelos son, en realidad, los padres de su padrastro o madrastra? Todo ello a riesgo de romper la aparente cohesión de solidaridades entre generaciones basada en la reciprocidad (144) ... La cuestión –añade– es tanto o más delicada cuando el mismo parentesco suscita muchos interrogantes: ¿Qué lugar atribuir a quien participa en el *proyecto parental* ajeno proporcionando sus gametos? ¿Qué puesto conceder a quién juntamente con los padres biológicos colabora en el proyecto parental (por ej. el cónyuge o el concubino homosexual)? ¿De dónde nace la solidaridad: de la biología, de la procreación, de la filiación en sentido jurídico, o más genéricamente del mero compromiso?

La individualización como tercera línea de fuerza. Suele decirse que el Derecho de familia se construye cada vez más, no en términos de estatus o marcos en los que se inscriben los individuos (el matrimonio, la filiación, el parentesco), sino en forma reticular, a partir del individuo y sus derechos (al matrimonio, al respeto de su vida privada y familiar, el derecho a ser padre: así resulta la individualización del Derecho de familia lograda a través del triunfo de los derechos fundamentales establecidos en los tratados

(142) *Loc. cit.* p. 1109.

(143) En español se utilizan recientemente términos similares traducidos literalmente (parentalidad y parentesco) sin que haya definiciones de ambos conceptos unánimemente aceptadas en la legislación, jurisprudencia y doctrina.

(144) *Ibidem*.

internacionales). Pero opina el autor que esta individualización no resulta incompatible con la idea de solidaridad, si bien la articulación entre ambas no aparece como evidente. La solidaridad reenvía a la idea de conjunto, de colectividad, de grupo de personas vinculadas entre sí a través de una comunidad de derechos y deberes, por una urdimbre de obligaciones. Pero si cada uno construye y deconstruye su familia según su voluntad, ¿qué solidaridad cabe esperar? Si el acento se coloca únicamente en el individuo y en sus derechos, y no en la comunidad, en la transmisión y en el intercambio, ¿sobre qué fundamentar la solidaridad entre las generaciones? A juicio de Fulchiron, uno de los grandes méritos del Congreso es el de haber colocado el tema de las solidaridades entre generaciones en el corazón de los grandes interrogantes y en la evolución de la familia y su Derecho, y más aún de invitarnos a repensar estas evoluciones a partir del grupo familiar y social (145).

A la búsqueda de nuevos equilibrios. Durante mucho tiempo las relaciones entre solidaridades familiares y colectivas, públicas y privadas, se han concebido en términos de jerarquía y subsidiariedad, y a veces como competitivas. En adelante ello no será posible, al menos por tres razones: 1. La amplitud de los retos económicos y sociales que plantean a los países occidentales y emergentes la prolongación de la vida humana y la dependencia derivada de ella; 2. El fin del mito de un sistema de seguridad colectivo que garantice a todo el bienestar desde la cuna a la tumba; económicamente ha tocado fondo, y socialmente ha mostrado sus potencialidades pero también sus debilidades; 3. Las transformaciones de las familias y el cuestionamiento de las solidaridades familiares. Por tanto, será necesario volver a desplegar nuevas formas de solidaridad que ya no serán jerarquizadas ni exclusivas, sino complementarias. Ello exige un cambio de perspectiva: no se trata de razonar en términos de estructuras deudoras de la solidaridad (la familia, la colectividad, el Estado), sino de colocar a la persona del beneficiario de la solidaridad en el centro del sistema; lo cual no sólo es conforme con la evolución de los sistemas jurídicos contemporáneos, y respetuosa con la persona y sus derechos, sino también una exigencia ética (146).

Concebir la complementariedad para la solidaridad en términos de respeto a la persona. Ello requerirá que se movilice mejor la colectividad, la familia y el individuo.

Los antiguos *Estados-providencia* han delegado una parte de sus competencias en estructuras locales, públicas o privadas. Las solidaridades privadas suceden en parte a las instituciones caritativas y de beneficencia, y subvencionadas por el Estado o por los entes locales, y actúan en el marco de una especie de privatización o externalización de la solidaridad nacional (especialmente en el campo de los menores, discapacitados, ancianos y de-

(145) *Loc. cit.* p. 1110.

(146) *Loc. cit.* p. 1111.

pendientes) (147). Una consideración realista conduce a la insostenibilidad de esta organización, lo que obliga a movilizar otras formas de solidaridad.

A lo largo del Congreso se ha insistido en que la familia constituye el marco *natural*, primero y primario de las solidaridades entre las generaciones. Pero, a juicio del autor imaginar que el retroceso contemporáneo de las solidaridades colectivas pueda ser compensado por una renovación más o menos obligada de solidaridades familiares, es una ilusión. Las discusiones en el Congreso han evocado algunas interesantes experiencias que permiten ayudar a las familias o a los parientes para que asuman la carga de los dependientes. La maquinaria estatal de ayuda de ayer podría ser sustituida por estas micro-solidaridades que representarían una *solidarité de proximité*. Tratando de superar los abusos que se prodigan de una y otra parte (148), propone concebir claramente el problema en términos de complementariedad entre familia y colectividad, en el marco de una responsabilidad compartida, y asimismo repensar los fundamentos mismos de las solidaridades familiares.

El autor propone un audaz fundamento para reconstruir las solidaridades familiares sobre uno nuevo y diverso de los tradicionales (parentesco y afinidad) que vendría a complementarlos. Escribe a este respecto (149): "Se trataría de dar al individuo un puesto central en la creación de los vínculos de solidaridad, solidaridades asumidas por él en beneficio de otro, o reivindicadas por él frente a otro, mediante sus opciones y su historia personal. Tal evolución se inscribiría en el movimiento de individualización de la familia y de su derecho. Sin embargo, cabe preguntarse si tiene algún sentido reconstruir este vínculo en torno al individuo. ¿Puede, acaso, fundamentarse una institución como la solidaridad que, por definición, supera y desborda al individuo? Después de todo ¿por qué me comprometo si el otro no lo hace? Las solidaridades familiares reposan igualmente sobre la reciprocidad" (150).

Anticipación de la propia dependencia. Algunos pueden ver en esta figura de la vuelta al pasado, un regreso a la época en la que todo el esfuerzo

(147) FULCHIRON observa que esta evolución choca con uno de los mitos fundadores de la sociedad gala: Una solidaridad nacional que distribuye sus beneficios con absoluta igualdad, sobre todos y cada uno (*loc. cit.* p. 1112).

(148) Recuerda que en Francia se producen con frecuencia dificultades y a veces injusticias cuando las ayudas sociales son recuperables por la Administración frente a los deudores de alimentos cuando éstos no se reclamaron, y que también hay algunas familias y particulares que solicitan ayudas sociales a pesar de disponer de bienes para atender a sus necesidades (*loc. cit.* p. 1113).

(149) *Loc. cit.* p. 1114.

(150) En esta propuesta de Fulchiron hay un cierto eco del CC de Québec, y sólo parece exponerse hipotéticamente ya que inmediatamente hace valer objeciones de fondo, que la invalidan. A ellas cabría alegar la imposibilidad en nuestro ordenamiento de establecer alguna solidaridad *reivindicada por uno frente a otro*, sin contar con la voluntad del obligado.

de una vida parecía volcarse en ponerse a resguardo de la necesidad *pour ses vieux jours*, esa pesadilla que el Estado providencia pareció descartar por algún tiempo. Pero después de todo, esto representa el pago del rescate de una esperanza de vida prolongada. Esperanza que es preciso asumir y preparar tanto en el plano patrimonial, como personal.

En el plano patrimonial existen sistemas colectivos de modalidades diversas, y sistemas individuales de previsión que deberán desarrollarse (el seguro tendrá un papel importante en relación con la dependencia).

Otras técnicas pueden utilizarse, y así cabría imaginar que en el futuro, una parte importante, si no la totalidad, del patrimonio acumulado de una persona servirá para que el individuo tome a su cargo su propia dependencia (finalidad que, por supuesto, es distinta de asegurar la finalidad de transmitir bienestar a las generaciones futuras).

En el plano personal se logra ahora a través de diversos mandatos o encargos: mandato de protección futura, testamento vital, etc.

Conviene no olvidar que transferir una parte cada vez más importante del coste de la dependencia al individuo corre el riesgo de que tal transferencia se haga en detrimento de las personas económicamente más débiles.

Garantizar el respeto de la persona. De algún modo constituye la ética de la solidaridad. En efecto, respetar a la persona vulnerable, en tanto que persona y en atención a su vulnerabilidad es una exigencia fundamental, moral tanto como jurídica, que, a través de las generaciones, está en vigor desde la Biblia a los textos contemporáneos sobre los derechos del hombre. Este deber se despliega en una doble dirección: por una parte, el respeto a la decisión u opción adoptada por el individuo, y por otra, el respeto a los derechos del individuo.

El respeto de la decisión tomada por el dependiente, vale tanto para el menor dotado de discernimiento como para el adulto discapacitado y la persona transformada en dependiente por edad o enfermedad; vale para la elección del modo de vida (piénsese en la cuestión de la residencia, tan sensible a los ancianos), las relaciones personales, la elección de quienes se encargarán de gestionar sus asuntos etc. A juicio del autor, uno de los progresos del derecho contemporáneo es haber otorgado un amplio margen a la libertad del individuo, cualquiera sea su grado de incapacidad, o mejor dicho hasta el máximo que permita su incapacidad jurídica y su dependencia.

Opina FULCHIRON (151) que en cuanto al respeto a los derechos de la persona dependiente el progreso ha sido fulgurante. En virtud de la dinámica del reconocimiento de los derechos del menor se ha llegado a su prolongación en el reconocimiento de los derechos de la persona adulta dependiente o meramente vulnerable. Las declaraciones internacionales se multiplican, especialmente en el campo de la sanidad. La Convención de 2006 sobre los derechos de las personas discapacitadas ha abierto el camino, aunque el campo de la dependencia es más extenso que el de la discapacidad, y, por

(151) *Loc. cit.* p.1117.

otro lado, afirma, que aquélla ha logrado menor eco que la Convención de 1989 sobre los derechos del menor. Lanza un desafío final: *Serait-il utopique d'imaginer une Convention internationale sur les droits des personnes vulnérables, sur le modèle, précisément de la CIDE* –[siglas en francés de la Convención de los Derechos del menor]– *?Les droits de l'enfant, comme modèle des droits des personnes vulnérables, notamment de la personne âgée vulnérable: bel exemple, sil'on y songe, de solidarité entre générations* (152)!

XI. PALABRAS FINALES

Me parece innecesario finalizar este trabajo con las consabidas *Conclusiones*. El paciente lector que me haya seguido tendrá ya formada su opinión sobre la notable valía y riqueza doctrinal de estas *Actas* y la importancia de las aportaciones aquí referenciadas, mayoritariamente –aunque no exclusivamente– civilistas. Ciertamente, la idea de la solidaridad entre las generaciones no ha sido, por decirlo así, un feliz hallazgo exclusivo del Congreso de Lyon de 2011. Pero sí debe resaltarse el acierto de haberlo situado como telón de fondo y, al mismo tiempo, eje central de los debates congresuales, permitiendo arrojar nueva luz sobre la crisis que planea sobre el *Ius Familiae* en el mundo occidental con ineludibles repercusiones en el mundo. Situación que conecta con la profunda crisis económico-financiera que padecemos planetariamente. Personalmente me gustaría encontrar adecuadas respuestas a un haz de interrogantes:

¿Quién ha dado origen, causado o producido la quiebra del Estado del bienestar? ¿Las viejas generaciones que no acertaron a administrarlo y asegurarlo debidamente? ¿O más bien ello se ha debido a las generaciones emergentes que prescindieron del costo de su funcionamiento y se dispusieron a beneficiarse inconsideradamente del mismo? ¿O más bien han influido decisivamente diversas concausas como el consumismo que han inficionado generalmente los hábitos de los pertenecientes a todas ellas?

¿Es prescindible el protagonismo de las familias en la obtención de la solidaridad generacional, dependiendo incluso de su libre decisión, o, por el contrario, resulta un elemento obligado, activo y determinante de aquélla? Si la respuesta es afirmativa ¿debiera exigirse responsabilidad a quienes propugnaron la muerte o desaparición de la institución familiar como objetivo generacional?

¿Puede razonablemente propugnarse una neutralidad constitucional en relación con la familia? ¿No sería más razonable que el Estado reconociera su incapacidad para satisfacer por sí sólo los objetivos de la solidaridad fa-

(152) Remacha, por decirlo así, su ponencia de síntesis con esta bella aserción: *De même que l'honneur d'une famille réside dans l'attention qu'elle porte aux plus faibles parmi les siens, de même, l'honneur d'une société réside dans la solidarité qu'elle manifeste à l'égard des plus vulnérables de ses membres* (Ibídem).

miliar, y superando la orientación de la llamada privatización de la familia, concediera eficazmente a ésta el protagonismo y la protección legal que algunas constituciones le han otorgado (cfr. art. 39.1 CE)?

En la ponencia de síntesis se admite expresamente que las nuevas modalidades legales de familia (partenariado, unión libre etc) no aseguran apenas el cumplimiento de la solidaridad familiar de tipo vertical; ¿por qué no se profundiza en mejorar la regulación más adecuada de la unión matrimonial, no pocas veces denostada, y que hasta ahora había cumplido satisfactoriamente los objetivos de aquélla?

Siendo irrenunciable el reconocimiento efectivo de los derechos de la persona humana en el seno de la familia, tanto nuclear como amplia, que refuerza la argumentación en favor de los miembros familiares más vulnerables, que el Convenio de NY de 2006, ha colocado en primer término, puede ser urgente profundizar en analizar y delimitar su funcionamiento bajo la perspectiva de la solidaridad de generaciones.

**NOTICIAS,
CONGRESOS
Y REUNIONES
INTERNACIONALES**

**XXVII CONGRESO INTERNACIONAL
DEL NOTARIADO. LIMA (PERÚ).
9-12 OCTUBRE 2013
PONENCIAS PRESENTADAS
POR EL NOTARIADO ESPAÑOL**

TEMA I:

**REFLEXIONES DEL NOTARIADO SOBRE
EL DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES
FRENTE A LAS NUEVAS RELACIONES
SOCIALES**

Ponente

Rodrigo Tena Arregui
Notario

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: ANTECEDENTES, EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y FUNCIÓN NOTARIAL
- II. DESCRIPCIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y DESARROLLO DEL TEMA
- III. PERSPECTIVAS DE FUTURO
- IV. CONCLUSIÓN
- V. SÍNTESIS

I. INTRODUCCIÓN: ANTECEDENTES, EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y FUNCIÓN NOTARIAL

En un periodo de tiempo muy corto, al menos medido en términos relativos, hemos pasado de un tipo de familia tradicional, criticado por su corte patriarcal y autoritario, a otro –o mejor dicho, a otros– criticados por desestructurados e incapaces de cumplir de manera eficaz sus funciones educativas y tuitivas. Nos resulta difícil percatarnos de que la evolución que nos ha emancipado del primer modelo es la que nos ha introducido de cabeza en los riesgos del segundo. Nuestro reto, en consecuencia, es reflexionar sobre cómo sería posible mitigar esos riesgos, qué papel puede jugar el Derecho a ese fin y, concretamente, cuál puede ser la contribución del Notariado.

Son muchos los factores que han desencadenado esta evolución, pero creo necesario destacar tres, por otra parte muy ligados entre sí: la emancipación de la mujer, la secularización acelerada sufrida en las últimas décadas y el fomento de la subjetividad y de la persecución de los propios intereses individuales. La familia tradicional, cuyos rasgos fundamentales han perdurado desde la Roma clásica hasta el siglo pasado, demostrando así una resistencia histórica verdaderamente única, obedecía a principios completamente opuestos.

Todo pivotaba en torno al padre como cabeza de familia, al que se le atribuía un omnímodo poder jurídico y social sancionado por la tradición religiosa y, a cambio, se le exigía simplemente asumir la responsabilidad –básicamente moral– de actuar en interés de la familia. Aun funcionando todo adecuadamente, la situación en la que se encontraban el resto de los miembros del grupo familiar, especialmente la mujer, no era muy envidiable –al menos medida con los estándares valorativos actuales–, pero si además, como ha sido tan frecuente en una época caracterizada por la huida de la propia responsabilidad, el cabeza de familia no respondía al tipo, la situación pasaba a ser simplemente intolerable.

Efectivamente, desde Roma, el padre ha sido caracterizado como jefe religioso y político del grupo familiar (1). A modo de “pequeña república”, la organización de la familia giraba en torno a la idea de poder paterno, por lo que el Derecho apenas tenía reconocido ningún campo de juego. Sólo paulatinamente la *potestas* del *paterfamilias* se ve limitada jurídicamente con la finalidad de evitar abusos, especialmente contra los hijos. A la mujer se le reconoce una potestad meramente doméstica, el “poder de las llaves”, tal como se denominaría más tarde por el Derecho germánico. La posición de esta última se refuerza durante el medievo, en gran parte por influencia de la Iglesia: se ponen trabas al divorcio, se condena el repudio, las relaciones extramatrimoniales del marido se consideran adúlteras, se crean los regímenes económicos de comunidad, etc. El matrimonio se consolida bajo sanción religiosa como la gran y única puerta de entrada a la familia. Se consagra su indisolubilidad, la discriminación de los hijos no matrimoniales y la prohibición de investigar la paternidad.

Estos rasgos van a perdurar durante la Ilustración y las revoluciones liberales. Porque si bien es cierto que la Revolución Francesa supone la primera quiebra importante respecto de esta configuración de la familia tradicional (la legislación revolucionaria instaura la igualdad de los cónyuges, el divorcio, la despenalización del adulterio, la equiparación de los hijos extramatrimoniales a los legíti-

(1) Para la evolución histórica y legislativa en este ámbito, véase M. ALONSO PÉREZ, “La familia y el Derecho de Familia”, en *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. I, M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS (directores), Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 51 y ss.

mos, la investigación de la paternidad, etc.), la reacción napoleónica restaura la concepción conservadora en la gran obra legislativa del Código de 1804, cuya decisiva influencia iba a marcar toda la codificación europea. Así, nuestro Código Civil de 1889, continuando la misma línea, consagra los rasgos típicos de la familia burguesa decimonónica: mujer subordinada al marido tanto en el aspecto personal como patrimonial, matrimonio canónico obligatorio para cuantos profesen la religión católica, tanto el matrimonio canónico como el civil son indisolubles, se discrimina entre hijos legítimos, legitimados, ilegítimos naturales e ilegítimos no naturales, se prohíbe investigar la paternidad, apenas se valora la adopción, etc.

Pero si este modelo de familia patriarcal tradicional se adaptó tan bien a las nuevas sociedades burguesas es porque presentaba unas características que lo hacían idóneo para ello. Por eso no tienen razón ADORNO y HORKHEIMER cuando afirman que la familia burguesa prolonga un elemento irracional dentro de ella procedente de la sociedad feudal, lo que legitimaría calificarla como anacrónica. Ni mucho menos. La familia burguesa lleva a sus últimas consecuencias un elemento perfectamente adaptado a la sociedad capitalista: la división del trabajo.

Como propugna el pensamiento liberal, la especialización se basa en el criterio de la ventaja comparativa; es decir, cada sujeto debe especializarse en aquellas actividades que puede llevar a cabo con mayor eficiencia relativa frente al resto, lo que implicará necesariamente un beneficio colectivo. De ello se deduce que una pequeña ventaja comparativa (traducida en un menor coste de producción) puede terminar provocando una división del trabajo muy marcada. Pues bien, en el ámbito de la familia es evidente que esa ventaja comparativa vino determinada inicialmente por las diversas circunstancias biológicas concurrentes entre los cónyuges, más tarde fomentada y consolidada por factores culturales que, a la postre, terminan por consagrar fuertes discriminaciones en la formación del capital humano (educación). Lo que se inició como una pequeña ventaja vinculada a la fuerza o al interés, que aconsejaba una incipiente especialización, a medida que la sociedad evoluciona sobre esa diferencia y se hace más compleja acaba produciendo roles sociales muy marcados.

La división del trabajo ha existido siempre en el seno de las familias. Lo único que ha variado es su organización interna, pues en

algunas civilizaciones la actividad productiva básica ha estado a cargo de las mujeres (como demuestra, especialmente en África, el trabajo femenino en el campo frente a la caza masculina, desde todo punto de vista mucho menos productiva, pero más prestigiosa). En esa división lo único constante a lo largo de todo tiempo y lugar ha sido siempre la preeminencia del varón. Pues bien, el tipo especial de división del trabajo creado por la civilización clásica, concretamente por la romana, es el que ha marcado nuestro particular desarrollo occidental en el ámbito de la familia. El varón se ha especializado en la actividad productiva fundamental y la mujer en la organización de la casa y en el cuidado de los hijos. Las ventajas de este tipo de organización familiar han sido evidentes durante largos periodos de nuestra historia e incluso son apreciables hoy en día para las familias que todavía responden a este esquema. La mujer "ama de casa" proporciona a su marido tiempo extra que éste puede utilizar a su favor en un entorno laboral cada vez más competitivo, ya no sólo para desempeñar su trabajo estricto, sino también para esas funciones "sociales" íntimamente vinculadas y que pueden suponerle una ventaja comparativa fundamental frente a sus competidores. Por otra parte, la especialización de la mujer en la casa y en los hijos no sólo reduce costes materiales evidentes, sino que abarata la producción de hijos (hoy día un claro bien de consumo) y la calidad de los mismos (entendido en el sentido de inversión en capital humano o educación).

Evidentemente, todo esto se ha obtenido a cambio de un coste enorme para las mujeres, por lo menos para muchas de ellas. A medida que la sociedad capitalista se desarrollaba, creando nuevas oportunidades productivas (entendidas en un sentido amplio, desde el comercio a la investigación), la discriminación femenina se hacía cada vez más patente. Mientras se multiplicaban las opciones profesionales masculinas, la femenina básica permanecía constante, limitada además a una dimensión poco gratificante, al menos, insisto, para muchas de ellas. El proceso de emancipación de la mujer ha sido, por consiguiente, un proceso de ruptura con el esquema tradicional de división del trabajo y de reivindicación de opciones en pie de igualdad con el hombre (frente a la resistencia ofrecida a tal fin por el Estado liberal prohibiendo el acceso a la mujer a determinadas actividades profesionales).

En esta evolución ha jugado también un papel capital el proceso de secularización acelerada que han experimentado nuestras socie-

dades. No cabe desconocer que la distinta asignación de papeles o funciones en el seno de la familia ha venido siempre respaldada por condicionamientos religiosos, es decir, por motivos trascendentes. No en balde la familia, piedra angular de cualquier sociedad, siempre ha sido un objeto de preocupación constante para las autoridades religiosas. El concepto de "interés de la familia" implicaba una exigencia de sacrificio personal por intereses superiores más rigurosa en el caso de la mujer. Siendo básicamente espontánea su disposición altruista al sacrificio durante la edad de la procreación, por causas claramente biológicas, es innegable que esa disposición se reforzaba posteriormente por motivos religiosos. Se trataba, en definitiva, de apuntalar determinadas actitudes por razones religiosas cuando las biológicas, o bien no eran suficientes, o su importancia decrecía con el transcurso del tiempo. No obstante, a medida que esas motivaciones perdían fuerza, o más bien, se enjuiciaban como coartada en beneficio del sexo dominante, resultó natural proceder a una revisión del propio concepto de interés familiar, cuando no a su subordinación a la idea de un interés personal de todos los miembros de la unidad familiar.

El resultado final de este largo proceso es, por primera vez en la historia, un modelo de familia sin división del trabajo, como consecuencia de que el Estado, por la continua presión social, se va absteniendo paulatinamente de fomentar una determinada organización interna de las familias. A ello se llega tanto por la vía de suprimir prohibiciones para las mujeres en el ámbito laboral, como por la de consagrar cada vez mayor igualdad entre los cónyuges y, de manera indirecta, también a favor de los hijos, como demuestra la eliminación del control de la mujer por el marido en la esfera patrimonial, la concesión de derechos a los unidos de hecho, la reducción del número de años que determinan la mayoría de edad, etc.

La primera ruptura con la concepción tradicional se produce en España con la Constitución republicana de 1931 (matrimonio civil obligatorio, igualdad de derechos para ambos cónyuges –incluido el ámbito laboral–, reconocimiento del divorcio, igualdad de hijos matrimoniales y extramatrimoniales, investigación de la paternidad), pero tras el triunfo franquista en la Guerra Civil se vuelve prácticamente a la situación de 1889. Sólo paulatinamente, a partir de 1958, se inicia una tímida evolución en consonancia con los cambios que está experimentando ya en esa época la sociedad española.

La Ley de 24 de abril de ese año suprime alguna de las discriminaciones más notables en contra de la mujer e intenta asimilar la adopción plena lo más posible a la auténtica filiación, aunque no se llegara a una asimilación completa. La Ley de 4 de julio de 1970 reforma la adopción en consonancia con las nuevas tendencias en el Derecho europeo, fortaleciendo aún más el vínculo de filiación. Poco antes de la muerte de Franco, la Ley de 2 de mayo de 1975 supone el paso más importante hasta ese momento hacia la igualdad de los cónyuges, suprimiendo la famosa licencia marital. Pero hay que esperar hasta las Leyes de 13 de mayo y de 7 de julio de 1981 para constatar la consagración definitiva en el Derecho español, tras la Constitución Española de 1978, de los principios fundamentales del Derecho matrimonial moderno. Tras esa legislación fundamental, la obra reformadora no se agota, pues alcanza a la tutela (Ley de 24 de octubre de 1983), adopción (Ley de 11 de noviembre de 1987, cuya finalidad fundamental es controlar mejor el procedimiento), protección del menor (Ley de 15 de enero de 1996) y relaciones familiares de nietos con abuelos (Ley de 21 de noviembre de 2003). No obstante, un punto de inflexión muy importante, que merece un comentario especial, se produce con las dos Leyes de 2005, la de 1 de julio, que reconoce el matrimonio homosexual, y la de 8 de julio, en materia de separación y divorcio.

La Ley de 7 de julio de 1981 introdujo el divorcio en España en su modalidad "causal", es decir, vinculado a la existencia de ciertas causas supuestamente objetivas conectadas con la ruptura de la vida en común. La Ley de 8 de julio de 2005, por el contrario, permite el divorcio por mero consenso e incluso el impuesto por decisión unilateral una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. Por su parte, la Ley de 1 de julio de 2005 permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, cuya constitucionalidad ha sido sancionada por el Tribunal Constitucional español en su sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, apoyándose en el principio de "interpretación evolutiva" del texto constitucional, pues los constituyentes no previeron esa posibilidad a la hora de redactar el art. 32 de la CE ("El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica").

El tema del matrimonio homosexual tiene una extraordinaria importancia porque nos permite apreciar perfectamente la crisis que el matrimonio está sufriendo como institución (entendido en un

sentido sociológico, pero también jurídico, como luego veremos) y, de forma indirecta, las nuevas posibilidades que se le abren como simple contrato. Como consecuencia de constituir tradicionalmente la única puerta de acceso a la familia, pilar fundamental de la sociedad, el matrimonio ha sido considerado históricamente por la autoridad pública, ya fuese seglar o religiosa, como algo distinto de un mero contrato entre cónyuges. Lo que estaba en juego era algo más que los intereses particulares de los contrayentes; nos encontrábamos ante un interés superior –el de la familia e indirectamente el del Estado– al que se debía subordinar la voluntad de los esposos. Lo prueba el que, aun en el matrimonio civil, el vínculo tradicionalmente lo constituye el órgano estatal, el oficial del estado civil.

Sin embargo, desde el momento en que se admite un divorcio consensual, incluso por desistimiento unilateral, el matrimonio de homosexuales, y cada vez son más frecuentes el nacimiento de hijos fuera del matrimonio (en España el porcentaje en 2011 era del 37,37 %, frente al 17,7 % de 2000 y al 4,4 % de 1981), la consideración institucional del matrimonio como única puerta de entrada a la familia carece de sentido. De hecho, ha sido precisamente la obsesión pasada y actual de las Iglesias de controlar ese paso, atribuyéndole una enorme carga simbólica, lo que explica en gran medida el rechazo de cada vez mayor número de ciudadanos a pasar por el matrimonio. En este sentido, las sociedades del sur de Europa están transitando a marchas forzadas un camino ya recorrido por las del norte. Cuando se pregunta a los suecos las razones de la paulatina desaparición del matrimonio en su país, la primera y más importante razón que esgrimen es la fuerte tendencia al laicismo que han sufrido en las últimas décadas. Se formula la pregunta de nuevo, insistiendo en que se indaga por el matrimonio civil, pero la respuesta es la misma. El descrédito del matrimonio religioso ha arrastrado al civil, al que se ve como una suerte de mal sucedáneo. La segunda razón que dan los suecos para explicar el declive del matrimonio es el Estado del Bienestar. En definitiva, que para aprovecharse de todas las ventajas de dicho Estado es absolutamente indiferente estar o no casado. Para unos el matrimonio es una institución sin sentido y para otros es un compromiso demasiado importante. Pero, en realidad, no hay ninguna contradicción, todo depende de la mayor o menor sensibilización que se tenga frente al mito. Ambas posiciones se resumen en lo mismo: demasiado ruido para tan pocas nueces.

Demasiados papeles para entrar y demasiados papeles para salir, y todo con poco sentido práctico. Obsesionadas con guardar la puerta, las Iglesias no se han dado cuenta de que se encontraba en medio del campo. El problema, sin embargo, es que huyendo de la institución se ha terminado por huir del contrato, lo que produce, para todos –contrayentes y sociedad en general– efectos singularmente perniciosos.

Un efecto pernicioso importante deriva del hecho de que muchos contrayentes no quieren pasar por el matrimonio para huir del símbolo, pero, pese a ello, desean mantener todos sus beneficios, no sólo frente a terceros (subrogaciones arrendaticias, pensiones de viudedad, beneficios fiscales en el Impuesto de Sucesiones y en el de la Renta, etc.), lo que puede resultar lógico en ciertos casos, sino incluso a efectos internos (alimentos, pensiones compensatorias para los casos de separación y divorcio, regímenes económico matrimoniales, régimen de sucesión intestada, derechos sobre la vivienda familiar, etc.), lo que no lo es tanto. Pues si dos personas no quieren contraer matrimonio habría que presuponer que no quieren reconocerse derechos mutuamente. No obstante, como la presión social existe en este sentido, muchas legislaciones de Comunidades Autónomas españolas han venido reconociendo derechos recíprocos a los unidos de hecho, en unos casos por el simple hecho fáctico de la convivencia (lo que al margen de su inseguridad resulta un claro atentado contra su libertad), y en otros por el mero hecho de inscribirse en un registro de “parejas de hecho” (lo que viene simplemente a consagrar un matrimonio con forma *light*). La idea de fondo que subyace a estas iniciativas es que el Derecho está obligado a imponer mecanismos internos de solidaridad en función de las distintas situaciones fácticas (pese a que el no haber contraído matrimonio haga presumir que no han sido queridas). Sin embargo, esta presuposición sólo se sostiene si el legislador, precisamente, se ve afectado por el mismo complejo psicológico y por la misma reticencia frente al matrimonio que parece afectar a grandes sectores de nuestra sociedad, lo que no tiene ninguna justificación racional.

Pero estos presupuestos ideológicos no sólo han afectado al legislador, sino también a los tribunales (2). Todavía en 1994 el Tribu-

(2) R. TENA: “Matrimonio en crisis”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 2, julio-agosto 2005.

nal Supremo afirmaba que “la inexistencia de regulación legal sobre las uniones de hecho no quiere decir que exista un vacío que haya de ser llenado por la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, pues en infinidad de casos ocurre que la falta de regulación concreta responde al principio del libre albedrío” (STS 30-12-94). En definitiva, entendía que imponer a los convivientes de hecho los mismos derechos y deberes que a los esposos constituiría un ataque frontal a su libertad. Pero en 2001 el Tribunal Supremo ya estaba aplicando analógicamente el art. 97 del CC (pensión compensatoria) a una unión de hecho, afirmando decididamente que existía una laguna jurídica que debía completarse con las normas del matrimonio (STS 5-7-2001).

En este cambio de criterio no sólo influyó la presión de los Tribunales inferiores, que llevaban años aplicando sin rubor la analogía *legis*, sino el importante cambio legislativo que en esta materia se estaba produciendo en algunas CCAA. Para entonces ya habían aprobado leyes Cataluña (15-7-98), Aragón (26-3-99) y Navarra (3-7-2000); y más tarde lo harían Baleares (19-12-2001) y el País Vasco (7-5-2003) –otras comunidades como Valencia, Madrid y Asturias tienen una regulación de índole administrativa–, todas ellas en el sentido de atribuir a las uniones de hecho efectos muy semejantes a los típicos del matrimonio. Ante esta situación, el Tribunal Supremo, en la sentencia citada, alega un principio de no discriminación, pues “otra solución conduciría a establecer dos clases de españoles, según sus Autonomías tuvieran o no dictada Ley de parejas de hecho”, peregrino argumento que desconoce la razón de ser del Estado de las Autonomías, consagrado en definitiva por la Constitución Española y sus inevitables implicaciones.

Esta enorme confusión se vio también motivada en su momento por la negativa a permitir contraer matrimonio a los homosexuales. Como para ellos no valía el argumento de que si no se casaban es porque hay que presumir que no querían reconocerse derechos mutuamente, la anterior normativa autonómica pretendió ampararles bajo una regulación omnicomprendensiva para todos los unidos de hecho, que si bien para ellos tenía sentido, no era tan lógica para el caso de los heterosexuales, como hemos comentado, pues éstos sí podían casarse.

La conclusión final de todo este proceso es que hoy nos encontramos en una situación en la que no sólo no hay división del trabajo

fomentada desde el Estado, sino que tampoco hay modelos de familia estándar amparadas por una regulación jurídica dotada de una mínima certidumbre. Por un lado, la ausencia de división del trabajo, derivada del hecho de que la mujer desee en muchas ocasiones desarrollar una carrera laboral, ha implicado una menor inversión en hijos y en capital humano doméstico, especialmente desde el momento en que, por razones culturales y también biológicas, la mujer sigue llevando el peso principal de la casa en la mayor parte de las ocasiones. Como consecuencia, las parejas tienen menos hijos y son de más fácil ruptura y recomposición, dando lugar a nuevos fenómenos de grupos familiares integrados por hijos de distinto origen que a su vez comparten, de algún modo, distintas "familias", lo que ha dado lugar a regulaciones legales en ciertas Comunidades Autónomas tendentes a reglamentar la relación entre los hijos y el conviviente no progenitor. Por otro lado, existe hoy un gran porcentaje de familias cuyos progenitores no están ligados por el vínculo matrimonial y cuyo régimen jurídico aplicable (a efectos recíprocos) no es lo suficientemente completo, al margen de estar afectado por múltiples incertidumbres (de hecho y de Derecho). Además, el reconocimiento del matrimonio homosexual y de su posibilidad de adopción (por uno o ambos) ha dado lugar a nuevos tipos de familia completamente distintos del tradicional, caracterizados por la existencia de dos padres o dos madres. Por último, las posibilidades de adopción individual y de fecundación in vitro, al margen de los episodios de separación y divorcio ya comentados, han multiplicado la existencia de familias monoparentales, que a bajos niveles de renta (originarios o sobrevenidos) tienen mucho más complicado desarrollar sus funciones tuitivas.

Efectivamente, bajo algunas de estas nuevas modalidades el cumplimiento de las funciones educativas y asistenciales que tradicionalmente se ha atribuido a las familias resulta cada vez más difícil. En un marco dotado de escasa estabilidad y en el que las demandas laborales de los progenitores dejan poco tiempo libre, los esfuerzos inversores en capital humano implican costes mucho más elevados. El resultado final es que para las nuevas modalidades familiares resulta mucho más complicado servir de eficaz colchón de seguridad que para la familia tradicional, lo que es especialmente grave en periodos de profunda crisis económica –y también moral me atrevería a decir–, como la que estamos atravesando.

EL PAPEL DEL DERECHO Y DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

Sin embargo, esta es la realidad en la que nos encontramos, y como juristas tenemos la obligación de investigar y proponer las medidas jurídicas necesarias para solventar esta situación en la medida de lo posible, en beneficio de las propias familias, de cada uno de sus integrantes, y de la sociedad en general.

Hay que reconocer que la familia ha sido siempre un ámbito ciertamente refractario a la regulación jurídica. La familia es un reducto un tanto aparte donde reinan los afectos, el altruismo (que reduce la necesidad de introducir medidas de salvaguardia) y –también, por supuesto– la autoridad natural y el poder. Todos ellos factores que explican que las intromisiones clásicas del Derecho en este ámbito hayan venido por la vía de la limitación al abuso y de su remedio, al margen de la resolución de las situaciones de crisis. El cumplimiento de las responsabilidades internas se delegaba en un conjunto heterogéneo de incentivos religiosos, tradicionales y sociales.

Sin embargo, la situación que ahora atravesamos es mucho más complicada. En la actualidad carecemos –para bien y para mal– de esas motivaciones, y los intentos del Derecho imperativo por compensar esas carencias no pueden ser suficientes. Recordemos una norma tan asombrosa (y no por eso menos necesaria) como la Ley de 21 de noviembre de 2003, que pretende garantizar el contacto de los abuelos con los nietos en situaciones de crisis matrimoniales. Hace años tal cosa hubiera resultado impensable, pues se consideraba que había instrumentos mucho más efectivos que el Derecho para lograr esa finalidad. Hoy ya no es así y, pese a ello, son obvias las limitaciones de la norma imperativa para imponer deberes éticos en un ámbito tan sensible y de difícil acceso público como el familiar. Por supuesto, esta consideración nada objeta a la necesidad de adaptar nuestro Derecho objetivo a las nuevas situaciones, pero si reflexionamos adecuadamente observaremos que lo verdaderamente necesario sería suprimir muchos límites y trabas a la voluntad de los interesados, límites cuya fundamentación está anclada en una concepción de la familia totalmente desfasada. Un ejemplo clásico es el régimen de las legítimas, es decir, los derechos que forzosamente el testador debe reconocer a favor de determinados parientes. Pero otro no menos importante en el Derecho común español es el de la prohibición de los pactos sucesorios. Ambos límites impiden

adaptar el régimen jurídico aplicable en el ámbito sucesorio a las particulares necesidades de cada situación familiar.

Es hora de reconocer de una vez por todas que allí donde no puede llegar el Derecho imperativo quizá si pueda acercarse el contrato, precedido por la jurisprudencia cautelar típica de la función notarial. Es obvio que ningún tipo de regulación –tampoco la contractual– podrá suplir las carencias derivadas de la falta de roles específicos que afecta hoy a las familias modernas. A veces se ha pretendido acudir a la introducción de cláusulas de penalización que conviertan en jurídicos deberes puramente morales o, incluso, meramente tradicionales (como la prohibición de trabajar fuera de casa durante un tiempo o la de residir fuera de un determinado término municipal) (3). No es esa, desde luego, la vía para recuperar el juego de la responsabilidad en el ámbito familiar, por lo que debemos aplaudir las fuertes restricciones con las que los tribunales españoles aceptan ese tipo de cláusulas, básicamente por atentar contra los derechos fundamentales de los cónyuges.

Ahora bien, algo completamente diferente es luchar por suplir esa laguna por la vía de involucrar a los contrayentes de una manera mucho más intensa de lo que se ha venido haciendo hasta ahora en la autorregulación de sus propios intereses en función de las diferentes situaciones en las que se encuentren. No cabe duda de que esos nuevos fenómenos heterogéneos han abierto una puerta importantísima al contrato, instrumento flexible que permite establecer una regulación adecuada (en el triple sentido de conocida, aceptada y adaptada) para cada tipo de situación, que es necesario aprovechar. Hoy existe una conciencia generalizada de que cada vez un mayor ámbito del Derecho de familia tiene la condición de disponible, tanto en el ámbito patrimonial como personal. Pero, en mi opinión, un paso fundamental en ese camino –que en el fondo implica todo un cambio cultural– es reivindicar la enorme importancia del matrimonio como contrato. A tal fin, tanto el llamado divorcio “expres” como el matrimonio homosexual pueden constituir, paradójicamente, buenas oportunidades para ello.

(3) M. A. PARRA LUCÁN: “Autonomía de la voluntad y Derecho de familia”, en *Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, tomo I, CGN, Madrid, 2012, p. 160.

Facilitar el divorcio reduce los costes internos para romper el vínculo matrimonial, de tal manera que podría hacernos pensar que con ello se priva de estabilidad al matrimonio. De hecho, tras la aprobación de la Ley del 2005 el número de divorcios en España ha aumentado, hasta el punto de que hoy se tramitan dos divorcios por cada tres matrimonios, aunque en estos últimos años de crisis económica la tasa de divorcios ha vuelto a descender (4). Sin embargo, este análisis olvida dos factores muy importantes. El primero es la conocida superioridad preconizada por la teoría económica de los contratos repetidos a corto plazo sobre los pactados a largo plazo en un solo acuerdo. La razón de la superioridad de los primeros es que en éstos, en lugar de tener que realizar una previsión de todas las modificaciones posibles sobre las circunstancias originales, cabe adaptar las cláusulas a las nuevas circunstancias tras cada vencimiento a corto plazo. Esta característica hace que los elementos "informales" del contrato cobren especial importancia, pues las conductas estratégicas o de riesgo moral ("moral hazard") de uno de los contratantes pueden ser inmediatamente sancionadas (por aplicación del juego del dilema del prisionero reiterativo) (5). Aplicado al ámbito matrimonial esta idea demuestra que si uno de los cónyuges puede retirarse del contrato con relativa facilidad, ambos tendrán incentivos para comportarse de forma más cooperativa si quieren que la relación contractual continúe en los periodos siguientes, fomentándose de esa manera la confianza, la cooperación y la disposición a aceptar los cambios sobrevenidos (6). Por ello, aunque el divorcio exprés pueda fomentar más rupturas matrimoniales, lo que tampoco está totalmente claro a largo plazo, quizá los matrimonios que permanezcan funcionen mejor y cumplan más adecuadamente sus funciones familiares.

El segundo factor que no cabe desdeñar es el psicológico. Un matrimonio con costes de salida elevados penaliza el contraerlo, espe-

(4) En 2006 el número de divorcios fue de 126.952, frente a los 50.974 de 2004. En 2011 la cifra fue de 103.604 (<http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t18/p420/p01/a2011/&file=pcaxis>).

(5) En cuanto que la existencia de reiteración en el juego facilita la posibilidad de sanción frente a las conductas ventajistas y, de esta manera, crea un incentivo para cooperar.

(6) F. CABRILLO: *Matrimonio, familia y economía*, Minerva ediciones, Madrid, 1996, p. 89.

cialmente cuando el coste (al menos aparente) de no casarse es tan ínfimo como ocurre hoy en día. Es precisamente el tradicional alto coste de resolver el matrimonio, heredero de su carácter fuertemente institucional, lo que estigmatiza a este contrato con una poderosa carga simbólica que mucha gente prefiere rehuir (obviamente luego las cosas no son lo que parecen, pues los unidos de hecho que proceden a romper su relación se encuentran a menudo con problemas mucho más importantes que los que han contraído matrimonio). Al factor psicológico se une una desinformación generalizada que menosprecia el papel fundamental que juega el Derecho en este ámbito. Por ello, reducir los costes de salida puede ser no sólo una buena oportunidad para revalorizar el matrimonio como opción, sino también para, una vez contraído, fomentar su permanencia, pese a lo que intuitivamente puede parecer a primera vista, y, en el caso de que entre en crisis, facilitar su resolución amistosa.

Algo parecido ocurre con el matrimonio homosexual. Por supuesto la consagración de este tipo de matrimonio ha supuesto un espaldarazo al matrimonio entendido como contrato frente a su consideración institucional de única puerta de entrada a la familia, como resulta evidente. Insisto en que en esta consideración del matrimonio como contrato residen las muchas o pocas posibilidades de subsistencia de esta figura en el futuro. Y ha supuesto un espaldarazo desde el momento en que al permitir contraer matrimonio a los homosexuales lo único que se estaba haciendo era facilitarles la vida ofreciéndoles obtener de un solo golpe unos efectos (personales, patrimoniales, sucesorios, etc.) que del mismo modo hubieran podido obtener a través de una pluralidad de contratos. Es obvio que desde la concepción religiosa tradicional de matrimonio como institución y puerta clave de entrada a la familia, el matrimonio homosexual es un sinsentido. Pero de nuevo hay que recordar que esa puerta está en medio del campo y que de lo que se trata es de fomentar el matrimonio como el medio más adecuado de composición de intereses entre los cónyuges y de manera indirecta a favor de los hijos. Ratificar su carácter contractual frente a su profunda carga simbólica es un buen medio para ello.

Pero además hay que tener en cuenta un importante factor añadido. Desde el momento en que los homosexuales pueden casarse carece de sentido esa proliferación de normas sobre unidos de hecho que tanto ha abundado en nuestra legislación autonómica estos

últimos años. Por supuesto que esa normativa tiene sentido si de lo que se trata es simplemente de reconocer a esos unidos derechos frente a terceros, al menos en ciertos casos, pero no para regular situaciones internas que hay que presumir que no han sido queridas. La derogación de esa normativa puede ser también una buena oportunidad, no sólo para eliminar incertidumbres e inseguridades derivadas de la dificultad de calificar y probar situaciones de hecho, sino para fomentar el matrimonio como contrato. Con ello quedaría suficientemente claro que, para conseguir unos determinados efectos jurídicos que se consideran muy convenientes para reglamentar una determinada situación de hecho, es necesario manifestar a tal fin una voluntad contractual en la forma legalmente prevista.

Se ha afirmado que el Estado debe mantener un papel completamente neutral frente a las nuevas realidades familiares. Que para él todas deben ser iguales, por lo que debe limitarse a regularlas en función de sus distintas circunstancias y necesidades. No comparto en absoluto el argumento. Por supuesto que el Estado debe respetarlas todas sin generar discriminaciones no justificadas. Pero eso no implica que en su triple labor de facilitar la vida a sus ciudadanos, apoyarles en sus necesidades y velar por unos recursos muy escasos, no pueda optar por favorecer una configuración hoy tan flexible como la matrimonial que, respetando la libertad de las personas, contribuye a garantizar un alto grado de seguridad jurídica y de estabilidad a las relaciones sociales. Todo ello en beneficio, no sólo de los propios contrayentes, sino también de su prole, en definitiva, de los ciudadanos del futuro. No parece que favorecer el contrato y la autorregulación de los propios intereses pueda calificarse como una intromisión ilegítima en la vida de las personas. Al contrario, el facilitar que se acuda al contrato constituye una llamada a la responsabilidad, que por eso mismo lleva implícito el más alto reconocimiento posible de la libertad. No resulta incongruente, entonces, que el Estado premie a los ciudadanos que responden a esa llamada de dotar de seguridad y estabilidad a sus relaciones en beneficio de todos (desde el que resulta de obtener una mejor formación e integración social de los hijos hasta el ahorro de costes judiciales) con ciertas ventajas fiscales, contractuales, asistenciales, etc.

Es obvio que en un proceso dirigido a fomentar la regulación convencional en el seno de las familias los notarios están llamados a desempeñar un papel capital. El Notariado español ha tenido históri-

camente una importantísima presencia en el ámbito del Derecho de familia y de sucesiones. Ello explica que algunas de las aportaciones científico doctrinales más importantes del siglo pasado producidas en estos campos hayan tenido como autores a notarios. En la esfera del Derecho de familia su actividad principal se ha centrado en la configuración del régimen económico matrimonial, sin olvidar su intervención en otros ámbitos, como la filiación (reconocimiento de hijos), la adopción, la emancipación, la regulación de las uniones de hecho, de las separaciones convencionales, etc. En el campo del Derecho sucesorio su presencia ha sido capital, tanto en el ámbito de la configuración de la voluntad sucesoria (testamentos y pactos sucesorios, en las legislaciones particulares que lo permiten), como en el de la transmisión sucesoria (aceptación y particiones de herencia).

Pues bien, desde el momento en que las nuevas relaciones familiares demandan mayor libertad de regulación y un tratamiento más particularizado, la función notarial está llamada a adquirir todavía mucha mayor relevancia, tanto en su ámbito tradicional de actividad como en otros nuevos. El propio legislador español empieza a ser consciente de esa circunstancia y en los proyectos en trámite sobre reforma de la jurisdicción voluntaria se atribuye a los notarios nuevas facultades, entre ellas la potestad de tramitar el expediente matrimonial y celebrar el matrimonio. Es evidente que, en cuanto funcionario, el notario está investido de la necesaria autoridad del Estado para ello, pero a nadie se le puede escapar la significación última de esa atribución. En el fondo, viene a reconocer un principio elemental de autorregulación de los propios intereses y a abrir una puerta muy necesaria a la autonomía de la voluntad en este ámbito. Resulta lamentable que todavía no se haya dado el paso, como ya ha ocurrido en otros muchos países, de permitirle formalizar también el divorcio, por lo menos en caso de ausencia de hijos. No cabe duda de que gracias a su profunda formación jurídica y la experiencia que le concede el ser testigo privilegiado de todos estos cambios sociales, el notario está en condiciones de asesorar e informar a los interesados sobre las soluciones más adecuadas, contribuyendo así a crear un marco normativo idóneo. Su completa formación en todo el ámbito del Derecho privado permite ofrecer a los interesados un abanico de posibilidades perfectamente adaptado a sus correspondientes situaciones personales, tanto dentro del ámbito matrimonial y sucesorio como fuera de él.

Reivindicar el papel que puede jugar en este ámbito el Derecho en general y el contrato en particular, no es, evidentemente, el único camino para incentivar una mayor responsabilidad personal en nuestras sociedades, de la que andan tan necesitadas, ni tampoco puede ser suficiente para ello, pero sin duda es un primer paso importante. Al fin y al cabo, toda regulación jurídica, especialmente en estas materias, explicita que frente a lo "mío" y a lo "tuyo" existe algo "nuestro", de la familia en su conjunto, que merece un respeto y una consideración especial.

II. DESCRIPCIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y DESARROLLO DEL TEMA

1. DESCRIPCIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

a) El matrimonio

Sistema matrimonial español

Los artículos 49 y 50 del Código Civil español configuran el sistema matrimonial español como facultativo o de libre elección desde el punto de vista de su forma de celebración. Dicen lo siguiente:

Artículo 49.

"Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España:

1. Ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por este Código.
2. En la forma religiosa legalmente prevista.

También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la Ley del lugar de celebración."

Artículo 50.

"Si ambos contrayentes son extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la Ley personal de cualquiera de ellos."

En la forma civil son competentes para autorizar el matrimonio

(art. 51 del CC): el Juez encargado del Registro Civil y el Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien éste delegue. En los municipios en que no resida dicho Juez, el delegado designado reglamentariamente. También lo es el funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero. Y todo ello sin perjuicio de las habilitaciones especiales que el artículo 52 atribuye a determinados funcionarios y otras personas para autorizar matrimonios en peligro de muerte. Las reformas en estudio sobre jurisdicción voluntaria atribuyen esta competencia a los notarios.

En cuanto a las formas religiosas legalmente previstas al día de hoy son la católica, la evangélica, la judía y la islámica, en base a los Acuerdos celebrados con estas confesiones religiosas (Acuerdo con la Santa Sede sobre asuntos jurídicos de 1979, art. 60 del CC, y Leyes 24, 25 y 26/1992). El celebrado con arreglo a la forma prevista por otra confesión (siempre posible, evidentemente, conforme al art. 2.1.b) de la Ley Orgánica 7/1980, de libertad religiosa) exige para el reconocimiento de efectos civiles que se acompañe con el celebrado en forma civil. Es verdad que no podemos obviar la importante sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009 (asunto 49151/2007, Muñoz Díaz contra España), que considera que la negativa del Estado español a reconocer una pensión de viudedad derivada de un matrimonio celebrado por el rito gitano (no reconocido como forma legalmente prevista) vulneró el principio de igualdad del CEDH. No obstante, en la decisión del Tribunal pesaron las especiales circunstancias concurrentes en el caso, rechazando expresamente que el hecho de que el matrimonio gitano no tenga efectos civiles constituya una discriminación prohibida por el Convenio.

Ahora bien, al margen del tema de la forma, es necesario dilucidar cuáles son las normas sustantivas aplicables en cada caso al matrimonio como acto (capacidad e impedimentos, causas de nulidad) y como estado (derechos y deberes de los cónyuges, causas de separación y disolución) (7). La cuestión a dilucidar es si en esta sede las normas civiles reconocen, en todo o en parte, la regulación efec-

(7) P. DE PABLO CONTRERAS, "Matrimonio civil y sistema matrimonial", en *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. I, M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS (directores), Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 468 y ss.

tuada por las normas de las respectivas confesiones. La regla general es que para el Derecho civil las normas sustantivas aplicables son las determinadas por su propia legislación civil, pero con ciertas matizaciones en el caso de que los cónyuges hayan celebrado su matrimonio en la forma canónica. Así, sin perjuicio de que los cónyuges casados canónicamente puedan obtener sentencia de nulidad o divorcio de su matrimonio con aplicación de las normas sustantivas del Código acudiendo directamente a los tribunales del Estado, el art. 80 del CC señala que "las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el ordenamiento civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustados al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil competente conforme a las condiciones a las que se refiere el art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil."

Dicho artículo 954 de la LEC se refiere al *exequatur* de las resoluciones judiciales extranjeras, lo que implica que la legislación civil reconocerá su eficacia siempre que no haya sido dictada en rebeldía (se trata simplemente de preservar el principio constitucional de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído o si, habiéndolo sido, se ha negado a reconocer la jurisdicción eclesiástica) y la sentencia canónica no contradiga el orden público interno (lo que sí haría, por ejemplo, si declarase la nulidad en base a un impedimento dispensado en sede civil). Todo ello, por supuesto, siempre que por el otro cónyuge o, en su caso, por el fiscal, no se formulase oposición (8).

Esta particularidad, que implica reconocer eficacia civil a sentencias canónicas de nulidad y decisiones *super rato* (junto con algunas otras relativas a la forma de prestar el consentimiento y a la elaboración del expediente matrimonial), ha hecho que la doctrina española no sea pacífica a la hora de calificar el sistema matrimonial español (9). Para la mayoría, sin embargo, se trataría de un sistema con una única clase de matrimonio, el civil obligatorio, pero con forma reli-

(8) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derecho de Familia*, Universidad Complutense, Madrid, 1989, p. 46.

(9) Véase M. L. GARCÍA DE BLAS: "El matrimonio, realidad social e institución jurídica", en *Instituciones de Derecho Privado*, tomo IV, vol. 1, Editorial Civitas y Consejo General del Notariado, Madrid, 2001, pp. 45 y ss.

giosa facultativa (DÍEZ-PICAZO, PEÑA), pues ni la competencia canónica es exclusiva ni puede imponerse (al menos en caso de oposición) sin un previo control de fondo. Otros autores, en base a la especialidad indicada, defienden la existencia de dos clases de matrimonio: el civil y el canónico (ALBALADEJO, DE PABLO y GARCÍA CANTERO). Mientras que, por último, algunos autores defienden la pluralidad de clases: civil, canónico y religioso no católico (SANCHO REBULLIDA).

Capacidad, expediente matrimonial e inscripción del matrimonio

Pueden contraer matrimonio los mayores de edad, los menores emancipados y los mayores de 14 años que hayan obtenido dispensa judicial. No pueden hacerlo aquellos unidos por un anterior vínculo válido subsistente, ni los unidos por parentesco de consanguinidad en línea recta y colateral hasta el tercer grado inclusive, aunque este tercer grado es dispensable judicialmente. En opinión de LACRUZ, en caso de parentesco por adopción sólo hay impedimento en la línea recta, pues la equiparación de efectos entre filiaciones cede frente a la norma especial del artículo 47 del CC. Como hemos ya comentado, también pueden contraer matrimonio entre sí las personas del mismo sexo. El art. 44,2 del CC señala que el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

Precisamente para acreditar la capacidad para contraer matrimonio es necesario elaborar un expediente matrimonial (art. 56 del CC), que también cumple una finalidad de comprobación de la voluntad de los contrayentes y que permitiría al instructor denegarlo cuando constate que éstos no quieren en realidad convertirse en esposos, sino celebrar un matrimonio de conveniencia o contrario a la ley (10). En la actualidad, el expediente se regula en los artículos 238 a 250 del Reglamento del Registro Civil y se sustancia según los procedimientos de jurisdicción voluntaria. La competencia para su instrucción corresponde al juez encargado del Registro Civil. No obstante, la reforma actualmente en marcha que atribuye a los notarios la nueva función de celebrar el matrimonio civil debe implicar lógi-

(10) E. SERRANO GÓMEZ, "La celebración del matrimonio", en *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. I, M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS (directores), Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 542 y ss.

camente que la tramitación del expediente que se arbitre en estos casos con la finalidad de acreditar los requisitos de capacidad quede exclusivamente a su cargo. La forma adecuada sería un acta notarial autorizada a instancia de los contrayentes en la que se practiquen todas las pruebas que el notario estime necesarias, hayan sido o no propuestas por los requirentes, culminada por un juicio notarial de conjunto sobre la inexistencia de impedimentos y la veracidad del consentimiento matrimonial.

Conforme al Derecho actualmente vigente, presentado el escrito inicial de solicitud por los futuros cónyuges junto con la documentación complementaria, éstos deben comparecer posteriormente ante el encargado del Registro Civil a efectos de su ratificación, momento en que éste ya puede rechazar el expediente, en su caso. El encargado debe oír por separado a los contrayentes para constatar que no existen impedimentos para la celebración del matrimonio. A continuación se publican edictos durante 15 días en los lugares de menos de 25.000 habitantes en donde hubieran residido los contrayentes en los últimos dos años (en el resto de municipios se sustituye por la audiencia de un pariente o allegado). Pese a que la utilidad de los edictos es mínima, el proyecto de reforma sigue manteniéndolos para el expediente notarial. Mientras se tramitan los edictos el encargado puede practicar todas las pruebas que estime convenientes. Vistos todos los datos, dictará un auto aprobando o denegando el expediente, que puede ser recurrido en el plazo de 15 días ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. El expediente se remite al encargado elegido para la celebración del matrimonio, el cual se limitará a autorizarlo y a extender la inscripción en su registro.

En cuanto a su inscripción, el art. 61 del CC señala que “el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil. El matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas”. Con ello se quiere indicar que la inscripción no es *condicio iuris* del reconocimiento de efectos civiles en el matrimonio. La inscripción se exige solamente a los efectos de su oponibilidad *erga omnes*. Es decir, a los terceros de buena fe no les perjudican (entendido el perjuicio en un sentido económico) los efectos del matrimonio mientras no se practique la inscripción.

Efectos del matrimonio

La celebración del matrimonio atribuye un conjunto de efectos personales y patrimoniales entre los cónyuges que se articulan en una pluralidad de derechos y deberes. Ese entramado de derechos y obligaciones, adquirido por los cónyuges de forma automática, cierta y necesaria por el simple hecho de la celebración, constituye la diferencia fundamental con las uniones de hecho. El Ordenamiento, sobre la base de un tipo de convivencia repetido y que responde a necesidades sociales evidentes, atribuye *ope legis* a esas situaciones un determinado régimen jurídico, cuya utilidad muchas veces no es debidamente apreciada hasta que el matrimonio hace crisis.

Entre los efectos personales del matrimonio, el Código Civil impone los deberes de ayuda y socorro mutuo, de respeto, de actuar en interés de la familia, de guardarse fidelidad y de vivir juntos. La doctrina se ha preguntado hasta qué punto subsisten estos deberes como verdaderos deberes jurídicos desde el momento en que se admite el divorcio unilateral sin expresión de causa (anteriormente era precisamente la infracción de estos deberes lo que permitía fundamentar la acción). Es obvio que no cabe exigirlos *in natura*, pero no por ello han perdido completamente su virtualidad. Por un lado, su incumplimiento sigue siendo causa de desheredación (art. 855,1 del CC), es decir, de privación forzosa de la legítima del cónyuge viudo, así como causa para denegar la obligación de alimentos (art. 152,4 del CC). Por otro lado, algunas sentencias judiciales han sancionado la posibilidad de reclamar una indemnización de daños y perjuicios ocasionada por el incumplimiento de los deberes conyugales, al menos en ciertos casos especiales, pese a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su conocida sentencia de 30 de julio de 1999, que declaró que "el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna". Pese al carácter imperativo con el que se ha considerado tradicionalmente este tipo de obligaciones, lo cierto es que actualmente se está abriendo en la doctrina una opinión favorable a su negociabilidad, reconociendo a estos pactos el valor de un perdón anticipado. Así, cabría pactar la exclusión de algunos de estos deberes, lo que determinaría la no aplicación de la causa de desheredación, de denegación de alimentos, o la exonera-

ción de responsabilidad civil, en su caso (11). En cualquier caso, es fácil apreciar el limitado valor de estos efectos personales hoy en día como incentivo para contraer matrimonio.

Algo completamente distinto ocurre, sin embargo, con los efectos patrimoniales. En el caso de los matrimonios celebrados con arreglo al Código Civil (y también en el caso del Derecho propio de algunas Comunidades Autónomas), por el simple hecho de la celebración del matrimonio surge entre los esposos un régimen de comunidad de bienes. En el caso del Derecho común ese régimen se califica de sociedad de gananciales, por cuanto de hacen comunes tanto los rendimientos derivados del trabajo de los cónyuges, como de los de bienes propios o comunes, adquiriendo por subrogación real el carácter de gananciales los bienes adquiridos con dichas resultas (arts. 1344 y ss. del CC). Existe, además, una importante presunción relativa al carácter ganancial de los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges (art. 1361 del CC). Los cónyuges pueden excluir este régimen legal pactando en capitulaciones matrimoniales, otorgadas antes o después del matrimonio (arts. 1325 y ss. del CC), un régimen distinto, normalmente el de separación de bienes, regulado en el Código Civil como supletorio, aunque el Código regula también otro régimen, apenas utilizado, que es el de participación en ganancias. En cualquier caso, en capitulaciones los cónyuges pueden modificar cualquiera de los regímenes legales para adaptarlo específicamente a sus circunstancias o crear un régimen completamente nuevo siempre que respeten unos mínimos imperativos (las leyes, las buenas costumbres y la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge). Para su validez las capitulaciones deben constar en escritura pública.

Pero, cualquiera que sea el régimen económico matrimonial vigente entre los cónyuges, se aplica de forma necesaria un régimen jurídico especial que la doctrina suele denominar "régimen matrimonial primario". Se impone en primer lugar un deber de contribuir al levantamiento de las cargas de la familia (pareja e hijos), que a falta de pacto en contrario será en proporción a sus respectivos re-

(11) L. F. RAGEL SÁNCHEZ, "Efectos personales del matrimonio", en *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. I, M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS (directores), Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 690.

cursos económicos (arts. 1318, 1362 y 1438 del CC). Por los actos realizados por uno de los cónyuges encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia encomendadas a su cuidado responderán subsidiariamente los bienes del otro cónyuge (arts. 1319 y 1440 del CC). Se exige que para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual, aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges, el consentimiento de ambos o, en su caso, la autorización judicial (art. 1320 del CC). Además, a modo de una suerte de legado legal, fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual de los esposos se entregará al que sobreviva, sin computárselo en su haber (art. 1321 del CC).

Al margen de los derechos reconocidos a los esposos en caso de separación y divorcio, que se examinarán más adelante, es necesario añadir que el matrimonio atribuye a los cónyuges, también *ope legis*, un conjunto muy variado de derechos frente a terceros. Así, derecho a pensión de viudedad, derechos frente al arrendador (subrogación y prórroga del contrato), beneficios fiscales tanto en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones como de la Renta de las Personas Físicas, etc.

b) La filiación y la adopción

El principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución acabó con cualquier discriminación entre los hijos por razón de su filiación, es decir, por razón de si habían sido procreados dentro del matrimonio (hijos legítimos) o fuera, ya sea entre personas que podían haber contraído matrimonio entre sí (hijos naturales) o no (ilegítimos no naturales).

Ahora bien, ello no implica que el matrimonio no se tenga en cuenta a la hora de determinar la filiación. Por razones prácticas, y sin que ello suponga ningún tipo de discriminación frente a los hijos, el Código Civil distingue entre una filiación matrimonial y otra extramatrimonial en orden simplemente a la determinación del vínculo (arts. 115 y ss. del CC). Así, en el caso de matrimonio, se presume que el hijo ha sido procreado por los cónyuges, por lo que se resuelve más fácilmente el problema de la determinación de la paternidad, siempre que el nacimiento ocurra dentro de unos plazos (después del matrimonio y antes de los trescientos días a su disolución o se-

paración legal o de hecho). La presunción es *iuris tantum* y puede ser destruida mediante prueba en contrario (si el hijo nace antes de los ciento ochenta días siguientes a la celebración, la presunción puede ser destruida por el padre mediante simple declaración en escritura pública o ante el encargado del Registro Civil). Por su parte, la filiación no matrimonial se determina normalmente mediante el reconocimiento, que, si es unilateral, no puede identificar al otro progenitor, salvo que esa filiación ya estuviese determinada. Su eficacia queda condicionada al consentimiento del reconocido si es mayor, y si es menor, al de su representante legal o a la aprobación judicial, salvo que se haga en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción de nacimiento. Además de en testamento notarial, cabe hacer el reconocimiento en documento público o ante el encargado del Registro Civil. Para determinar la filiación de la madre no se necesita reconocimiento si ésta se hace dentro del plazo para practicar la inscripción, siempre que coincidan la declaración (normalmente por el padre) y el parte o la comprobación reglamentaria. Si la madre no estuviese casada es necesario notificarla y puede desconocer su maternidad mediante declaración ante el encargado del Registro Civil en el plazo de quince días.

El art. 127 del CC consagra la libre investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, siguiendo en este punto el mandato del art. 39 de la Constitución. El art. 767.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara que la negativa a someterse a las pruebas biológicas permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad. En cualquier caso, para admitir la demanda es necesario presentar un principio de prueba de los hechos en que se funde.

La distinción entre filiación matrimonial y no matrimonial es también relevante para el ejercicio de las acciones de filiación, tanto para la reclamación (a falta de la correspondiente posesión de estado) como para la impugnación. Así, en caso de reclamación de la filiación matrimonial la acción corresponde al padre, a la madre y al hijo y se califica de imprescriptible, mientras que en el caso de la no matrimonial sólo corresponde al hijo durante toda su vida (aunque el Tribunal Supremo la ha extendido por vía jurisprudencial, sancionada por el Tribunal Constitucional, también a los progenitores). En sede de impugnación se establece un régimen distinto según se

quiera impugnar una u otra. En el caso de la matrimonial el régimen es mucho más restrictivo que en la no matrimonial, en la que, incluso, si falta la posesión de estado, la acción es imprescriptible y puede ser ejercitada por cualquiera al que perjudique.

Aunque el principio de verdad biológica es dominante en sede de filiación, no tiene una preponderancia absoluta. Así, la distinción entre la condición de padre y la de progenitor se aprecia con especial claridad tanto en la determinación de la filiación derivada de las formas de reproducción asistida como en el caso de la adopción.

La filiación derivada de las formas de reproducción asistida

La filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida se regula en principio por las leyes civiles, tal como señala el art. 7 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida. No obstante, estas técnicas permiten diferenciar perfectamente una paternidad biológica y otra "de deseo", e incluso dentro de la maternidad biológica puede distinguirse una maternidad genética y otra de gestación. El donante de gametos y de preembriones es siempre anónimo, y la ley se ocupa de indicar que la revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda no implica en ningún caso la determinación legal de la filiación. Con ello quiere indicarse que esa relación genética no habilita para ejercitar una pretensión judicial o extrajudicial para establecer la filiación. En el caso de la maternidad, ésta viene siempre determinada por el parto; es decir, se impone la maternidad de gestación frente a la genética. A mayor abundamiento, la maternidad subrogada o pacto de gestación por sustitución, con o sin precio, está prohibido en el Derecho español (12). En cuanto a la paternidad "de deseo", siguen rigiendo para este caso las presunciones de paternidad del Código Civil respecto del marido de quien se somete a estas técnicas. Para

(12) El art. 10 de la Ley 14/2006 señala que "1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales."

el no casado se exige su consentimiento manifestado en documento suscrito ante el centro acreditado.

Un caso interesante se plantea con la introducción por la Ley 3/2007 de un último párrafo en el art. 7, en el que señala que "cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido." Este caso, que se circunscribe al matrimonio entre mujeres, permite reconocer una doble maternidad, que incluso podría ser compatible con otra paternidad (no en el caso de fecundación con semen de donante, pero sí cuando la madre acudió a un donante encubierto o falsa pareja) (13).

La adopción y el acogimiento familiar

La adopción, por su parte (arts. 175 y ss. del CC), crea *ope legis* una relación de filiación que supone una completa ruptura del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia de origen (salvo que el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante) y a la que son aplicables las normas generales sobre filiación. Se requiere que el adoptante sea mayor de 25 años y tenga 14 años más que el adoptado. Los cónyuges pueden adoptar conjuntamente, de manera simultánea o sucesiva, pues el matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte (art. 175,4 del CC). El derecho a adoptar conjuntamente se extiende a los "integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal" (disposición adicional tercera Ley 21/1987), pero sólo simultáneamente y no de forma sucesiva (14). No puede adoptarse a un descendiente, ni a

(13) J. J. INIESTA DELGADO: "La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida", en *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. V, M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS (directores), Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 803 y ss.

(14) Aunque cabe que un miembro de la pareja adopte al hijo biológico de la otra, pero en un supuesto que será de adopción unilateral y requerirá la propuesta de la entidad pública (art. 176,2,2 del CC). Véase R. BARBER, "La filiación adoptiva", en *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. V, M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS (directores), Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 539.

un pariente en segundo grado de línea colateral por consanguinidad o afinidad, ni a un mayor de edad o emancipado salvo que la convivencia se hubiera iniciado antes de que el adoptado haya cumplido los 14 años.

En cuanto a si los matrimonios homosexuales pueden adoptar, la Ley 13/2005, que sancionó el matrimonio homosexual, no trató expresamente el tema, lo que fue objeto de crítica en su momento. No obstante, pese a la existencia de opiniones discordantes, la mayor parte de la doctrina se muestra a favor (15). Y ello tanto en lo que hace a la adopción conjunta como a la sucesiva (adopción del hijo biológico o adoptivo del consorte). En este sentido, el argumento derivado de la posibilidad consagrada en el examinado art. 7,3 de la Ley 3/2007 parece decisivo. Se han alegado, además, argumentos de tipo práctico centrados en las ventajas que tal admisión implica para los menores a la hora de regular su situación tras las rupturas matrimoniales y a efectos sucesorios, entre otras. Esta conclusión parecería implicar a su vez la posibilidad de adopción por parejas homosexuales no casadas respecto de las que exista una relación de afectividad análoga a la conyugal, sin embargo, lo cierto es que ninguna norma habilita para entenderlo así. La disposición adicional tercera se refiere sólo a la pareja heterosexual y el CC sólo al matrimonio (16).

La adopción exige la tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria que se inicia generalmente con la propuesta de la entidad pública competente y en la que deben concurrir una serie de consentimientos imprescindibles (adoptante y adoptando mayor de 12 años) y de asentimientos (cónyuge del adoptante y padres del adoptando), de los que cabe prescindir en caso de falta de comparecencia (aunque con reserva de un derecho de impugnación en un plazo de dos años bajo ciertas condiciones), concluyendo el trámite por

(15) Véanse L. Díez-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV/I, Tecnos, Madrid, 2012, p. 298, y R. BARBER, *op. cit.*, pp. 552 y ss.

(16) Lo que ha sido criticado por discriminatorio. En cualquier caso, también para las parejas homosexuales está abierta la vía del art. 176,2,2 del CC (véase n. 14). Por último, es necesario mencionar que las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho civil han reconocido en sus respectivas leyes de parejas de hecho capacidad a éstas (cualquiera que sea su orientación sexual) para adoptar de forma conjunta, simultánea o sucesiva.

decisión judicial. La adopción internacional está regulada por la Ley 54/2007. Si la adopción se constituye por la autoridad extranjera, ya sea íntegramente o precedida por una fase administrativa española, su reconocimiento en España viene regulado por los convenios y acuerdos bilaterales, en el caso de que hayan sido concertados, y en los demás casos por medio de un control incidental realizado, normalmente, por el encargado del Registro Civil correspondiente a la hora de practicar su inscripción. Mediante ese control se velará, entre otros requisitos, por la correspondencia sustancial de los efectos jurídicos entre la adopción extranjera y la adopción regulada en España. Se trata de evitar reconocer adopciones que no suponen una ruptura de los vínculos jurídicos con la familia de origen y que suelen ser revocables. En cualquier caso, tampoco será reconocida en España la adopción mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante si éste fuera español y residente en España.

Junto a la adopción, es necesario mencionar la figura del acogimiento familiar (arts. 172 y ss. del CC), caracterizado por el mantenimiento del vínculo jurídico y personal (en su caso) con la familia de origen y la plena participación en la vida de la familia de acogida. El acogimiento viene precedido de una situación de desamparo del menor o de solicitud de guarda por los padres a la entidad pública correspondiente cuando por circunstancias graves no puedan cuidar al menor. En estos casos la entidad pública realiza su guardia mediante acogimiento residencial o mediante acogimiento familiar. En este último caso, el que ahora nos interesa, el acogedor asume el contenido personal propio de la patria potestad.

El acogimiento se constituye mediante un convenio entre la entidad pública y el acogedor (con o sin compensación económica) al que debe dar su consentimiento el menor si tuviera doce años, y los padres si fueran conocidos y no estuvieran privados de la patria potestad. Si se negaren, será preciso entonces una resolución judicial, sin perjuicio de que entre tanto pueda acordarse un acogimiento provisional. Existen distintos tipos de acogimiento, el simple (cuando se prevea la reinserción del menor en su propia familia), el permanente (en cuyo caso se pueden transferir a los acogedores algunas de las facultades de la tutela de la entidad pública previo acuerdo judicial), y el preadoptivo (de cara a la adopción definitiva por la familia de acogida). El acogimiento puede cesar a petición de

los padres si la entidad pública hubiera asumido la guarda a solicitud de aquéllos. En caso de desamparo, los padres disponen de un plazo de dos años para realizar la petición.

c) El divorcio

Como hemos ya comentado, la Ley 15/2005 reformó profundamente la normativa sobre el divorcio –configurada desde la reforma de 1981 como divorcio remedio, principalmente sobre la base de una situación de separación que ha durado un tiempo razonable–, para sancionar un divorcio a voluntad de cualquiera de los cónyuges una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio (arts. 86 y 81 del CC), previa presentación de la correspondiente demanda judicial. En la medida en que el divorcio depende exclusivamente de la voluntad de cualquiera de los cónyuges, el juez debe dar curso a la pretensión de manera necesaria, sin indagar la concurrencia de ningún tipo de causa, fuera de la comprobación del transcurso del plazo citado. A la vista de ello, el interés fundamental se centra, obviamente, en los efectos del procedimiento de divorcio (comunes además a la separación judicial y a la nulidad).

Una vez admitida la demanda de divorcio (arts. 102 y 103 del CC), se produce la revocación automática de los poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro (aunque si se trata de un poder notarial hay que tener siempre en cuenta el principio de apariencia en beneficio del tercero de buena fe), y, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. Además, el juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, debe adoptar una serie de medidas relativas a la situación de los hijos (a quién corresponde la guarda y cómo se determina el régimen de visitas), cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar (siempre que no haya ya separación de hecho), fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio (considerándose como contribución a las cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedique a los hijos) y señalar los bienes comunes que hayan de entregarse a cada uno de los cónyuges y su régimen de administración.

Una vez firme la sentencia, es necesario fijar el estatuto de las relaciones de los exesposos tanto entre sí como en lo referente a los

hijos comunes. La idea del legislador es que esas relaciones se fijen de común acuerdo entre los divorciados a través de la suscripción de un documento denominado convenio regulador (art. 90 del CC). Los acuerdos de los cónyuges serán aprobados por el juez salvo que sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, cautela final que no es de fácil comprensión desde el punto de vista del Derecho de contratos. Por ello, hay que entender que, con arreglo al Derecho vigente, se configura como un negocio especial de carácter mixto en el que intervienen sujetos privados y autoridad pública (17). El convenio debe versar sobre el cuidado de los hijos, el régimen de comunicación –en su caso– de los hijos con sus abuelos, la atribución del uso de la vivienda familiar, la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, la liquidación –cuando proceda– del régimen económico del matrimonio, y la pensión que correspondiere satisfacer a uno de los cónyuges, también en su caso. A falta de acuerdo, decidirá el juez.

El régimen general con relación a los hijos es que quedan bajo la guarda y custodia de uno de los padres, sin perjuicio del régimen de visitas a favor del otro. No obstante, el Código Civil permite (art. 92) un uso compartido de la guarda y custodia si así lo solicitan los padres de común acuerdo, aunque el juez, excepcionalmente, puede acordarlo a instancia de sólo uno con informe del Ministerio Fiscal (18), y siempre que entienda que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor. El matiz distintivo de la custodia compartida descansa en la duración del tiempo de convivencia con los hijos, que se asigna igualitariamente a ambos progenitores, aunque el juez tiene facultades para modificar esta regla (19). En esta modalidad es posible incluso la alternancia de los padres en el

(17) Díez-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV/I, Tecnos, Madrid, 2012, p. 120.

(18) La Ley 15/2005, que introdujo esta posibilidad, exigía que el informe del fiscal fuese “favorable”. Sin embargo, esa exigencia fue declarada inconstitucional por la STC 185/2012.

(19) M. CASTILLA BAREA y A. L. CABEZUELO ARENAS, “Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)”, en *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. II, M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS (directores), Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 421 y ss.

uso de la vivienda en la que residen los hijos en función de los distintos periodos de convivencia (lo que se denomina "custodia compartida nido").

El uso de la vivienda familiar corresponde en línea de principio a los hijos del matrimonio y al cónyuge en cuya compañía queden. No habiendo hijos puede acordarse que su uso, por el tiempo que prudentialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que las circunstancias lo hiciesen aconsejable. Este uso es, en consecuencia, totalmente independiente de la titularidad de los bienes. Es oponible *erga omnes*, y aunque su carácter como genuino derecho real ha sido discutido, puede inscribirse en el Registro de la Propiedad a los efectos de garantizar su oponibilidad frente a los terceros adquirentes de buena fe. Por lo que hace a su duración, hoy es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que no basta que los menores alcancen la mayoría de edad para que se extinga, sino que es preciso que adquieran independencia económica. Es más, no parece posible pactar una limitación temporal por referencia a la adquisición de esa mayoría de edad (20). En el caso de que el titular de la vivienda sea un tercero, hay que distinguir distintos supuestos. Si el derecho de uso de los cónyuges deriva de un arrendamiento, la Ley de Arrendamientos Urbanos (art. 15) faculta al cónyuge no arrendatario al que se le haya adjudicado el uso para que pueda continuar en ella, comunicándolo al arrendador en el plazo de dos meses. A partir de ese momento, para el ejercicio de cualquier acción contra el titular arrendatario el arrendador ha de actuar también contra el usuario, aunque existen autores que defienden que en este caso lo que se produce es una auténtica subrogación en el contrato que elimina la vinculación del antiguo titular (21). Si la vivienda se usaba por los cónyuges en virtud de un precario, el concedente puede recuperar en cualquier momento la vivienda (STS de 26-12-

(20) M. CUENA, "El régimen jurídico de la vivienda familiar", en *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. III, M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS (directores), Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 404. En el caso de que el usuario no titular conviviese maritalmente o contrajese matrimonio con otra persona que se traslada a vivir a la vivienda, existe jurisprudencia contradictoria de los tribunales inferiores. En principio no debe haber obstáculo para que en estos casos quepa pactar su extinción en el convenio regulador. *Ibidem*, pp. 405 y ss.

(21) M. CUENA, *op. cit.*, pp. 372 y ss.

2005). Incluso si fuese concedida en comodato o préstamo de uso (por un plazo o para un uso determinado) en contemplación a la persona de uno de los cónyuges (normalmente por los padres de uno de éstos), hay que entender que la asignación del uso al otro convierte la posesión en un precario revocable (STS 18-1-2010), efecto que según alguna otra sentencia se produciría por la simple ruptura matrimonial (STS 2-10-2008) (22).

En cuanto a la contribución a las cargas del matrimonio y la prestación de alimentos, es necesario señalar que no sólo se reconoce ese derecho a favor a los menores de edad, sino también a los mayores que carezcan de recursos propios y convivan en el hogar familiar (art. 93 del CC). No obstante, los jueces vienen estableciendo en la práctica una limitación temporal, que oscila entre los 25 y los 27 años de edad (23). Además, hay que tener en cuenta que el art. 97 del CC reconoce una pensión compensatoria al cónyuge a quien el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio. Esta pensión tiene una gran importancia, en cuanto constituye una de las diferencias más destacadas con el régimen de los unidos de hecho (aunque enturbiada por cierta legislación autonómica e incluso por cierta jurisprudencia). Puede consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia. Las pensiones de carácter indefinido pretenden solucionar desequilibrios perpetuos cuando como consecuencia del tipo de convivencia uno de los cónyuges carece de cualquier expectativa de abrirse paso por sí mismo y obtener sus propios recursos. En cuanto a su justificación, se ha terminado por imponer en la práctica jurisprudencial la tesis subjetiva conforme a la cual, para determinar la existencia de ese desequilibrio, debe tenerse en cuenta básicamente la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes al que ha estado sujeto el patrimonio conyugal (en tanto que puede compensar determinados desequilibrios) y su situación anterior al matrimonio (STS 19-1-2010). En cualquier caso, parece que se impone en doctrina y jurispru-

(22) C. CUADRADO PÉREZ, "Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia", RCDI, núm. 734, pp. 3183 y ss.

(23) M. CASTILLA BAREA y A. L. CABEZUELO ARENAS, *op. cit.*, p. 481.

dencia la idea de que esta pensión sería perfectamente renunciabile *ex ante* mediante pacto contenido en capitulaciones matrimoniales otorgadas ante notario (posibilidad expresamente admitida por la legislación catalana) (24). Del mismo modo, serían admisibles pactos relativos a la cuantía y a las condiciones de percepción; eso sí, siempre que respeten los límites impuestos por el orden público y no hagan imposible en la práctica solicitar un divorcio. Por último, es necesario destacar que del impago de las pensiones alimenticias y compensatorias pueden derivarse responsabilidades no sólo civiles, sino penales (arts. 227 y 618,2 del CP).

d) La vocación hereditaria (los derechos de los herederos, del cónyuge supérstite y de los hijos menores)

La pluralidad de Derechos civiles existentes en el territorio nacional trae consigo una diversidad de regulaciones que se aprecia especialmente en este tema de la vocación hereditaria. Vamos a describir fundamentalmente, sin embargo, la regulación contenida en el Código Civil, aplicable en la mayor parte de España.

En defecto de testamento, el CC llama a los hijos del causante por partes iguales, representando a los premuertos sus descendientes. En defecto de descendientes la ley llama a los ascendientes, y a falta de ellos, al cónyuge antes que a los hermanos y otros colaterales. En cualquier caso, el cónyuge siempre participa en la sucesión intestada a través de su legítima en usufructo (aunque puede ser conmutada a voluntad de los herederos asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo), cuya cuantía varía en función de con quién concurra a la sucesión. Si es con los hijos su usufructo será de un tercio de la herencia, de la mitad si concurre con ascendientes y de dos tercios si concurre con extraños (en este último caso sólo en la sucesión testada, pues en la intestada esto es imposible, lógicamente).

Lo más interesante a nuestros efectos, sin embargo, es el régimen de legítimas (arts. 806 y ss. del CC), es decir, los límites que el testador (o donante) debe respetar a la hora de ordenar su voluntad, en beneficio de ciertos parientes. Además de cónyuge, como

(24) *Ibidem*, p. 532.

hemos visto, son legitimarios los descendientes (con independencia de su edad) y, en defecto de ellos, los ascendientes. La legítima de los parientes en línea recta en el Derecho común español es extraordinariamente fuerte, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo. Desde el punto de vista cualitativo debe, como regla general, pagarse en bienes de la herencia (*pars bonorum*) y no admite sobre esa porción carga o condición de ninguna especie. Desde el punto de vista cuantitativo la legítima de los descendientes alcanza las dos terceras partes de la herencia, aunque uno de esos tercios puede distribuirse como mejora a favor de cualquier hijo o descendiente (incluso si no es legitimario por vivir un descendiente intermedio). La de los padres es de una mitad, aunque se reduce a un tercio si concurren con el cónyuge del causante.

Este rigor contrasta con el régimen existente en algunos territorios españoles, en los que se consagra en la práctica la libertad de testar general (Navarra y Tierra de Ayala), entre descendientes (Aragón y Vizcaya), o en los que la legítima se reconoce como mero derecho de crédito y por una cuantía inferior (Cataluña y Baleares). No obstante, en las últimas décadas ciertas reformas legislativas han buscado dulcificar el rigor de la legítima en el Derecho común, ya sea permitiendo en ciertos casos su pago en metálico extrahereditario (art. 841 del CC), estableciendo ciertas excepciones en beneficio de la continuidad de la empresa familiar (art. 1056 del CC), por la vía de atribuir en testamento facultades amplias al cónyuge para mejorar incluso en su propio testamento (art. 831 del CC), o incluso en atención a la incapacidad de alguno de los legitimarios, permitiendo gravar la legítima estricta con una sustitución fideicomisaria, siendo fiduciario el incapacitado y fideicomisarios el resto de legitimarios (art. 808 *in fine* del CC). Sin embargo, estas reformas son poco significativas y cabe afirmar que el sistema apenas ha cambiado desde la promulgación del CC.

Es necesario recordar que estas limitaciones se extienden, lógicamente, a las donaciones hechas en vida por el causante, que tras su muerte podrán ser reducidas por inoficiosas en el caso de que, computadas conjuntamente con los bienes hereditarios, perjudicasen la legítima de los herederos forzosos. Como afirma el art. 636 del CC, "ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento. La donación será inoficiosa, en todo lo que exceda de esta medida."

2. DESARROLLO Y CRÍTICA

Si contrastamos este régimen jurídico con la realidad sociológica del país, descrita someramente en la introducción de este trabajo, creo que sería posible sacar dos impresiones muy evidentes unidas por un común denominador: confusión e inseguridad jurídica en el ámbito del Derecho matrimonial, y completa inadecuación en el ámbito del Derecho sucesorio; siendo el común denominador la falta de respeto a la libertad de las personas y la desconfianza a sus posibilidades de autorregulación.

a) Derecho matrimonial

En el ámbito matrimonial no resulta fácil apreciar para los ciudadanos en qué consisten exactamente las ventajas jurídicas del matrimonio (al margen de su carga simbólica o de su significado religioso), si es que realmente las hay, frente a la mera unión de hecho. Recordemos que este es precisamente uno de los factores que ha motivado en los países nórdicos la práctica desaparición del matrimonio. El panorama se complica extraordinariamente por la existencia de una pluralidad de legislaciones autonómicas que han regulado las uniones de hecho de la forma más variada posible que quepa imaginar, en muchas ocasiones con una deficiente visión del problema y, a veces, con una deplorable técnica legislativa. En el Derecho común no existe una normativa específica sobre uniones de hecho, por lo que han sido los tribunales los que han venido a completar esta "laguna", también de una manera muy heterogénea. Por eso la primera cuestión a plantear es si es necesario realmente legislar sobre este tema, y en caso afirmativo, con qué alcance.

Legislar sobre las uniones de hecho plantea un primer problema, que es el de imponer a ciertas personas que han decidido convivir juntas sin celebrar entre sí el contrato de matrimonio una determinada regulación, que implica un conjunto de derechos y deberes mutuos, a la que presumiblemente no han querido someterse. Para eludir este inconveniente cabría idear una solución, que además ha sido adoptada por algunas legislaciones autonómicas: exigir, además de la convivencia, el cumplimiento de determinadas formalidades, señaladamente la inscripción en un registro público. Sin embargo, esta solución plantea nuevos problemas, especialmente la

cuestión de cuál es entonces el régimen a aplicar a aquellas uniones de hecho que no se inscriban en ese registro. ¿Podemos entender que a estas uniones no se les aplica ningún régimen especial? Si es así, como cabría presuponer, estamos reproduciendo exactamente el mismo problema que queríamos solucionar, con la única diferencia de que hemos creado dos tipos de matrimonio, uno con más derechos y otro (presumiblemente, aunque no siempre) con menos, otro nombre y una formalización un poquito más rápida. ¿Tiene esto sentido? Desde el momento en que los requisitos de entrada y salida del matrimonio "clásico" se han dulcificado enormemente, desde el momento en que los homosexuales pueden contraer matrimonio entre sí, y desde el momento en que los cónyuges tienen abierta una enorme posibilidad de pactos con los que modalizar el alcance patrimonial y personal de la institución, claramente no.

La cuestión clave, entonces, es, si pese a ello, es necesario reconocer a los unidos de hecho que no han formalizado ningún pacto entre sí (porque si lo hubieran hecho a él habría que estar) ni se han inscrito en ningún registro, algún régimen especial. Aquí la respuesta debe ser afirmativa, pero con muchas matizaciones. Sería necesario en primer lugar distinguir las relaciones frente a tercero (para el cual el régimen que regula las relaciones internas entre los convivientes debería ser indiferente, al menos en principio) y el régimen recíproco de derechos y obligaciones.

En cuanto a las relaciones frente a terceros, el legislador español lleva reconociendo derechos a los unidos de hecho desde hace ya mucho tiempo. Así, para adoptar simultáneamente (disposición adicional 3.^a de la Ley 21/1987), en materia de reproducción asistida, para ejercitar la facultad de mejorar respecto de los hijos comunes (art. 831,6 del CC), en sede de arrendamientos urbanos, al regular la legitimación en los procesos de incapacitación (art. 757,1 de la LEC), en sede concursal en materia de créditos subordinados (art. 93 de la LC), en el Impuesto de la Renta y de Sucesiones, en relación a la pensión de viudedad (art. 174 de la LGSS), etc. En todos estos casos se establece un régimen idéntico al matrimonial, aunque varían, en función de los supuestos, los requisitos exigidos para ser considerado una pareja de hecho. En la mayoría de ellos se exige la existencia de una situación de hecho "asimilable" o "análoga" a la conyugal, y en otros la concurrencia de unos requisitos concretos (por ejemplo, para tener derecho a recibir la pensión de viudedad

se exige una convivencia de cinco años inmediatamente anterior a la muerte y demostrar la dependencia económica del sobreviviente frente al difunto).

En cualquier caso, el Tribunal Constitucional ha dejado muy claro en multitud de sentencias que el matrimonio y la unión de hecho son dos realidades diferentes que el legislador puede, en consecuencia, tratar de manera distinta. Aunque lo cierto es que su jurisprudencia ha sido un tanto errática, pues ha tendido a permitir ese trato desigual cuando se alegaban derechos frente al Estado y a impedirlo cuando se alegaban frente a un particular (así, frente al arrendador, en la STC 22/1992), lo que no ha dejado de producir hasta el día de hoy cierta inseguridad jurídica. En consecuencia, aunque con ciertos límites, parece que el legislador podría tanto no reconocer derechos a estas parejas como exigir requisitos añadidos que no se demandan para los matrimonios. Otra cosa es que aquí la asimilación pueda considerarse en general recomendable, pero con dos matizaciones. La primera es que, por razones de seguridad jurídica, resulta lógico que la norma exija requisitos añadidos que faciliten la prueba de esas situaciones (periodos de convivencia relevantes o inscripciones en determinados registros, lo que a su vez genera sus propios inconvenientes, ya comentados). La segunda, es que también sería recomendable extender esa asimilación a los supuestos en los que la pareja de hecho se ve perjudicada, y no sólo beneficiada. Recordemos, por ejemplo, que la Ley Concursal no extiende a las uniones de hecho la presunción muciana de su art. 78, 1 (relativa a las presunciones de donación por el concursado), lo que no tiene ninguna justificación (25). Estas asimilaciones pueden realizarse perfectamente en la correspondiente legislación sectorial, sin necesidad de una regulación específica al efecto, y sin duda todavía quedan en este campo cosas por hacer (singularmente en materia procesal, al objeto de permitir a los unidos acudir con carácter general a los procesos especiales sobre matrimonio y menores) (26).

(25) Véase M. CUENA CASAS, "Uniones de hecho y abuso del Derecho. Acerca de la discriminación en contra del matrimonio", *La Ley*, núm. 6210, de 15 de marzo de 2005.

(26) Véase C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, "Las parejas no casadas", en *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. IV, M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS (directores), Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 692 y ss.

Sin embargo, cuando de las relaciones frente a terceros pasamos a las internas entre los convivientes, la valoración de la situación debe cambiar sustancialmente. Lo lógico hubiera sido no reconocer aquí más regulación que la general del Derecho civil (enriquecimiento sin causa, abuso de derecho, regulación de la comunidad y la sociedad, teoría general de la responsabilidad, régimen de las *conditios*, etc.). Sin embargo, no ha sido así. Tanto las legislaciones autonómicas como las sentencias de los tribunales (para el caso del Derecho común, que no tiene regulación específica al efecto) han creado en este tema una enorme confusión, aplicando a los unidos algunas de las soluciones típicas previstas para el matrimonio, ya sea por vía normativa directa (las legislaciones autonómicas) o por la vía de la analogía (los tribunales en los territorios donde rige el Código Civil). Es muy frecuente en nuestros tribunales el reconocimiento a las parejas de hecho de derechos de tipo compensatorio o indemnizatorio e, incluso, de tipo cuasisucesorio (STS de 17 de junio de 2003) (27). Y ello pese a la pretendida sentencia unificadora del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2005, en la que señaló que “hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y del divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias. Por ello debe huirse de la aplicación por analogía *legis* de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 del CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio.” Sin embargo, poco después, en su sentencia

(27) Se planteaba el caso de la extinción de una pareja por muerte de uno de los convivientes –sin otorgar testamento y siendo una hermana la única heredera– después de más de cincuenta años de convivencia. El Tribunal termina reconociendo un derecho indemnizatorio al 75 % de los bienes del fallecido en base teóricamente a la doctrina del enriquecimiento sin causa, aunque lo cierto es que sin poder justificar en absoluto sus presupuestos. Véase C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 788 y ss.

de 8 de mayo de 2008, el propio TS vuelve a sembrar la confusión sobre este tema al admitir la aplicación de esos artículos en base a la similitud relativa existente entre uno y otro caso, abriendo la puerta para que los tribunales inferiores acojan de nuevo todo tipo de soluciones, con el inevitable impacto en la seguridad jurídica. Hoy en nuestros tribunales abundan reclamaciones justificadas de la manera más heterogénea y cuyo destino es completamente incierto, al depender más del criterio personal del juzgador que de la recta aplicación del Derecho vigente.

En realidad, la aplicación analógica debería quedar limitada precisamente a los supuestos donde existe identidad de razón, como puede ser el caso de la atribución de la vivienda conyugal cuando existen hijos menores (lo que ya está generalmente admitido por nuestros tribunales), pues es una medida que persigue fundamentalmente satisfacer intereses de terceros para los que es indiferente la relación jurídica entre los convivientes. Por eso no es en absoluto improcedente regular este tipo de situaciones, como, por ejemplo, ha hecho el Código Civil catalán en referencia a las relaciones entre los hijos y la pareja del progenitor (art. 236-14 y 15). Pero, por el contrario, sí lo es cuando lleva consigo imponer efectos *inter partes* derivados de una regulación expresamente rehuida, como todavía es tan frecuente, especialmente en la legislación autonómica (28). El colmo de este despropósito es terminar reconociendo a las parejas de hecho un derecho de compensación por ruptura de la relación más importante que el previsto incluso para los cónyuges (art. 9 de la Ley de parejas de Baleares), lo que ha llevado a los tribunales a tener que acudir a una aplicación analógica contraria, esto es, de la pareja al matrimonio, para reconocer esa compensación en un supuesto de crisis matrimonial (29).

(28) Afortunadamente, la sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril de 2013, declara la inconstitucionalidad parcial de la Ley Foral navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, precisamente por atribuir a los integrantes de la pareja determinados efectos que tales sujetos quisieran excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de no contraer matrimonio, concluyendo que el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el art. 10,1 de la CE.

(29) Véase C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 810.

Nada impide, además, a los unidos de hecho regular sus relaciones al amparo del principio de la autonomía de la voluntad, evidentemente, con el objeto de acogerse a alguno de los efectos propios del matrimonio, ya sea durante la convivencia (régimen económico matrimonial), como con referencia a su ruptura (régimen de compensaciones). En este caso su formalización en escritura pública es enormemente conveniente (cuando no imprescindible en los supuestos previstos en las reglas generales), tanto por la función de asesoramiento y de redacción del negocio realizado por el notario, como por la lógica consecuencia derivada de lo anterior: la eficacia privilegiada otorgada al documento notarial (entre otros, el efecto ejecutivo previsto en el art. 517,4 de la LEC). Pero lo cierto es que la escasa presencia en la realidad de este tipo de acuerdos demuestra que cuando los interesados quieren regular su relación en función de posibles incidencias futuras acuden normalmente a la institución del matrimonio, que permite de un único golpe obtener todo el conjunto de beneficios buscados.

En esto consiste sin duda alguna la ventaja del contrato matrimonial: obtener de golpe una determinada regulación (personal, patrimonial y sucesoria) que se considera muy conveniente para ordenar jurídicamente este tipo de convivencia y que puede ser adaptada también por voluntad de los cónyuges a su situación particular. En el Código Civil el régimen económico matrimonial legal, supletorio en defecto de pacto, es el de la sociedad de gananciales. La existencia de este régimen, por el que se hacen comunes los rendimientos obtenidos durante su vigencia, ya implica de por sí una especial protección, al margen de ser el que mejor se adapta a la vida diaria de la mayoría de parejas (sin desconocer los posibles inconvenientes en el momento de la liquidación, especialmente en el caso de ulteriores matrimonios contraídos también bajo ese régimen). A ello hay que añadir el consiguiente efecto de seguridad jurídica, entre partes y frente a terceros, derivado de un régimen conocido y estable, que desincentiva el recurso a los tribunales y, cuando se suscita la controversia, es de más sencilla resolución.

Frente a ello, cabe oponer la situación en que se encuentra el integrante de una pareja no casada que se encuentra un buen día, tras la ruptura de la relación, con el hecho de que los bienes estaban a nombre del otro, pese a haber contribuido a su adquisición económicamente o con su colaboración personal; con que esa rup-

tura le dejaba en una situación insostenible, por haber abandonado su trabajo al iniciarla; con que no podía participar en las ganancias obtenidas con el esfuerzo común durante el periodo de convivencia; con que, pese a ello, debía responder de ciertas deudas; con que los hermanos le precedían en la sucesión abintestato; con que no tenía ni un simple derecho de alimentos sobre la herencia; con que carecía de pensión de viudedad, de asistencia sanitaria; con que carecía de derechos sobre la vivienda del otro cónyuge, etc. La solución no es aplicarle las soluciones del matrimonio por vía analógica (en detrimento de la voluntad de la otra parte y de sus propios actos), sino aplicar uno de los principios fundamentales del Derecho civil: el principio de autorresponsabilidad; sin perjuicio de que para los casos más graves sigan funcionando, por supuesto, otros principios, como el del enriquecimiento injusto. Pero las consecuencias originadas por su abstención a él deben serle imputadas principalmente, sin pretender trasladarla al conjunto de la sociedad a través de una legislación o una jurisprudencia imposible y contradictoria generadora de inseguridad jurídica, efecto casi inevitable a la vista de la enorme pluralidad de situaciones que pueden plantearse en la práctica.

Por eso considero que no es defendible el argumento, tan extendido, de que frente a los diferentes modelos de convivencia el Estado debe permanecer neutral. Es obvio que el Estado debe permitirlos todos (sin perjuicio de la legislación civil y penal en defensa de la dignidad de la persona en general y de la protección de los menores en particular), pero eso no implica que por razones de utilidad particular y general no pueda favorecer e incentivar un determinado tipo frente al resto. Con los límites derivados de la protección a la familia consagrados en el texto constitucional (art. 39 CE) es una posibilidad que, como hemos visto, ha reconocido sin problemas nuestro Tribunal Constitucional. El principio de seguridad jurídica es también un valor constitucional (art. 9,3 CE): "La Constitución garantiza (...) la seguridad jurídica", lo que constituye un mandato ineludible para el legislador.

b) Derecho sucesorio

Si pasamos del Derecho matrimonial al Derecho sucesorio comprobaremos fácilmente que la nota a destacar es la inadecuación a

la realidad vigente, especialmente en lo referente al régimen de legítimas. El esquema actual apenas ha sufrido modificación desde la promulgación del CC, pese a que la familia actual no tiene nada que ver con el tipo de familia dominante a finales del siglo XIX. Entonces, el fenómeno hereditario estaba pensado para familias pudientes con patrimonio fundamentalmente inmobiliario y rural (30). En la actualidad, los grandes patrimonios no son inmobiliarios, sino financieros, articulándose su transmisión por cauces al margen de la herencia (sociedades y fundaciones a veces residenciadas en paraísos fiscales). Por el contrario, hoy el fenómeno sucesorio a quien afecta fundamentalmente es a las clases medias y modestas que integran un núcleo familiar reducido, a veces complejo por la existencia de divorcios, separaciones, segundas nupcias, hijos de diferentes progenitores, etc., y cuya composición patrimonial suele reducirse a la vivienda familiar y poco más. Aplicar a esta realidad el régimen legitimario anteriormente analizado es un disparate que no plantea más que problemas y que si hasta ahora se ha soportado ha sido gracias a la jurisprudencia cautelar del notario a la hora de autorizar los testamentos y las particiones hereditarias.

Incluso para la moderna familia de corte tradicional, integrada por una pareja y sus hijos comunes, el régimen resulta muy incómodo. La intención fundamental del testador en estos casos es preservar la posición en la que quede el viudo, normalmente concretada en el uso y disfrute de la vivienda conyugal y de un mínimo patrimonio dinerario que garantice su subsistencia. Pero si, como resulta muy habitual que ocurra, el único patrimonio común es la vivienda habitual, entonces es difícil conseguir estos objetivos y a la vez satisfacer la legítima de los hijos, libre de cargas de ningún tipo; lo que resulta extraordinariamente chocante si, como también es frecuente, los hijos tienen una posición perfectamente desahogada, incluso más desahogada que la del viudo. En rigor, no habría más solución para pagar la legítima que acudir a la venta del inmueble. Pues bien, para solucionar estos inconvenientes los notarios han

(30) Las ideas que siguen en lo referente a la actual regulación de las legítimas están tomadas de la ponencia de I. SOLÍS VILLA presentada en el seminario "Limitaciones a la libertad de testar", celebrado en Madrid, en la sede de la Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, el 17 de diciembre de 2003.

venido acudiendo a ciertas fórmulas que –como la cautela *socini*– constituyen opciones que se ofrecen al heredero para incentivarle a que reciba su legítima gravada con el usufructo del viudo a cambio de percibir una mayor cuantía de la herencia cuando el sobreviviente fallezca. El uso masivo de este tipo de subterfugios denuncia a las claras la insuficiencia del régimen legal.

Por otra parte, y ya al margen de la posición del cónyuge, la cuantía de la legítima estricta de los descendientes es excesiva (lo que se percibe enseguida cuando tanto el patrimonio como el número de hijos es escaso), pues impide que el padre pueda discriminar en beneficio de los más necesitados o de los que necesiten mayor protección, o incluso en función de su distinto comportamiento (lo que es un fenómeno muy frecuente en el caso de familias con hijos de distinto origen). En este campo sólo contamos con una reforma muy limitada que favorece a los incapacitados judicialmente, pero que deja fuera a otros descendientes en los que puede concurrir una especial razón de protección que sólo los padres pueden apreciar.

Si de la familia de corte tradicional pasamos a las nuevas relaciones familiares cada vez más complejas, los problemas se agravan todavía más. Los testamentos en estos casos se convierten en verdaderas obras de arte jurídicas que comprenden simultáneamente exclusiones de la administración materna o paterna del patrimonio heredado por los menores en el caso de divorciados, cautelas socinianas, fideicomisos sobre la mejora, cláusulas creativas de desheredación por causas no tipificadas literalmente, etc. No cabe duda de que sin las limitaciones que imponen las legítimas los instrumentos sucesorios podrían ser mucho más claros y más adecuados a la voluntad del testador, que es, además, en la gran mayoría de los casos, el que mejor conoce las necesidades y méritos de su familia.

Por lo que se refiere a la legítima de los ascendientes (en defecto de hijos y descendientes), cabría decir exactamente lo mismo. No tiene sentido que los padres con una situación económica desahogada perciban la mitad del patrimonio del causante a costa del conviviente (sea de otro o del mismo sexo), o incluso un tercio cuando concurren con el cónyuge, y probablemente tampoco resulta muy justo que existiendo hijos los padres en situación de necesidad no perciban nada. Esta última reflexión nos lleva a la necesidad de

una reforma que consagre la libertad de testar y que atienda estas necesidades de hijos y padres (incluso concurriendo) por la vía de derechos de crédito contra la herencia de carácter alimenticio, con toda la amplitud que se estime necesaria.

Los inconvenientes que plantean las legítimas se aprecian también a la hora de formalizar las transmisiones hereditarias. El principal problema deriva de que el consentimiento de los legitimarios a la partición es imprescindible aun cuando no ostenten la condición de herederos (porque sean legatarios o hayan recibido su legítima en vida). Se trata de evitar así la lesión de sus derechos reconocidos imperativamente por la ley atribuyéndoles un consentimiento-control en vía extrajudicial. Ello implica que basta con que uno de los legitimarios no herederos se niegue a firmar la escritura para que la autorización notarial sea imposible y se condene a los herederos que desean obtener un título de sus derechos e inscribirlo en los Registros a acudir a la sede judicial, con todos los problemas y costes que ello implica.

El Derecho civil común prohíbe también con carácter general los pactos sucesorios, por los cuales, y con carácter irrevocable, el futuro causante instituye heredero u ordena un legado a favor del otro contratante o de un tercero, o, por el contrario, el posible heredero renuncia a su eventual derecho hereditario (arts. 658 y 1271.2 del CC). La razón es la influencia romanista recibida a través de las Partidas, que alegaba como causa principal de la prohibición el *votum mortis*, es decir, el riesgo de que el instituido heredero por contrato deseara la muerte del instituyente con el fin de heredar lo antes posible. El argumento es débil, pues, como afirmaba LACRUZ, con mayor razón puede desear una muerte rápida el instituido heredero en virtud de un testamento por esencia revocable (31). Por el contrario, el contrato sucesorio tiene a favor de su admisión importantes argumentos, que no son otros, en definitiva, que los derivados del reconocimiento general de la libertad de contratación. La prohibición implica un paternalismo poco justificable, pues los interesados son los mejores árbitros de sus intereses. La vía contractual es un

(31) J. L. LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 382. Aunque hay que reconocer que la diferencia estribaría en el carácter secreto del testamento, diferencia que a su vez el régimen de legítimas desvirtúa en gran parte.

medio idóneo para crear un marco de incentivos que juegue en interés de ambas partes como, por ejemplo, a la hora de fomentar la cooperación en la conservación del patrimonio familiar, como han demostrado desde antiguo los Derechos forales españoles, mucho más permisivos en este tema. Es cierto que su aplicación ha estado tradicionalmente limitada a los patrimonios agrícolas, pero no cabe duda de que podía tener ahora mucho más juego en el ámbito de la organización y transmisión de la empresa familiar. No hay que olvidar, además, que la intervención notarial implicaría una garantía añadida de asesoramiento imparcial y consentimiento informado que puede ayudar a disipar los recelos que conlleva la introducción de la figura (32).

El testamento notarial no sólo es el vehículo habitual de expresión de la voluntad testamentaria, sino que la sucesión de la mayor parte de los causantes en España es testamentaria; y ello con independencia de la cuantía de su patrimonio o de la complejidad de su situación familiar. Según las estadísticas notariales, se suelen otorgar en torno a los seiscientos mil testamentos al año. Las razones que explican este éxito son muy variadas, aun cuando, como se ha indicado, se trate de testamentos sencillos a favor del cónyuge e hijos. Por un lado, el otorgamiento del testamento permite incrementar los derechos que la ley atribuye en defecto de testamento al cónyuge viudo –pese a las limitaciones que a ese fin suponen las legítimas–, ya sea utilizando a ese fin el tercio de libre disposición y/o la cautela *socini* anteriormente comentada. Además, hay que tener en cuenta que con el testamento se evitan los trámites, costes y dilaciones vinculadas a las declaraciones de herederos abintestato, aun cuando su atribución a los notarios tratándose de cónyuges y de parientes en línea recta haya contribuido notablemente a reducirlos. Por último, no resulta un argumento pequeño el coste señalado a estos documentos por el arancel fijado por el Gobierno (30 euros),

(32) No obstante, no hay que confundir los pactos sucesorios *stricto sensu*, cuya admisibilidad aquí se defiende, con el *pactum de hereditate tertii*, que es el que celebran ciertas personas en relación a la herencia de un tercero, como el que celebrarían los hijos de un futuro causante con la finalidad de compensarse mutuamente por las desigualdades que les imponga el testador en su herencia, pacto que tradicionalmente se ha considerado inmoral y nulo por casi todas las legislaciones.

sin modificación alguna desde hace casi 25 años. Se trata de un precio político con la finalidad de fomentar precisamente las sucesiones testamentarias, por razones de interés social. El problema es que el coste es idéntico para todo tipo de testamentos, cualquiera que sea su complejidad técnica o la cuantía del previsible patrimonio hereditario, lo que origina una discriminación injusta en beneficio de los que más recursos disponen y también un cierto régimen de incentivos perversos entre los profesionales.

Una vez producido el fallecimiento del causante, el notario tiene amplias facultades a la hora de organizar y completar los instrumentos de la sucesión hereditaria. La forma idónea es una escritura de adjudicación hereditaria (en el caso de heredero único), o una escritura de partición o de elevación a público del cuaderno particional, en el caso de que existan varios herederos. El notario debe solicitar del Registro de Actos de Última Voluntad, en el que consta el otorgamiento de los testamentos y otros actos de última voluntad otorgados ante notario o agentes consulares españoles, una certificación acreditativa de en qué protocolo notarial se encuentra el último autorizado. Si no existe testamento, el notario territorialmente competente puede autorizar, a instancia de cualquier interesado, un acta de declaración de herederos a efectos de determinar los herederos abintestato, siempre que se trate de parientes en línea recta o cónyuge. En otro caso los interesados tienen que acudir a la autoridad judicial para obtener la correspondiente declaración. Si existe testamento y los herederos han quedado determinados en virtud de una sustitución vulgar (para los casos de premoriencia, renuncia o incapacidad para suceder de los primeramente instituidos) o fideicomisaria, a través de un llamamiento genérico a los "descendientes" o a la "estirpe" correspondiente, el notario tiene también facultades para realizar la correspondiente determinación; como también la tiene para el caso inverso de justificar que esos llamados por la sustitución no existen y para acreditar el cumplimiento o incumplimiento de condiciones, todo ello siempre que los hechos que los determinen sean susceptibles de acreditarse por un acta de notoriedad.

La transmisión hereditaria se verifica por la escritura pública de aceptación y partición, en su caso. La escritura no constituye, sin embargo, forma de ser, sino únicamente de valer: crea un título de legitimación en el tráfico jurídico amparado por las presunciones

de integridad, veracidad y legalidad, disfruta de eficacia probatoria de carácter privilegiado en el proceso y constituye la única vía de acceso al Registro de la Propiedad (excluyendo el supuesto de adjudicación a favor del heredero único, en el que basta una instancia privada acompañada de la documentación complementaria). La inscripción en el Registro, siempre voluntaria, se limita a cumplir aquí una vez más su función típica de dar publicidad a la transmisión ya verificada al margen del Registro, con los efectos propios que la ley le atribuye en beneficio de tercero. No obstante, el art. 28 de la Ley Hipotecaria señala que "las inscripciones de fincas o derechos reales adquiridas por herencia o legado, no surtirán efecto en cuanto a tercero hasta transcurridos dos años desde la muerte del causante. Exceptúanse las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos." Es decir, durante un plazo de dos años (salvo que la inscripción se practique a favor de legitimarios) el adquirente del titular inscrito no puede alegar a su favor la eficacia legitimadora del Registro para defenderse de las posibles reclamaciones basadas en la falta de concordancia entre lo que publicaba el Registro y la realidad material determinada por la ley. La justificación descansa en la posible existencia de más herederos o en la falta de condición de tales de los así considerados como consecuencia de ciertas incidencias poco controlables en el ámbito de la sucesión hereditaria (testamentos ológrafos, hijos no tenidos en cuenta, testamentos otorgados en el extranjero, etc.).

Como hemos observado, las insuficiencias de nuestra legislación matrimonial y sucesoria se encuentran vinculadas a una falta clara de confianza en la responsabilidad de los ciudadanos y en sus posibilidades de autorregulación. En definitiva, esas deficiencias derivan de la existencia de una actitud paternalista poco acorde con los tiempos que atravesamos, ya sea por imponer límites imperativos improcedentes que coartan la libertad de contratación, como por imponer de manera forzosa regulaciones no queridas por los ciudadanos. Todo bajo la presuposición de que el Estado conoce las necesidades vitales y los deseos ocultos de las personas mucho mejor que ellas mismas. Sin embargo, libertad y responsabilidad son dos fenómenos íntimamente ligados. Sólo cuando el legislador sea verdaderamente consciente de ello estaremos en condiciones de superar los inconvenientes que afectan hoy a la regulación jurídica en estas materias.

III. PERSPECTIVAS DE FUTURO

Tras el reconocimiento del divorcio “exprés” y de la posibilidad del matrimonio homosexual, lo lógico hubiera sido que se hubiera producido un reflujo en la actividad legislativa de las Comunidades Autónomas a la hora de regular las uniones de hecho. Sin embargo, no ha sido así. Pese a que el legislador catalán reconoce, en el Preámbulo de la Ley 25/2010, que deroga la anterior Ley de 1998, de Uniones estables de pareja, que “una parte muy importante de los objetivos previstos inicialmente por aquella ley especial han sido superados, puesto que es innegable que una de sus principales finalidades fue dotar de régimen jurídico a las parejas formadas por personas que, en la legalidad anterior a la Ley del Estado, tenían excluido el acceso al matrimonio” (los homosexuales), lo cierto es que la nueva Ley procede a la equiparación entre las parejas y los matrimonios en numerosos casos (atribución de la vivienda familiar, compensación por razón del trabajo, derechos sucesorios, etc.). Lo mismo cabe decir del resto de las legislaciones autonómicas, con los problemas, por cierto, derivados de la existencia de diferentes normas de conflicto entre ellas (y también con el Código Civil). Pero para explicar adecuadamente esa desafortunada inercia sería necesario también traer a colación otras consideraciones más ligadas a la escuela de la *Public Choice* (reafirmación de la propia competencia en función de los intereses particulares del correspondiente órgano), cuyo análisis nos desviaría excesivamente del hilo de este trabajo. Esperemos que la mencionada STC 93/2013 ayude a poner coto a esta deriva.

Uno de los sectores más afectados por el cambio legislativo en estas últimas décadas en el ámbito de la familia es el de la bioética y la reproducción asistida, y cabe prever que esa situación no va a cambiar. De hecho, desde ciertos sectores se solicita ampliar el supuesto de doble maternidad, previsto en el art. 7 de la LTRAH, ya examinado, para hacer compatible la maternidad genética con la de gestación (cuando en una pareja de mujeres se implanta el óvulo fecundado de una de ellas para que sea gestado y alumbrado por su cónyuge). En la misma línea, y al hilo precisamente de una posible discriminación que ese precepto implica con los homosexuales varones, se ha solicitado desvincular la maternidad del parto, permitiendo en consecuencia la existencia de dos padres (sin madre). Ese

cambio abriría la puerta a la gestación por sustitución (denominado popularmente “vientre de alquiler”), hasta ahora prohibido por la legislación española. Sin embargo, a la vista de la actual situación política, con mayoría absoluta conservadora en la cámara, el cambio no parece previsible, máxime cuando algunos grupos de oposición de izquierda también lo han rechazado. No cabe olvidar que la gestación por sustitución plantea un serio problema ético por el riesgo de abuso frente a la potencial madre con necesidades económicas, con la consecuencia de que las mujeres sin recursos puedan convertirse en vientres de alquiler en beneficio de los ricos (33). Esto explica el porqué el argumento de la discriminación entre mujeres y hombres homosexuales no tiene mucho recorrido, desde el momento en que se trata de casos distintos. Otro asunto conectado al que ya hemos hecho antes referencia y respecto del cual cabe esperar alguna reforma, es el relativo a la posibilidad de permitir adoptar conjuntamente de manera simultánea a las parejas de hecho de carácter homosexual unidas por una relación de afectividad análoga a la conyugal, en la línea seguida por algunas Comunidades Autónomas.

Un tema especialmente interesante en el que cabe prever novedades es el de la custodia compartida. Al principio de la actual legislatura, el ministro de Justicia anunció su intención de modificar el art. 92,8 del CC con la finalidad de que la custodia compartida dejase de ser un remedio excepcional a falta de acuerdo de los padres. Se trataba de dar respuesta a las insistentes reclamaciones realizadas en este sentido por muchos grupos sociales, especialmente por las asociaciones de padres separados. Efectivamente, según datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística para el año 2011 (34), la madre recibió la custodia exclusiva en 44.887 casos, el padre en 2.961 y se concedió custodia compartida en 6.729. La desproporción es evidente. De hecho, se ha afirmado que la Ley 15/2005, que introdujo en el CC esta posibilidad con un carácter tan excepcional, ha terminado por generar una situación aún más restrictiva que el

(33) Para una selección de argumentos en contra de esta posibilidad, véase M. J. SANDEL, *Justice*, FSG, Nueva York, 2009, pp. 91 y ss.

(34) Estadística de nulidades, separaciones y divorcios 2011 (divorcios según cónyuge que ejerza la custodia), <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t18/p420/p01/a2011/&file=pcaxis>

anterior silencio del CC, al amparo del cual no era infrecuente que los tribunales la concediesen. Esto implica que en la actualidad, en la mayor parte de las ocasiones, la custodia sea exclusiva de uno de los progenitores (normalmente a favor de la madre) con un régimen de comunicación, estancias y visitas a favor del otro (usualmente un fin de semana alterno y la mitad de los periodos vacacionales). De ahí que exista en la actualidad una gran preocupación entre distintos sectores sociales por impulsar una reforma que favorezca la coparentalidad y la colaboración en los aspectos afectivos, educativos y económicos, siempre en beneficio de los hijos, en línea con lo dispuesto en la Convención Europea de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Algunas Comunidades Autónomas ya han legislado sobre esta materia, como Aragón (Ley 2/2010), Cataluña (Ley 25/2010), Navarra (Ley 3/2011) y Valencia (Ley 5/2011). El art. 6,2 de la Ley aragonesa dispone que “el juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente”. En la misma línea, aunque todavía con más contundencia, el art. 5,2 de la Ley valenciana. Esta ley define también la custodia compartida como “una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación” de cada uno de los progenitores con sus hijos menores. Sin embargo, pese al tiempo transcurrido, el Gobierno todavía no ha impulsado la reforma a nivel nacional, pese a las peticiones en ese sentido de algún grupo parlamentario (35).

La deseable reforma en materia de custodia compartida va muy ligada, lógicamente, al tema de la atribución del uso de la vivienda conyugal en situaciones de crisis matrimonial. La regulación del Código Civil no tiene en cuenta dicha circunstancia y además es excesivamente lacónica; apenas distingue entre las variadas situaciones que pueden plantearse en la práctica, lo que en determinados casos puede propiciar soluciones inconvenientes, cuando no claramente injustas. De ahí que también en este ámbito la mayor parte de la doctrina española haya reclamado una reforma que atienda estas necesidades, en la línea seguida por la Ley catalana 25/2010. En los arts. 233-20 a 25 de esta Ley se distinguen diferentes situaciones

(35) Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia de 9 de abril de 2012.

(custodia compartida o exclusiva, matrimonio sin hijos o con hijos menores y mayores, si los cónyuges tienen o no suficientes recursos económicos, si el título posesorio es diferente al de la propiedad, etc.) estableciendo un régimen temporal y de extinción adaptado a cada circunstancia.

Ya hemos comentado que en el ámbito de la jurisdicción voluntaria el Gobierno ha manifestado su intención de introducir el matrimonio notarial. En los borradores elaborados al respecto se indica que el matrimonio en forma civil se celebrará ante notario, atribuyendo a dicho funcionario la competencia para acreditar el cumplimiento de los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos mediante la tramitación de un acta autorizada a requerimiento de los contrayentes. La reforma se justifica, según la Exposición de Motivos, en virtud de "la especial cualificación de dichos funcionarios para la tramitación del expediente previo y la recogida de la voluntad informada de los contrayentes en instrumento público". Precisamente por eso es obvio que, de atribuir a los notarios tales facultades, debe hacerse con todas las consecuencias. Ello implica que su juicio sobre la inexistencia de impedimentos debe ser definitivo en vía extrajudicial. Del mismo modo, una vez autorizado el matrimonio mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública –que será remitida por vía telemática al Registro Civil–, no tiene sentido interponer ningún control posterior a la hora de practicar la inscripción definitiva. Tal exigencia no traería como consecuencia más que acrecentar la inseguridad y la incertidumbre, como ocurre en general con los controles o las auditorías *a posteriori*, es decir, una vez otorgado el correspondiente negocio jurídico, universalmente criticadas por el análisis jurídico y económico. Parece que esta lógica línea de reconocimiento de la autonomía y suficiencia de la intervención notarial en este ámbito es la que va a terminar asumiendo el Gobierno.

Sin embargo, lo que el Gobierno parece haber desestimado, de manera un tanto incomprensible, es la posibilidad de introducir el divorcio notarial, pese a las múltiples peticiones realizadas en este sentido. Y lo cierto es que no se entiende bien desde el momento en que la tantas veces comentada Ley 2005 ha potenciado al máximo el carácter contractual del matrimonio y el juego de la libre voluntad de los contrayentes. Resulta ciertamente contradictorio introducir un procedimiento de divorcio caracterizado teóricamente por su

celeridad y automatismo para luego, en la práctica, someter a las partes a un largo y tortuoso procedimiento a través de un colapsado sistema judicial. Pensemos, además, que los divorcios de mutuo acuerdo por la vía de un convenio regulador suscrito entre las partes constituyen la gran mayoría de los que se declaran (un 66,7 %, según datos del Instituto Nacional de Estadística para el año 2011). La delegación en los notarios de esta posibilidad contribuiría además a desatascar nuestro sistema judicial.

En algunos países europeos, como Estonia y Rumanía, ya se admite el divorcio notarial, con o sin hijos (36). Si del informe de investigación social resultara que el acuerdo de los cónyuges respecto al ejercicio común de la patria potestad o el relativo a la fijación del domicilio de los hijos no fuere beneficioso para éstos, quedará abierta la vía judicial. Lo mismo ocurre en Colombia y Cuba, con intervención en caso de existencia de menores, respectivamente, de una autoridad administrativa (defensor de la familia) y del fiscal. En Brasil, Perú y Ecuador se admite siempre que no haya hijos menores o incapacitados. El notario, en su doble condición de funcionario sujeto a las directrices de la Administración y de jurista profesional del Derecho al que se encomienda el asesoramiento individualizado a las partes, la redacción del documento y el control de legalidad del negocio jurídico, está perfectamente capacitado para desempeñar esta función, con la intervención de otros profesionales en el caso de concurrencia de menores, si así se considera.

No obstante, algún autor se ha pronunciado recientemente en contra de esta posibilidad, alegando que el número de divorcios por mutuo acuerdo no es cuantioso y que la intervención notarial no evita la judicialización posterior del procedimiento (37). No entendemos bien estos argumentos, especialmente a la vista de las estadísticas actuales. Casi un 67 % de divorcios por mutuo acuerdo sobre el total supone una cifra cercana a 70.000 divorcios anuales, cifra que cabe presumir aumentará en el futuro a medida que el

(36) Véase, también para lo que sigue, P. CARRIÓN, "El divorcio ante notario", *El Notario del siglo XXI*, núm. 42.

(37) J. A. MESSÍA DE LA CERDA, "La implantación del divorcio por mutuo acuerdo en España", *RCDI*, noviembre-diciembre 2012, núm. 734, pp. 3351 y ss.

país se vaya recuperando de la fortísima crisis económica por la que atraviesa. Es cierto que siempre cabe una judicialización posterior, pero me temo que esto ocurre con casi todos los contratos que se formalizan ante notario y, sin embargo, la experiencia demuestra que el porcentaje es insignificante, y que cuando pese a ello se termina acudiendo a los tribunales, la intervención notarial facilita su rápida resolución. En cualquier caso, el alivio en la carga judicial que produciría la intervención notarial es evidente. Pero, además, hay que incidir en que esta crítica revela una defectuosa perspectiva del problema. No se implanta el divorcio notarial con la única finalidad de descongestionar los tribunales, sino como una manifestación de respeto a la autonomía privada y a la autorregulación de los propios intereses. Intereses que, hay que suponer (especialmente tras las últimas reformas), los cónyuges conocen y valoran mejor que nadie. Se trataría, simplemente, de una manifestación más del reconocimiento de la libertad civil por parte del legislador. Los argumentos relativos al coste de la autorización notarial carecen también de cualquier justificación. Aparte de que en estos casos no son en absoluto cuantiosos, no pueden ponderarse aisladamente, tomando en consideración únicamente su coste en euros, sin atender a las dilaciones de todo proceso judicial, al margen del coste derivado de la intervención en éstos de otros profesionales.

En el campo del Derecho de sucesiones, hay que lamentar la ausencia de cualquier intención aparente por parte del legislador de reformar las legítimas en el Código Civil y admitir los pactos sucesorios, y ello pese a la gran evolución sufrida en este campo por los Derechos autonómicos españoles –que partían ya de entrada de una situación mucho más flexible– y a la opinión generalmente compartida entre la doctrina y la práctica del foro sobre la necesidad de afrontar de una vez esa tarea. Ello se explica probablemente –a diferencia de lo ocurrido con el legislador autonómico, siempre atento al desarrollo de sus propias competencias, cuando no a la construcción de un Derecho “nacional”– por la ausencia de grupos de interés especialmente motivados por plantear el debate a una escala lo suficientemente general para suscitar la atención mediática. En el caso del legislador español la consideración impersonal de los intereses públicos no ha constituido motivación suficiente.

Por último, no podemos cerrar esta sección sin hacer un breve comentario a un importante tema con mucha relación con las medi-

das de protección de la familia y que hoy en España está generando una enorme polémica: las ejecuciones hipotecarias y el tratamiento concursal del deudor persona física. La fortísima crisis que atraviesa el país, con uno de los niveles de desempleo más elevados de la OCDE, en combinación con un porcentaje de vivienda familiar en propiedad también de los más altos a nivel mundial, está dando lugar al vertiginoso aumento de las ejecuciones hipotecarias por falta de pago del préstamo concertado para la adquisición de la vivienda familiar. El problema se agrava desde el momento en que el hundimiento del mercado de la vivienda ha propiciado una importante bajada en el valor del bien hipotecado, que está dando lugar a que los precios de adjudicación en las subastas estén por debajo de la deuda líquida de las familias, por lo que, además de perder la vivienda, la familia continúa adeudando al banco una importante cantidad. Ciertos jueces, de una manera aislada, han pretendido impedir algunas situaciones especialmente injustas, pero con escasa base legal. El Gobierno promulgó dos medidas al respecto (Reales Decretos-Leyes 6 y 27/2012), pero con un limitadísimo ámbito de aplicación subjetivo. Mientras tanto, una asociación (Plataforma de Afectados por la Hipoteca) consiguió reunir el número de firmas necesario para llevar al Congreso de los Diputados el pasado mes de febrero una iniciativa popular por la que se solicitaba la dación en pago con efectos retroactivos a cambio de la liberación de la deuda, la paralización de los lanzamientos hipotecarios tratándose de vivienda habitual y la constitución de un alquiler social a favor del ejecutado por un periodo de cinco años. La resultante Ley 1/2013, de 14 de mayo, se ha quedado bastante lejos de todo eso. No obstante, el Gobierno está obligado a reaccionar de una vez con la finalidad de atender esta necesidad imperiosa. Lo ideal sería atacar el problema por la vía concursal, exonerando al deudor insolvente por el importe que no pueda atender tras un breve procedimiento de mediación notarial bajo control final judicial (el denominado *fresh start*). Así ha sido solicitado por varios grupos políticos en el Congreso. No tiene sentido obligar al deudor insolvente a permanecer inactivo para la economía productiva o introducirse en la sumergida por todo el tiempo de la prescripción de su deuda. El *fresh start* es una solución que, con ciertas diferencias, existe en la mayor parte de los países del mundo, pero que el Gobierno español es reticente a adoptar probablemente por miedo (en mi opinión, completamente

injustificado) a la reacción de los mercados financieros internacionales (38).

IV. CONCLUSIÓN

Pienso que la visión panorámica de nuestro actual Derecho de familia y sucesiones y de la realidad sociológica sobre el que actúa, que se ha tratado de desarrollar en los apartados anteriores, trae consigo una conclusión muy clara: la necesidad de reconocer y fomentar una regulación jurídica generadora de seguridad jurídica basada en la autonomía de la voluntad de los interesados, con la finalidad de que éstos puedan autorregular sus intereses de la forma más conveniente a las muy diversas situaciones personales que puedan afectarles. Para ello resulta conveniente simplificar los procedimientos, ofrecer alternativas de regulación, suprimir limitaciones injustificadas, crear incentivos adecuados y fortalecer el régimen de libertad de las personas. Todo ello sin menoscabo, por supuesto, de la imprescindible protección de los menores, incapaces y de los que, en general, se encuentren en situaciones de especial vulnerabilidad. No obstante, resulta imprescindible reconocer que tales objetivos en defensa de los más débiles pueden hoy alcanzarse con muchas menos imposiciones por parte de la autoridad pública. No es infrecuente que sean precisamente esas limitaciones o procedimientos imperativos lo que entorpece la buena disposición de los parientes más próximos a la hora de atender esos intereses que, además, conocen mejor que cualquier extraño. La desconfianza del regulador no suele ayudar a la espontánea asunción de responsabilidades, tan importante en este ámbito familiar. No se trata sólo

(38) Mientras escribo estas líneas está en tramitación en el Congreso un proyecto de Ley de Apoyo a los Emprendedores que modifica la Ley Concursal en el sentido de introducir esta medida de exoneración del pasivo pendiente y que no sólo afecta a emprendedores, sino también a consumidores. Sin embargo, se imponen al consumidor tantos requisitos para beneficiarse de ella que en la práctica resultará ser inoperante, especialmente para los que menos tienen.

de ser consecuente con los principios fundamentales de dignidad y autonomía de los ciudadanos, ineludible exigencia derivada de cualquier régimen que aspire a denominarse democrático, sino también de ayudar a resolver los problemas sociales que las nuevas realidades plantean de una manera mucho más eficaz.

No cabe duda de que el reconocimiento de esa libertad tiene mayor sentido aún donde existe un sistema notarial poderoso, como ocurre en nuestro país. La jurisprudencia cautelar del notario puede cumplir aquí una función destacada como garante de una voluntad adecuadamente formada y expresada y, en consecuencia, fortalecer su eficacia y ejecutividad.

Por todo ello, las propuestas de regulación que ahora se ofrecen pretenden responder a estos principios. A lo largo de estas páginas se han suscitado muchas, pero vamos ahora a concretar tres cuyo impacto medido en términos del necesario reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de la obtención de la deseada eficiencia nos parecen especialmente destacables: la supresión de las limitaciones a la libertad de testar, el tratamiento legislativo y judicial de las uniones de hecho, y el reconocimiento del matrimonio y divorcio notarial.

La supresión de las limitaciones a la libertad de testar

Consideramos preciso suprimir con carácter general las limitaciones a la libertad de testar, desde las reservas hereditarias a la prohibición del pacto sucesorio, pero especialmente las legítimas, tal como están configuradas en el Derecho común. Los intereses de menores y de ascendientes en situación de especial vulnerabilidad pueden atenderse de forma ventajosa por la vía del reconocimiento de un derecho de alimentos. La experiencia obtenida en ciertos territorios forales españoles, donde esa libertad está consagrada incluso con mayor rigor, demuestra que con el reconocimiento de un amplio campo a la autonomía de la voluntad se atienden de una manera mucho más efectiva las necesidades particulares de la familia, que el testador, además, es siempre el que mejor conoce. Especialmente cuando esa libertad se articula a través de las garantías que ofrece la intervención notarial. La enorme variabilidad de situaciones familiares derivada de la actual realidad sociológica del país constituye un argumento más a favor de la flexibilidad en este ámbito.

El tratamiento legislativo y judicial de las uniones de hecho

Consideramos imprescindible clarificar el régimen de las uniones de hecho, lo que jugará en beneficio de éstas, del matrimonio, y del propio sistema judicial en su conjunto, al eliminar incertidumbres de todo tipo. Para ello es imprescindible distinguir la atribución de derechos a los unidos frente a terceros de la atribución recíproca.

La atribución frente a terceros estará justificada cuando redunde en beneficio de la familia o exista en el concreto caso una identidad de razón con el matrimonio, sin implicar necesariamente igualdad de trato, aunque sólo sea por razones de seguridad jurídica a la hora de determinar los supuestos de hecho. Pero es más, el Estado tiene perfecto derecho a, por razones de interés social, incentivar el matrimonio como contrato atribuyéndoles determinadas ventajas específicas, especialmente desde el momento en que tanto las formalidades de celebración como de salida (divorcio) se han flexibilizado enormemente. En cualquier caso, la atribución de esos derechos a los unidos de hecho debe realizarse a través de las correspondientes normas sectoriales, incluyendo el ámbito procesal, donde los unidos de hecho carecen de procedimientos uniformes y adecuados a su situación.

La atribución recíproca de derechos a los unidos de hecho no está justificada en línea de principio, ni por vía legislativa ni judicial, desde el momento en que el matrimonio homosexual está reconocido en nuestra legislación, los unidos de hecho tienen abierta la posibilidad de contratar sobre su situación sin apenas límites, y cabe disolver el matrimonio unilateralmente sin alegar causa alguna. Lo contrario supone un atentado intolerable a la libertad de los convivientes y no hace otra cosa que fomentar la inseguridad jurídica y la conflictividad judicial.

El reconocimiento del matrimonio y divorcio notarial

Consideramos conveniente admitir la posibilidad de un matrimonio notarial, en el que el notario no sólo formalice la prestación del consentimiento, sino que, además, esté encargado de tramitar desde su origen el correspondiente expediente matrimonial. Su doble condición de funcionario del Estado y de jurista profesional

del Derecho le habilitan de manera idónea para desempeñar este cometido, especialmente en un momento en el que las últimas reformas han fortalecido la vertiente contractual del matrimonio. La autorización notarial del matrimonio permitiría, además, atender en ese momento de una manera mucho más eficaz las necesidades particulares de los contrayentes de carácter complementario, tanto desde el punto de vista personal como patrimonial, tras prestarles el correspondiente asesoramiento jurídico, a la vista de las múltiples posibilidades de pacto y de alteración del régimen establecido por la ley ofrecidas por nuestro Derecho vigente.

Igualmente, consideramos que los notarios están perfectamente capacitados, por las mismas razones, para decretar el divorcio amistoso en todos los casos, incluso cuando existan menores (con la colaboración de otros profesionales o autoridades) o si se considera preferible, sólo cuando no existan tales menores o discapacitados. En este último caso no tiene sentido que el acuerdo al que llegan dos personas mayores de edad sobre los efectos de su separación deba ser homologado por la autoridad judicial para valorar si perjudica o no a uno de ellos. Esa atribución de facultades a los notarios al efecto de declarar disuelto el vínculo podría realizarse de manera compartida con los jueces o en exclusiva, sin que el coste de la intervención notarial, muy reducida en estos casos, pueda ser un argumento a favor o en contra de una u otra solución.

V. SÍNTESIS

El objetivo de este trabajo es reflexionar sobre cómo sería posible mitigar los riesgos y atender las necesidades que plantean las nuevas realidades familiares, qué papel puede jugar el Derecho a ese fin y, concretamente, cuál puede ser la contribución del Notariado. Se defiende que la vía más eficaz pasa por involucrar a los interesados de una manera mucho más intensa de lo que se ha venido haciendo hasta ahora en la autorregulación de sus propios intereses, en función de las diferentes situaciones en las que se encuentren. Para ello, resulta conveniente simplificar los procedimientos, ofrecer alternativas de regulación, suprimir limitaciones injustificadas, crear incentivos adecuados y fortalecer el régimen de libertad de las personas. Todo ello sin menoscabo, por supuesto, de la imprescindible

protección de los menores, incapaces y de los que, en general, se encuentren en situaciones de especial vulnerabilidad. El reconocimiento de esa libertad tiene mayor sentido aún donde existe un sistema notarial poderoso, como ocurre en España. La jurisprudencia cautelar del notario puede cumplir aquí una función destacada como garante de una voluntad adecuadamente formada y expresada y, en consecuencia, fortalecer su eficacia y ejecutividad. Por todo ello, las propuestas de regulación que ahora se ofrecen pretenden responder a estos principios. A lo largo del trabajo se proponen muchas, pero especialmente se concretan tres cuyo impacto medido en términos del necesario reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de la obtención de la deseada eficiencia nos parecen especialmente destacables: la supresión de las limitaciones a la libertad de testar, la supresión de un tratamiento legislativo y judicial específico para las uniones de hecho, y el reconocimiento del matrimonio y del divorcio notarial.

**XXVII CONGRESO INTERNACIONAL
DEL NOTARIADO. LIMA (PERÚ).
9-12 OCTUBRE 2013
PONENCIAS PRESENTADAS
POR EL NOTARIADO ESPAÑOL**

TEMA II:

**SEGURIDAD DEL MERCADO
INMOBILIARIO: LA NECESIDAD
DE INSTRUMENTOS DE REGULACIÓN**

Ponente

Enrique Brancós Núñez
Notario

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

SISTEMAS DE DOCUMENTACIÓN, CONTROL Y REGULACIÓN DE LAS
TRANSMISIONES INMOBILIARIAS

EL *DEED* ANGLOSAJÓN

LA ESCRITURA PÚBLICA O *ACTE AUTHENTIQUE*

OTROS SISTEMAS

EL COSTE

LA IMPARCIALIDAD

EL CATASTRO Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

NUEVAS TECNOLOGÍAS, MEJORAS DE PROCESO PRODUCTIVO
Y AHORRO DE COSTES

LA LLAMADA "FORMA DE CONTROL"

CONCLUSIONES

RESUMEN

INTRODUCCIÓN

El mercado inmobiliario presenta unas características especiales derivadas de su objeto: los bienes raíces, que lo distinguen sustancialmente del tráfico de bienes perecederos, que es el habitualmente estudiado y considerado como patrón por los economistas. No deja de sorprender cómo algunas conclusiones obtenidas para los mercados de productos no duraderos, incluso de un solo uso, se extrapolan al estudiar los problemas de la negociación sobre fincas. Veamos algunas de las características diferenciales fundamentales que determinan la necesidad de este tratamiento específico.

LA PERMANENCIA DEL INMUEBLE EN EL TIEMPO

Los inmuebles permanecen y, en consecuencia, van transmitiéndose a lo largo del tiempo formando largas **cadena de títulos**. Si falla un eslabón de la cadena por falsedad, fraude, nulidad o, en general, cualquier causa de ineficacia, en virtud de la regla general *nemo dat quod non habet* (nadie puede transmitir aquello que no tiene), se ven privados de su propiedad todos los adquirentes posteriores al eslabón fallido. Los defectos de las transmisiones anteriores actúan como verdaderas cargas de profundidad que destruyen las transmisiones posteriores. Aun habiendo adquirido de quien *prima facie* aparece como legítimo titular, la adquisición puede resultar claudicante en dos supuestos:

- Por vicios o defectos del propio acto adquisitivo.
- Por vicios o defectos en las anteriores adquisiciones.

La dificultad diferencial respecto de los bienes perecederos estriba en que no sólo hay que controlar la validez del propio acto adquisitivo, sino también la de todos los actos adquisitivos anteriores. Es tarea complicada y difícil por cuanto implica reconstruir retrospectivamente todos los pasos dados. Se trata de un problema universal, inevitable, en la transmisión de inmuebles. Un tema clásico de la seguridad jurídica.

Los diferentes ordenamientos han diseñado –resumiendo a grandes rasgos– dos distintas respuestas al problema planteado:

— Los sistemas de **seguridad jurídica paliativa**. Actúan *ex post facto* proporcionando por la vía del seguro una indemnización al adquirente defraudado en su expectativa.

— Los sistemas de **seguridad jurídica preventiva**. Actúan con carácter previo evitando la disparidad entre seguridad jurídica y seguridad del tráfico a base de controlar, filtrar y homologar cada uno de los eslabones de la cadena de transmisiones, de forma que –estadísticamente hablando– no pueda existir titular aparente distinto del titular legítimo.

Concretando más, podríamos hablar de diferentes mecanismos:

— El “no-método” de los anglosajones, anclado todavía en la regla *nemo dat quod non habet*. No establece ningún control preventivo. El control se realiza *a posteriori*. Implica necesariamente

investigar retrospectivamente, cuando alguien desea adquirir, la regularidad de todas las anteriores transmisiones hasta cubrir, al menos, un período suficiente para que el transmitente haya usucapido (método del *title search* o *inquiry*). Normalmente se investigan 30 años. Del resultado de la investigación responde el experto que la realiza, pero sólo si falta a la diligencia propia de un profesional.

— Dentro de este marco general –en lo que podríamos considerar un subgrupo– nace la *title insurance*, que consiste en asegurar la posible pérdida independientemente de la diligencia observada por el investigador. La *title insurance* constituye el paradigma de los sistemas de seguridad jurídica paliativa.

Vamos ahora a los sistemas de seguridad jurídica preventiva.

— Frente al “no método” (*no rules*) anglosajón se encuentra el sistema latino-germánico. Tiene su origen en la gran entrada de tierras en el tráfico jurídico consecuencia de las políticas desvinculadoras y desamortizadoras que siguen a la Revolución Francesa. Consiste en:

— Controlar preventivamente la regularidad de cada transmisión para reducir la probabilidad de que la titularidad del propietario sea claudicante. Esta tarea se encomienda al notario, que responde personalmente de dicha regularidad.

— Dar publicidad al propietario investido para establecer las prioridades en caso de una doble transmisión (sistema francés o italiano, entre otros), *prior tempore potior iure*. Se encomienda a los registros de la propiedad o a los catastros, según los países.

— Eventualmente, en base al control de regularidad de las sucesivas transmisiones, establecer una presunción inatacable de titularidad –irreivindicabilidad o adquisición *a non domino*, con todas las diferencias y matices, que desbordarían este estudio– en favor y protección del tercer adquirente (sistemas español, alemán y holandés, entre otros).

De este último elemento se prescinde en Francia, Bélgica e Italia. Es prescindible porque no se dan situaciones de ineficacia sobrevenida estadísticamente relevantes cuando el control de legalidad y regularidad lo ha efectuado el notario. Y, visto por su reverso, el

tercero hipotecario sólo es posible cuando antes se han reducido las probabilidades de una ineficacia sobrevenida. Sin titulación adecuada no cabe tercero hipotecario. Con titulación adecuada sobra el tercero hipotecario. Basta la prioridad de títulos. El sistema francés lo demuestra. La finalidad del registro francés se limita –y en esto sí es imprescindible– a determinar la prioridad en la doble transmisión, sin desarrollar la idea del tercero hipotecario. Desde luego no existe doble calificación. El sistema funciona con toda fiabilidad y los franceses, belgas e italianos no sienten el más mínimo interés por cambiar esta arquitectura.

Pero incluso en los sistemas de plena protección al tercero, **la escritura pública, gracias al control de legalidad y regularidad de cada eslabón de la cadena de transmisiones, que constituye la esencia de la función notarial, es el eje del sistema.** Como acertadamente ha señalado Rodrigo TENA: es un verdadero disparate decir que la clave de nuestro sistema de seguridad en el tráfico jurídico inmobiliario está en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que protege sin paliativos al tercero de buena fe que adquiere a título oneroso confiado en el Registro y es *"mantenido en su adquisición aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro"*. Porque, una de dos: o no juega prácticamente nunca, y entonces es absurdo decir que es la clave del sistema; o juega a menudo, en cuyo caso el sistema español sería una auténtica birria: un sistema que expropia continuamente al verdadero titular sin garantizarle ninguna indemnización. Imaginemos en esta línea qué ocurriría si el sistema español fuese de documento privado en combinación con el artículo 34 de la LH. Podemos afirmar sin ninguna duda que se trataría del peor sistema del mundo.

Entraremos en el detalle de estos sistemas más adelante.

LA CAPACIDAD DEL INMUEBLE PARA PRODUCIR UTILIDAD A DIVERSOS SUJETOS

Gran parte de los bienes cuyo comportamiento se estudia sólo producen su utilidad a una persona, normalmente su dueño. En los bienes raíces es habitual que concurren derechos de muy distintas personas. Además del propietario, es frecuente que ejerzan derechos sobre la finca un usufructuario, un arrendatario, un acreedor

hipotecario o el titular de una servidumbre. Eso no sucede con una pluma estilográfica.

LA COMPLEJIDAD JURÍDICA

Consecuencia de lo anterior, el tratamiento jurídico de los bienes inmuebles es mucho más complejo que el de los bienes perecederos. La colisión de intereses, su priorización, su compatibilidad o incompatibilidad, presentan dificultades añadidas que frecuentemente requieren el tratamiento por especialistas.

En este punto, el análisis económico del Derecho acostumbra a incurrir en una omisión que altera seriamente sus conclusiones. Se suele considerar la intervención notarial como un coste impuesto, cuando es algo más complejo. Cuando se está enfermo, uno puede acudir a un médico o no. Es una posibilidad teórica. Pero en la realidad vemos que nadie se automedica. Si la salud está en peligro, siempre se acude al médico. Pues lo mismo puede decirse de las operaciones con un inmueble. Dada su importancia en la economía de una familia, que muchas veces supone años de duro trabajo, en ningún país las personas inexpertas afrontan en solitario una transacción sobre su vivienda. Salvo algún insensato, siempre se acudirá al especialista. Haya o no notarios en un país, siempre hay un coste de asesoramiento. Da igual que el coste sea o no "impuesto", es necesario y por ello se da siempre.

Esta idea, si se quiere, se puede exponer de una manera más elegante. Los economistas de la ESCUELA NEOCLÁSICA estudiaban los mercados desde una premisa de competencia perfecta. El hombre se comporta de una manera racional y adquiere sus bienes maximizando el beneficio en una estructura de mercado en competencia perfecta. Pero no es así. La NUEVA ECONOMÍA INSTITUCIONAL acierta más cuando parte de la idea de que los mercados no son perfectos. Por varias razones: hay asimetrías de información, hay incertidumbres, hay comportamientos que no obedecen a una pura racionalidad económica. Por consiguiente, como ya señaló el Nobel Ronald COASE, hay unos inevitables costes de transacción (costes de investigación e información; costes de negociación y decisión; costes de vigilancia y ejecución). La obtención de una adecuada información para lograr que las dos partes disfruten de la llamada igualdad de armas y la eliminación de las incertidumbres en la titu-

laridad de los derechos del transmitente son dos de las metas más importantes a conseguir. Son siempre inevitables y se obtienen por medios que siempre implican coste. A partir de aquí, la NUEVA ECONOMÍA INSTITUCIONAL trata de averiguar cuál es la vía más adecuada para reducir tales costes. Y, como veremos en este estudio, la desregulación no siempre es la solución que aporta mejores frutos. Los sistemas nacidos de las leyes desvinculadoras y desamortizadoras de la Europa continental se han manifestado más baratas y seguras que el "*no rules*" anglosajón. La interposición de un notario imparcial ejerciente de una función pública consistente en la dación de fe, con todo lo que conlleva, apoyado en un sistema de publicidad eficiente, ha aportado mucha mayor seguridad que los *deed* anglosajones. La última crisis *subprime* nos va a proporcionar la prueba. En palabras del también Nobel Douglass C. NORTH, el mercado de vivienda residencial es un mercado imperfecto. Se trata de ver qué forma es más eficiente en la solución de su imperfección. Obviamente, todo esto puede predicarse de cualquier clase de inmueble.

En la ignorancia de estos detalles, muchos estudios económicos comparan los distintos sistemas de transmisión inmobiliaria considerando al notario como un coste, que se evita en los sistemas que no imponen su intervención. Pero no es así. Al final sucede lo dicho, ya sea en formulaciones más o menos elegantes. Cuando la cosa es seria nadie se automedica. Lo único que le interesa al ciudadano es ver qué sistema de atención sanitaria le presta mejor servicio. O dicho en lenguaje económico, los costes de transacción pueden tener carácter voluntario u obligatorio, pero siempre son necesarios. Se trata de ver qué sistema los minimiza de forma más eficiente.

LA RELEVANCIA ECONÓMICA DE LOS BIENES INMUEBLES

Los bienes raíces no son los más valiosos, obviamente. Un cuadro puede tener mayor valor, sin duda. Pero nadie duda de que en la mayoría de las familias, la mayor inversión de toda su vida es la compra de la vivienda. Por ello, la especial cautela y la prudencia en la negociación de la misma tienen gran importancia.

A nivel colectivo las cifras son elocuentes. Aunque algunos economistas se atrevan sin ruborizarse a calcular el montante de la riqueza inmobiliaria mundial con total autoridad, seremos más prudentes y utilizaremos datos constatados. A propósito de la crisis

hipotecaria tenemos cifras completamente fiables. Las estadísticas del Banco Central Europeo anotan que en el año 2008 las hipotecas representaban el 50 % del PIB de la UE-27. El Informe Mensual, febrero 2012, de Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, "La Caixa", reseña las cifras que viene costando la crisis hipotecaria en Europa en ayudas a los bancos: apoyos en capital y liquidez, 500.000 millones de euros, correspondientes a inyecciones directas en capital (con y sin derechos políticos), recompra de activos tóxicos para eliminar la incertidumbre de los balances o concesión de créditos para liquidez; 1.100.000 millones en emisiones de deuda con aval público. Total, 1.600.000 millones de euros. Según datos de Eurostat, los pasivos de los Estados han aumentado en 643.625 millones de euros. Las pérdidas ya constatadas entre 2007 y 2010 han sumado 70.000 millones de euros hasta el momento y quedan todavía los riesgos potenciales derivados de los avales a entidades que no puedan pagar y de las entidades nacionalizadas que acaben resultando invendibles o fallidas.

El latigazo de una crisis hipotecaria en la economía global ha evidenciado sin lugar a dudas la necesidad de una regulación del mercado hipotecario en particular y del inmobiliario en general. Los *deeds* norteamericanos y sus registros han fallado estrepitosamente. Algunos encargados de los registros de *deeds* han denunciado porcentajes de documentación errónea superiores al 80 %. Hoy nadie duda de la necesidad de mejorar la regulación. Recordando las palabras de Robert J. SHILLER en su obra *The subprime solution* (1): *"Otra posible opción automática podría consistir en la exigencia de que cada prestatario hipotecario tenga la asistencia de un profesional parecido al civil law notary. Tales notarios actúan en diversos países, aunque no en Estados Unidos. En Alemania, por ejemplo, el civil law notary es un profesional formado que lee en voz alta e interpreta el contrato y suministra consejo legal a ambas partes antes de autorizar las firmas. Este enfoque beneficia especialmente a quienes no alcanzan a obtener un consejo legal competente y objetivo. La participación de tal figura nombrada por el gobierno en el proceso del préstamo haría más difícil a los prestamistas sin escrúpulos dirigir a sus clientes hacia simpáticos abogados que no*

(1) *The subprime solution*. Princeton University Press. Princeton& Oxford. Edición 2008, p. 134.

advertirían adecuadamente a sus clientes de los peligros que pudieran estar enfrentando”.

LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD INMUEBLE

Es otra característica que no concurre en los bienes perecederos y, en general, en la gran mayoría de los bienes muebles. La protección constitucional del derecho de propiedad no lo configura como derecho ilimitado, sino, antes bien, sujeto a una finalidad colectiva más o menos intensa pero que, en cualquier caso, comporta restricciones de importancia. Las limitaciones urbanísticas, medioambientales, las relativas a la calidad de la edificación, o a la formación de explotaciones agrarias viables, la protección de los consumidores o arrendatarios, los derechos de tanteo y retracto de carácter público o privado, y un largo etcétera, imponen un conocimiento de multiplicidad de normas cuyo cumplimiento implica también regulación y, con ella, un funcionario o delegatario de la función pública que controle y exija su cumplimiento. A través de lo que se ha venido en denominar “forma de control”, mediante la intervención del notario los Estados controlan aspectos tan diversos como: 1) el blanqueo de capitales (a través de las comunicaciones y control de los medios de pago); 2) la fiscalidad (a través de las comunicaciones fiscales obligatorias); 3) aspectos urbanísticos (a través de la averiguación de la calificación, cargas y obligaciones urbanísticas, la constatación de las licencias de segregación o edificación); 4) la calidad de la edificación (con la referencia necesaria a las autorizaciones de habitabilidad, seguros de la construcción, licencias, certificados de eficiencia energética); 5) la protección de los consumidores (a través de los llamados requisitos de inclusión, control de contenidos o consentimiento informado); 6) políticas agrarias (unidades mínimas de cultivo, derechos de adquisición preferente a favor de colindantes o arrendatarios); 7) mantenimiento y puesta al día del Catastro público. Sin ánimo de ser exhaustivo, la intervención notarial presta un servicio como “forma de control” que es de alta utilidad en esta combinación del derecho de propiedad con su propia función social. El notario, en el cumplimiento de esta función de control, forma parte del propio regulador. Por ello se ha dicho que el notario no es parte del mercado, sino que se halla fuera del mismo precisamente para ejercer una función de regulación.

A modo de recapitulación podemos decir, pues, que la propiedad inmueble presenta características especiales que no se dan en otros tipos de bienes, en especial los de consumo o perecederos. Por ello, no cabe tratarlos desde el punto de vista del análisis económico de las instituciones jurídicas como otros bienes de mercado. Su pervivencia en el tiempo, formando largas cadenas de titularidad, la concurrencia de diversos derechohabientes sobre el mismo bien, la complejidad de la legislación y la consecución de finalidades colectivas dentro del ejercicio individual del derecho de propiedad de los bienes raíces, hacen aconsejable una solución específica para este tipo de bien. A partir de aquí procuraremos ver las distintas soluciones existentes a día de hoy.

Puede discutirse sobre planteamientos de teoría económica keynesianos o monetaristas, pero en el mercado inmobiliario el tema está en otro lugar. Está en sus peculiaridades, que generalmente escapan a la encomiable agudeza de los economistas "generalistas". Aunque, sin duda, las tesis económicas radicalmente liberales, con su correlato de informalismo y falta de regulación y control, han agravado seriamente los problemas y ha sido necesaria una crisis devastadora para purgar sus errores y sus consecuencias. Dos textos nos darán la dimensión de la ceguera:

El *New York Times*, en su editorial de 15 de octubre de 2010, bajo el título *La crisis de las ejecuciones hipotecarias*, denunciaba: "*Los mayores bancos –incluyendo el Bank of America, JP Morgan-Chase y Ally Bank, cuyo propietario es GMAC– han suspendido las ejecuciones hipotecarias después de admitir que habían aportado decenas de miles de declaraciones juradas a los tribunales, atestiguando hechos en relación a préstamos impagados que no habían sido verificados por los empleados que firmaban los documentos. Si hay problemas en el establecimiento de la cadena de títulos se plantea de nuevo la cuestión del valor de las titulizaciones de hipotecas. Esto significa litigios que pueden dañar los beneficios de los bancos y, en el peor de los casos, arriesgar una nueva crisis de la economía global*".

Por su parte, el Nobel Paul KRUGMAN escribió (2): "*El desastre de las hipotecas está convirtiendo en sinsentido las afirmaciones de*

(2) Véase Enrique BRANCÓS NÚÑEZ: "Hipotecas *subprime*: un negocio heterodoxo". *El País*, 21 noviembre 2010.

que (los norteamericanos) tenemos un sistema eficaz de exigencia de los contratos. Las historias de terror se han multiplicado, como la del hombre de Florida al que arrebataron su casa aun cuando no tenía ninguna hipoteca... Los comentaristas conservadores como los de la página editorial del Wall Street Journal han salido diciendo que la falta de documentación adecuada es una trivialidad. De hecho, dicen que si un banco afirma que posee nuestra casa debemos aceptar esta palabra... A mí esto me hace pensar en la época en que los señores feudales se sentían libres para apropiarse de lo que quisieran, conscientes de que los campesinos no tenían ni voz ni voto en los Tribunales”.

Tras estos textos, creo que la necesidad de regulación del mercado inmobiliario –superado un pueril informalismo– queda fuera de toda duda. Pero no tanto por mor de unas teorías económicas más o menos acertadas, cuanto por las peculiaridades del objeto de este comercio. Planteamientos que son válidos para otros mercados no encajan, por su especialidad, en el mercado inmobiliario. No se trata de ser keynesiano o monetarista, neoclásico o institucionalista, liberal o totalitario, se trata de que los coches no andan sin ruedas.

SISTEMAS DE DOCUMENTACIÓN, CONTROL Y REGULACIÓN DE LAS TRANSMISIONES INMOBILIARIAS

Como cuestión previa, cabe señalar que la función de control y regulación es ajena a los sistemas documentales que no obedecen a la autoría de un funcionario público o profesional ejerciente de una función pública. Ello es así por concepto y, sobre todo, por falta de delegación de autoridad. Un *solicitor* asesora. Un notario, además, autoriza. El primero se desenvuelve en la esfera de lo privado. El segundo es un instrumento de la acción del Estado, con todas las consecuencias que comporta.

Vamos a ver, seguidamente, los dos grandes sistemas. El anglosajón, basado en el *deed*, y los sistemas europeos continentales, basados en la escritura. Conviene, ante todo, aclarar que nada tienen que ver la escritura pública notarial con el *deed*, aunque frecuentemente se traduzcan erróneamente como sinónimos. Al no existir el concepto de escritura pública en los sistemas anglosajo-

nes, no hay traducción exacta. Tampoco el *notarized document* norteamericano es equivalente. *Rectius*, la escritura pública vendría a ser un *formal official document drafted by a notary acting as a civil servant*. Demasiado largo. Por ello, la pereza intelectual lleva a hablar de *deed* como sinónimo de escritura. Yo, personalmente, utilizo la contraposición entre *deed* y *acte authentique* o escritura pública, que desearía que pudiera imponerse evitando así la deliberada confusión que sólo puede interesar al documento de menor calidad, el *deed*. Entrando en un análisis más profundo podemos contemplar el diferente final a que conducen uno y otro documento.

EL DEED ANGLOSAJÓN (3)

Entremos en el concepto de *deed* a partir de su origen histórico en Reino Unido. El Derecho inmobiliario inglés se caracteriza por la dualidad, derechos *in law* y derechos *in equity*. Los derechos *in law* son derechos tipificados, inflexibles, esclerotizados en su contenido, que deben ser constituidos según un determinado formalismo. El instrumento formal es el *deed*. El *deed* es, asimismo, un documento tipificado, de contenido tasado. En los entresijos de esta tipicidad estricta, nacen y viven los derechos *in equity*, que no requieren constitución formal y son de geometría variable.

En Inglaterra y Gales, el único documento que produce efectos *in law* y es inscribible en el *Land Registry*, es el *deed*. Es un documento privado, formal en su contenido, debe constar por escrito ante testigos y debe tener un contenido mínimo prefijado. Está inicialmente concebido como documento unilateral. No interviene en él un fedatario al uso del Derecho continental. Resulta difícil distinguir el *deed* de cualquier documento privado que no tenga el valor de *deed*. Como dicen MACKENZIE y PHILLIPS, "*the difference between a deed and a document which is merely «in writing» is less obvious now (tras la supresión de la obligación de sellar el documento) but the distinction between the two is essential because, as we have said, most*

(3) Enrique BRANCÓS: "La transmisión inmobiliaria en Europa: papel del Notario y del Registro de la Propiedad". *Noticias de la Unión Europea*. Núm. 328-mayo 2012. Wolters Kluwer. España.

legal estates and interests cannot be created or transferred unless a deed is issued" (4).

El *deed* es asimilable a nuestro documento privado con testigos y puede presentarse al Registro por correo sin excesivos controles de autoría y con toda la incerteza que ello genera. El *Land Registry* emite un juicio sobre el *deed* –y los *deed* precedentes, en su caso–, que no constituye un documento auténtico ni ha estado sometido al control de legalidad como sucede con los *actes authentiques* continentales. Una vez valorado el *deed*, éste pierde su sentido y función, desaparece, y el *Land Registry* expide un título o certificado de propiedad (con varios grados según su fiabilidad, como podremos ver más adelante). La emisión de este certificado o título de propiedad le puede generar responsabilidad en los casos de rectificación por error en la atribución de propiedad, pero no en los de alteración del contenido del registro, que puede obedecer a muy diversas causas. Así, un poseedor real de la finca con un derecho *in equity* no inscrito puede vencer a un titular con *absolute title* emitido por el *Land Registry*.

Como consecuencia de la escasa fiabilidad de los títulos que se llevan a inscripción, el sistema inglés tiene que dar prioridad a la posesión visible de la finca sobre el contenido del Registro. El titular de un derecho que se halle en *actual possession* (posesión real de la finca) tiene un *overriding interest* (derecho nacido fuera del *Registry*, que podía ser detectable a través de inspección –*notice*– diligente), que es preferente a los derechos inscritos. Es decir, la publicidad posesoria prima sobre el Registro. Como dicen los ingleses, *possession is nine tenths of the law* (la posesión es nueve décimas partes del derecho). Y el perjuicio del titular despojado será un caso de alteración del Registro en base a un *overriding interest*, que no genera indemnización, pues podía detectarse mediante la inspección diligente por parte del adquirente y no de rectificación por error y, por tanto, indemnizable por el *Land Registry*.

(4) MACKENZIE y PHILLIPS, *Land Law*, p. 20, Oxford University Press, 2010. "La diferencia entre un *deed* y un documento meramente escrito es menos obvia actualmente (tras la supresión de la obligación del sello), pero la distinción entre ambos es esencial puesto que, como se ha dicho muchas propiedades inmuebles y derechos inmobiliarios no pueden ser creados ni transferidos si no es mediante la creación de un *deed*".

El desconocimiento del *acte authentique* facilita el fraude, la suplantación de la personalidad y priva al documento de la presunción de legalidad. Y es sabido que la calidad de un registro de la propiedad depende de la calidad del documento que se inscribe. La fragilidad del *deed* influye negativamente en la publicidad registral. La inseguridad del sistema registral inglés queda patente en la propia web del *H. M. Land Registry* (www.landregistry.gov.uk). Ya su página general contiene una llamada a *property fraud advice* (avisos sobre estafas). Dentro del capítulo correspondiente advierte "*Fraudsters... may attempt to acquire the title by using a forged transfer or impersonating the owner*" (los estafadores pueden intentar adquirir el título utilizando una transmisión falsificada o suplantando la personalidad).

A título de curiosidad, el propio Registro señala como supuestos de riesgo de fraude: *where a relationship breaks down* o *where a property is empty or is bought to let* (cuando una relación se rompe, o cuando una propiedad está vacía o cuando se compra para revender). Y arbitra unos remedios. Entre ellos, designar hasta tres domicilios para ser notificado de cualquier modificación en las menciones del registro, o la introducción de *restrictions* o limitaciones a la disposición en la inscripción registral de la finca. Una de las *restrictions* consiste en dejar ordenado que no se registre ningún contrato relativo a la propiedad, "*unless a solicitor or other professional conveyancer has certified that they have checked the identity of the person who has signed the deed. This could help to prevent a fraudster forging a signature on a deed*". Con esta última *restriction* parece como si, poco a poco, el sistema inglés fuera descubriendo una parte de la utilidad y función del notario continental.

Destacan la lentitud y los errores del sistema inglés. Tanto por la necesidad de la inspección del inmueble, como por el imprescindible análisis de los derechos concurrentes, como por los errores en la documentación. MURRAY/STÜRNER (5) indican que los errores en la documentación rebasan con sorprendente frecuencia el 50 % del total de asientos.

Por ello, desde la Ley de 2002, el *Land Registry* busca su seguridad a través del *e-conveyancing*, la firma electrónica, que si bien en un principio pareció la solución a todos los problemas, en la práctica

(5) MURRAY/STÜRNER. *The Civil Law Notary*, Beck, 2010, p. 65.

va mostrando sus limitaciones. Como señalan MACKENZIE y PHILLIPS (6), para que el sistema fuera realmente eficaz habría que imponer que no sólo los derechos *in law*, sino todas las situaciones *in equity* siguieran la formalidad del *e-conveyancing*, lo que es una contradicción en sí misma, porque precisamente los derechos *in equity* surgen al margen de las titularidades formales *in law*. No parece que ni la doctrina ni la jurisprudencia se hallen dispuestas a aceptar esta grave restricción. Se consideraría desproporcionado que un derecho *in equity* fuera negado por haberse contratado o adquirido al margen del *e-conveyancing*. Por otra parte, señalan MURRAY/STÜRNER (7) que existe el temor de que un registro electrónico directamente operado por los *conveyancers* en sustitución del personal del registro quede degradado por el inaceptable nivel de errores de aquéllos. Ciertamente, con 120.000 asociados es difícil mantener un nivel uniforme de calidad.

Otra característica. La incorporación de la propiedad inmobiliaria al *Land Registry* es relativamente reciente, faltan las largas cadenas de propietarios registrados que integran el seguro y altamente fiable tracto sucesivo de los sistemas continentales. No deja de ser sintomático que el *Land Registry*, tras la valoración del *deed* y de los antecedentes, clasifique los títulos de propiedad que expide en siete clases, de mayor a menor, según el grado de fiabilidad (tres para los *freehold*: *absolute*, *possessory* y *qualified*; y cuatro para los *leasehold*: *absolute*, *good*, *possessory*, *qualified*).

La falta de una documentación auténtica y de un Registro consolidado determina inexorablemente que los derechos "extrarregistrales" tengan gran trascendencia inmobiliaria registral, limitando o anulando los pronunciamientos registrales. Estas carencias desembocan en la consecuencia inevitable de tener que reconocer a la posesión una mayor eficacia de publicidad que al propio Registro: la *actual occupation* basada en un título *-legal* o *in equity*– que la justifique es un *overriding interest*, un derecho preferente al del titular registral. La preeminencia de la posesión sobre el *Registry* impone siempre la necesaria e inevitable inspección de la finca para descubrir cualquier posible ocupante. Así pues, quien adquiere un derecho del titular registral puede verse vencido por el titular de un

(6) MACKENZIE y PHILLIPS. *Land Law*, Oxford University Press, 2010, p. 136.

(7) MURRAY/STÜRNER. *The Civil Law Notary*, Beck, 2010, p. 66.

derecho no inscrito si este último está en la posesión real y actual de la finca y el adquirente pudiera haberlo detectado en una razonable inspección de la finca ["... *when disclosure could reasonably been expected.*" s. 3, p. 2 (b)], quedando excepcionalmente protegido sólo "*if the occupation would not be obvious on reasonably careful inspection of the land*", p. 2 (c)]. Así resulta claramente de la s. 3 de la *Land Registration Act 2002*.

En el caso *Thompson versus Foy*, primero que se falla aplicando ya la *Land Registration Act 2002*, se reafirma la tesis expuesta. Aunque el juez resuelve en contra del reclamante por no estimar la existencia de una captación de voluntad, una influencia indebida, reconoce que de haberse dado ésta hubiera apreciado la existencia de la *actual occupation* como un *overriding interest* de acuerdo con la *LRA 2002*, porque dicha norma no ha supuesto variación alguna de los principios generales procedentes de la legislación anterior.

MACKENZIE y PHILLIPS (8) reconocen que incluso el *absolute title*, el título de propiedad al que el *Land Registry* otorga mayor garantía, no es completamente seguro y que el propietario con dicho título puede perder su titularidad. Por otra parte –prosiguen– la "*Estate guarantee*" no siempre opera, porque la compensación no procede para todos los sujetos que sufren una pérdida. Bajo la *LRA 2002*, la modificación del registro como consecuencia de un *overriding interest* no se conceptúa como una "rectificación" de un error que daría derecho a indemnización, sino una "alteración" que no da lugar a indemnización "... *because, as we have seen, all registration of title is made subject to any overriding interest which may bind the estate*".

Todos los especialistas coinciden en señalar que los *overriding interests* y, en especial, la *actual occupation* constituyen el talón de Aquiles del sistema registral de Inglaterra y Gales. No cabe duda de que se trata de un esquema jurídico-conceptual rudimentario, casi primitivo, que hace muy complejo el tráfico jurídico inmobiliario, convirtiendo en imprescindible de hecho la intervención del *solicitor* profesional, por más voluntaria que parezca o disponga la ley su innecesariedad. La inexistencia de la escritura pública o *acte authentique* rebaja la fiabilidad del *Registry* por la sencilla razón de que acceden al mismo documentos sin garantía, y la consecuencia

(8) MACKENZIE y PHILLIPS: *Land Law*, Oxford University Press, 2010, pp. 127-129.

final es que hay que asegurarse mediante la averiguación de la *actual occupation* que no existan otros derechos incompatibles con los pronunciamientos registrales. Todo ello, además, encarece el sistema, como tendremos ocasión de ver al hablar de los costes.

El sistema –o falta de sistema– del *deed* norteamericano es todavía más elemental. En síntesis, y salvando las grandes diferencias existentes en los distintos Estados, los registros norteamericanos no son sino colecciones de documentos carentes de autenticidad [recientemente apareció en la prensa la compra y registración del Empire State de New York por un personaje ficticio “Nelots (*stolen*, al revés) Properties”], ordenados por fechas, que sólo permiten acreditar su existencia en un momento del tiempo. En consecuencia, cualquier adquirente se ve compelido a tener que analizar la validez de las anteriores adquisiciones, hasta completar el plazo de prescripción (suponiendo que no se haya interrumpido), y contratar un seguro de título que le indemnice económicamente en caso de verse privado de la propiedad o derecho sobre la misma adquiridos.

En el otro lado de EEUU, la *Consumer Alert* del *California Department of Real Estate* empieza avisando de que el encargado del registro de *deeds* no es responsable de verificar la validez, autenticidad o legitimidad del documento que se registra. Hay que reconocer que los fraudes muchas veces se ven facilitados por una defectuosa actuación del *notary public*, pero poco o nada tienen que ver los *notary* norteamericanos con los notarios de Derecho latino-germánico europeos. Trataré más extensamente este tema. No obstante, la mayoría de las veces el origen del fraude está en el abuso de confianza con que se obtiene el *deed*. El estafador, advierte el *California Department of Real Estate*, induce al propietario de la finca a firmar documentos “sin importancia”, o que sólo producirán efectos si se dan “determinadas circunstancias”, documentos que al final resultan ser un *deed* fraudulentamente obtenido. A veces roban el *deed* del propietario y el estafador falsifica la firma de dicho propietario en un nuevo *deed*. Son supuestos, todos ellos, verdaderamente inimaginables si estamos ante un notario de tipo latino-germánico que autoriza una escritura pública.

Los sistemas continentales europeos, aparentemente más complejos conceptualmente, resultan al final mucho más seguros y más fáciles de operar. En realidad, ninguno de los problemas que les aquejan se sufren en el Continente.

LA ESCRITURA PÚBLICA O *ACTE AUTHENTIQUE*

Estudiemos ahora los sistemas fundamentados en la escritura pública o *acte authentique*.

Junto a los sistemas registrales llamados de mera oponibilidad (en los que el registro solamente protege al que inscribe frente a títulos no inscritos), existen otros sistemas continentales en que el registro garantiza al adquirente, no sólo la prioridad de su adquisición, sino también la inamovible presunción de que el título inscrito del transmitente es inatacable una vez efectuada la adquisición por el tercero. Es la llamada presunción registral de exactitud y/o legalidad, que se añade a la inoponibilidad de lo no inscrito. Los segundos se conocen como sistemas de plena protección al tercero.

Dentro de este segundo esquema, el aspecto positivo de la protección del registro se produce por el lado del adquirente que, reuniendo el requisito de buena fe (y adquiriendo a título oneroso, en algunos países), se ve absolutamente protegido (a menos que sea nula su propia adquisición, en cuyo caso el problema reside en su propio acto adquisitivo). Pero, visto por su reverso, surge un aspecto negativo respecto del *verus dominus* inscrito en el registro, que mediante un acto fraudulento, falso o nulo puede verse privado de su titularidad en favor de un tercer adquirente. (Imaginemos que A es el titular registral. B falsifica un título adquisitivo –o adquiere de un apoderado de A con poderes insuficientes, o adquiere siendo A incapaz, o un menor no asistido, o adquiere por un acto radicalmente nulo– e inscribe su derecho como comprador de A. Una vez figura B como titular, vende a C, adquirente de buena fe cuya posición deviene inatacable. Al final del proceso, A se habrá visto injustamente privado de su propiedad y sin posibilidad de recuperarla). La tensión entre la protección al *verus dominus* inscrito y el tercer adquirente que confía en los datos del registro, se resuelve con el *acte authentique*, que hace altamente improbables estos supuestos.

Así pues, es necesario equilibrar esta tensión entre la protección del adquirente (seguridad del tráfico) y la protección del *verus dominus* (seguridad jurídica). Como veremos, el *acte authentique* es esencial e indispensable para obtener este equilibrio. De hecho, es la piedra angular de todo el esquema de protección. Sin un buen título no hay buen registro. Volviendo a Rodrigo TENA, es un verdadero disparate decir que la clave de nuestro sistema de seguridad en el

tráfico jurídico inmobiliario está en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que protege sin paliativos al tercero de buena fe que adquiere a título oneroso confiado en el Registro y es "*mantenido en su adquisición aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro*". Porque, una de dos: o no juega prácticamente nunca, y entonces es absurdo decir que es la clave del sistema; o juega a menudo, en cuyo caso el sistema español sería una auténtica birria: un sistema que expropia continuamente al verdadero titular sin garantizarle ninguna indemnización.

La fiabilidad de la titulación notarial es, pues, la base de los grandes sistemas registrales de la Europa continental. Y el esquema expuesto vale para todos ellos. Ahora vamos a ver brevemente las especialidades de cada tipo.

SISTEMAS BASADOS EN LA ABSTRACCIÓN CAUSAL

El sistema de seguridad jurídica preventiva de Alemania parte de un *acte authentique* necesariamente autorizado por un notario, que ejerce un control que abarca la identidad de los contratantes, la representación, las facultades dispositivas, el consentimiento informado y la legalidad del contrato. Se evitan los *forged transfer* o la *impersonation of the owner* sobre los que fatalmente tiene que advertir la web del *Land Registry* en los *property fraud advice*. Se consigue, además, una mejor información del consentimiento con la consiguiente eliminación de vicios. El BGB refuerza la fiabilidad del sistema imponiendo la intervención de notario alemán y dando a la inscripción registral el carácter de constitutiva del derecho inscrito.

En el *acte authentique* alemán pueden observarse dos partes netamente diferenciadas: el contrato propiamente dicho y el acuerdo sobre la transferencia abstracta de propiedad o *Auflassung*, que se concreta exclusivamente en un párrafo al final de la escritura en que el vendedor o transmitente, en su calidad de actual titular registral, consiente que la finca se inscriba a nombre del adquirente. En el registro solamente se inscribe esta última parte del documento, el acuerdo abstracto de transferencia en virtud del cual el actual titular registral consiente que la propiedad sea inscrita a favor de su adquirente.

Es lugar común de la teoría del Derecho que un mero acuerdo abstracto tiende a desproteger al contratante débil o menos informado. La abstracción impide tomar en cuenta la buena o mala fe en el adquirente. La abstracción actuando por sí sola supondría la exclusión de toda idea de moralidad en las transacciones. Por ello, no se prescinde del acuerdo causal, que se recoge en la primera parte del documento notarial alemán. De hecho, se yuxtapone el negocio causal al abstracto. La ineficacia de este convenio causal no dejará sin efecto la *Auflassung*, con lo que el adquirente quedará protegido y, después de él, obviamente el subadquirente. La insuficiencia del convenio causal para generar el desplazamiento de la titularidad se reconduce a una acción personal de enriquecimiento a favor del titular inicial despojado y contra el adquirente en virtud de la *Auflassung*. Excepcionalmente, el parágrafo 812 del BGB contempla la posibilidad de que el propietario ilícitamente despojado reclame la restitución del bien –no la nulidad de la inscripción registral– si éste todavía pertenece registralmente al adquirente que fue su contraparte en el contrato claudicante.

En el documento, el notario alemán debe velar por la correspondencia entre los dos elementos, contrato causal y *Auflassung*. El notario tiene la obligación de advertir de cualquier vicio o defecto que perciba en el negocio que autoriza y que pudiera desembocar en esta falta de correspondencia. El resultado final es que muy pocos, estadísticamente irrelevantes, son los casos en que la *Auflassung* tiene que deshacerse por defectos del convenio causal. Así se equilibra en el sistema alemán, a través de la escritura que contempla ambos aspectos del negocio, la tensión entre la seguridad del transmitente y la de los sucesivos adquirentes.

El sistema alemán tiene, además, tal grado de antigüedad en el tracto sucesivo y es tan segura la validez de la *Auflassung* como consecuencia de la abstracción de causa y el control notarial de legalidad, que en ningún momento hay que echar mano de los *overriding interests* en favor de un *actual possessor* preferente. En el BGB tampoco se precisa un plazo acelerado de usucapión para sanar los defectos del derecho inscrito.

Algún autor añade como complemento la función calificadora del encargado del Registro de la Propiedad alemán. No obstante, descartando aspectos puntuales y situaciones concretas en que el funcionario encargado de la inscripción tiene perfecto conocimien-

to de la falta de disponibilidad en el transmitente o en que resulta incumplida alguna obligación administrativa, la función calificadora del encargado es muy escasa. La calificación del negocio causal por el encargado del registro sería la antítesis del sistema alemán. La sede donde se conciertan el negocio causal y la *Auflassung* es la escritura. El registrador alemán no califica el fondo del negocio porque no tiene trascendencia registral alguna. El negocio de fondo queda bajo la responsabilidad del notario.

SISTEMAS CAUSALISTAS CON PRESUNCIÓN DE EXACTITUD REGISTRAL

El Derecho holandés y el español no crean la distinción entre negocio causal y transmisión abstracta. El negocio causal contenido en la escritura pública o *acte authentique* es el motor de la transmisión.

En Holanda no hay transmisión inmobiliaria sin escritura ante notario holandés y posterior inscripción registral. Pero, dentro del mismo patrón causalista, la actividad del encargado del registro es radicalmente distinta en Holanda y en España. Mientras en España el registrador entra en el análisis del negocio causal, en Holanda eso es impensable y la valoración se reduce a los aspectos formales del documento. Pero entre uno y otro sistema no se aprecian diferencias en cuanto a seguridad. Frente a este tercero, el registro siempre se presume exacto. En Holanda, tras la reforma del Código Civil, tal protección deriva indirectamente del carácter constitutivo de la inscripción. El derecho no inscrito no genera propiedad y, por consiguiente, no puede prevalecer sobre el inscrito que sí ha generado tal derecho. Es el mismo efecto que en España produce el artículo 34 LH.

El encargado del registro en Holanda, de acuerdo con el artículo 19 (3.1.2.3), comprobará la coincidencia del bien, que el disponente es el titular registral y que no hay títulos incompatibles. Sólo podrá rechazar la inscripción si los documentos no son conformes (formalmente, más que de contenido) a la ley o si no se ha dado cumplimiento a algún requisito legal necesario para la inscripción (art. 20.3.2.1.4). El negocio debe pertenecer a un tipo que comporte la inscripción pretendida. Se trata, pues, de una comprobación requisital. Con este esquema, tal como ha puesto de manifiesto María SÁNCHEZ MORENO, se consigue en Holanda que una escritura de compraventa quede inscrita en menos de una hora, contada desde

su presentación en el Registro, con el consiguiente ahorro de tiempo y costes. Actualmente se puede inscribir ya directamente una ficha normalizada confeccionada por el notario en la que se contienen los datos esenciales para practicar la inscripción registral. Con ello se agiliza la inscripción y se rebaja su coste, como tendremos ocasión de ver.

SISTEMAS DE MERA OponIBILIDAD SIN PRESUNCIÓN DE EXACTITUD REGISTRAL

Francia e Italia prescinden de la presunción de legalidad/exactitud del registro. En cierto modo, la escritura aporta las presunciones de exactitud y legalidad, sin que el registro se ocupe de las mismas. Se entiende que el control notarial de legalidad hace estadísticamente irrelevantes los supuestos de ineficacia de la transmisión. Por ello, el registro es de mera inoponibilidad de los derechos no inscritos frente a un tercero. El registro sólo ordena la prioridad.

Hasta tal punto el control de legalidad se confía a la actividad del notario que el artículo 2674 del *Codice Civile* italiano sólo permite denegar la inscripción si el título notarial inscribible no reúne los requisitos formales (y en las herencias si no se presenta copia auténtica del testamento, certificado de defunción y escritura de aceptación de herencia). En otro caso, si el encargado del registro retrasa o rehúsa la inscripción, puede incurrir en responsabilidad. Según el artículo 2674 bis, si considera que la escritura es abiertamente nula ("*... gravi e fondati dubbi sulla trascrivibilità di un atto o sulla iscrivibilità di un ipoteca...*") deberá practicar la inscripción haciendo simplemente una reserva que los interesados pueden eliminar acudiendo al juez, que decidirá.

Siguiendo una línea similar, en Francia, salvo en lo referido a la inoponibilidad de los derechos no inscritos, no se contemplan efectos civiles de la inscripción "*por no predominar en Francia relación del Registro de la Propiedad con los aspectos puramente civiles de la publicidad inmobiliaria*", tal como dice GARCÍA GARCÍA (9). De hecho, el *Régistre Foncier* sólo deniega la inscripción por falta de menciones relativas a la correcta identificación de la finca o del derecho que

(9) GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, tomo I, Civitas, Madrid, 1988, pp. 348 y 352.

se pretende inscribir (*Décret 55-22, Décret 55/1350*, modificado por el *Décret 2012-14*, Ord. 2010-638 y arts. 2428 y 2430 CC).

CONCLUSIÓN PROVISIONAL

A modo de conclusión, cabe decir que ninguno de los sistemas continentales, basados en el *acte authentique*, sufre problemas de seguridad. Aunque el registro no se ocupe del fondo del negocio. Desde luego, las advertencias de la *web* del *Land Registry*, "*Fraudsters... may attempt to acquire the title by using a forged transfer or impersonating the owner*", o del *California Department of Real Estate*, son impensables en nuestro sistema. Por el contrario, en los sistemas continentales la escritura pública es suficiente para sostener la seguridad del registro. Como dice GARCÍA GARCÍA (*Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, tomo I, Civitas, Madrid, 1988, pp. 348 y 352), en el caso de Francia: "*El Notariado es tradicionalmente base esencial en el sistema francés, sobre todo teniendo en cuenta que el Registro no da presunción de legalidad ni de exactitud, lo que exige que el funcionario que expida el documento sea el responsable de la legalidad y la validez del acto que autoriza*". Es decir, basta el control de legalidad notarial sin más para sustentar todo un sistema cuya práctica diaria demuestra, en términos estadísticos, que resulta absolutamente seguro.

Una adecuada regulación del mercado hipotecario ha de pasar por una protección de los derechos mediante un sistema de seguridad jurídica eficiente. Puede asegurarse, a la vista de lo expuesto, que dicha seguridad está más conseguida en los sistemas de Notariado latino-germánico, en que el título inscribible es la escritura pública o *acte authentique*, que en aquellos que desconocen la figura del notario. Y, por otra parte, se demuestra que si el control de legalidad y validez lo realiza el notario, no es necesario que el registro entre en su consideración para que el sistema sea seguro. Es por ello seguramente que algunos estados de EEUU tratan de desarrollar la figura del *civil law notary*, que se aproxima a los notarios de corte latino-germánico. Es el caso de Luisiana, Florida y Alabama, a los que se quieren sumar otros. **En este sentido, el regulador va virando desde el informalismo que preconizaba hace algunos años hacia posiciones más prudentes y cercanas a nuestro sistema. En definitiva, la NUEVA ECONOMÍA INSTITUCIONAL**

lleva razón al considerar que hay sistemas más eficientes que el libre mercado sin regulaciones.

OTROS SISTEMAS

En la UE podemos encontrar también el modelo absolutamente exento de intervención de fedatario en Suecia y algún otro país de reducida dimensión. Ello no significa en absoluto que las partes prescindan de la intervención de un “experto”. En este caso, llenan esta función los propios intermediarios de la operación, con los inconvenientes que señalan MURRAY/STÜRNER (*op. cit.*, pp. 93 y ss.) en la sección de su estudio dedicada a Suecia. La ausencia de identificación oficial y de control de la autenticidad de la firma facilitan el fraude y la suplantación de personalidad. La falta de una profunda educación jurídica y la ausencia de pericia legal, hacen que la calidad del asesoramiento a vendedores y compradores sea bastante cuestionable. Y el conflicto de intereses, puesto que el intermediario persigue una comisión por vender, es difícilmente conciliable con la imparcialidad en el asesoramiento.

Que la ausencia de un notario en funciones de *gatekeeper* no es un método más seguro, ya se ha visto suficientemente. Que tampoco es más barato, queda demostrado en el estudio de MURRAY/STÜRNER que se cita en el apartado relativo a costes. Y al “precio de la libertad” habría que añadir, además, el coste individual y social derivado del aumento de la litigiosidad consecuencia de un asesoramiento deficiente. Este precio es el que paga en concepto de seguro de título el usuario norteamericano y ya está demostrado que no resulta en absoluto competitivo, como corroboran MURRAY/STÜRNER. Así también lo entienden KNIEPER (*Economic Analysis of Notarial Law and Practice*, Beck, 2009, 116, 30) y SCHILLER (*The subprime solution*, Princeton University Press, 2008, p. 130). Como demostración basta comparar la evolución de dos burbujas inmobiliarias. En Estados Unidos la *foreclosure* de las hipotecas *subprime* ha sido absolutamente caótica. El Nobel Paul KRUGMAN ha calificado las *foreclosures* basadas en documentos de dudosa autenticidad, cuando no abiertamente de falsos, de procesos medievales, totalmente carentes de garantías. Por el contrario, la ejecución de las hipotecas españolas no ha presentado problema jurídico alguno en los juzgados, independientemente del debate político sobre la oportunidad de los desahucios.

EL COSTE

Tal como comentaba en la introducción, muchos estudios económicos comparan los distintos sistemas de transmisión inmobiliaria considerando al notario como un coste, que se evita en los sistemas que no imponen su intervención. Pero no es así. Los costes de transacción pueden tener carácter voluntario u obligatorio, pero siempre son necesarios. Se trata de ver qué sistema los minimiza de forma más eficiente.

La superioridad de los sistemas notariales latino-germánicos combinados con un registro de publicidad, sobre el seguro de títulos, está más que demostrada en cifras. No es preciso insistir. Hablé de ello en el Congreso Notarial español de 2004. También Ricardo DÍAZ HIDALGO en la Asamblea de Notarios de Punta del Este, en 2006. En 2007, Ernesto TARRAGÓN ALBELLÁ, con motivo del XXV Congreso Internacional del Notariado, celebrado en Madrid. Hoy disponemos de los datos por Internet y la evidencia es absoluta. Más si se tiene en cuenta que frecuentemente las compañías excluyen riesgos en sus pólizas sin que ello suponga reducción de la tarifa, o incluyen otros, *endorsements*, que cobran aparte. Y, todavía más, si se considera que el coste del seguro de títulos no comprende el coste del abogado o asesor que deberá controlar el propio contrato de compraventa y el cierre o *escrow*. Y con eso todavía no se ha garantizado el asesoramiento imparcial para la contratación del propio seguro de título, que en buena ley requeriría un profesional independiente.

Si queremos comparar con UK, el Informe *Doing Business 2012, Registering Property in United Kingdom*, para una propiedad en Londres de cerca de 1,2 millones de libras anota unos costes asociados de entre 3.500 y 10.000 libras (amplio margen, por cierto) para la labor del *solicitor* del vendedor (entre ellas, determinar “*who is in actual occupation*” –según consta en el Informe–, aspecto que hemos tenido ocasión de analizar en detalle al hablar del *deed*) y de entre 300 y 1.000 libras para la labor del *solicitor* del comprador. El procedimiento puede tomar entre una y cuatro semanas. No presentando ventaja económica ni de tiempo y, considerando sus limitaciones en materia de seguridad jurídica, a las que antes se ha hecho referencia, no cabe decir que el *deed* británico deba tomarse como modelo a seguir, antes al contrario. **El sistema notarial latino-germánico ha conseguido precisamente lo que**

Douglass NORTH y la NUEVA ECONOMÍA INSTITUCIONAL consideran fundamental, reducir los costes de transacción por un método, en este caso un híbrido entre lo público y lo privado, que reduce la incertidumbre y, por ello, es más rápido, más seguro y más barato.

No es necesario extenderse sobre este punto. La evidencia cumple la tarea. Basta relacionar lo que se ha dicho al comparar los distintos sistemas desde el punto de vista jurídico con su correlato económico.

LA IMPARCIALIDAD

Señala Rolf KNIEPER (10), citando a MURRAY/STÜRNER, que en Suecia, la estructural relación fiduciaria entre el *broker* inmobiliario y el vendedor perjudica al comprador con la necesaria implicación del *broker* en la preparación de los documentos legales. En UK, la asociación entre *lawyers* y bancos desequilibra la neutralidad, y en US, la fidelidad de los *lawyers* se decanta por las instituciones financieras y las aseguradoras de títulos.

Tenemos un ejemplarizante caso práctico con ocasión de la crisis *subprime* en los intermediarios de hipotecas en EEUU. La experiencia de los intermediarios en la crisis *subprime* de los EEUU ha sido nefasta precisamente por obedecer a un sistema de incentivos equivocado que, además, no era obligación poner de manifiesto de una manera explícita. Basta con entrar en la web del FBI y consultar sus informes anuales sobre el fraude hipotecario para ver que los intermediarios engañaron a las entidades crediticias falseando estudios de solvencia, falsificando títulos de propiedad o inventando identidades de compradores/prestatarios inexistentes, pero también a los compradores de viviendas financiadas mediante las hipotecas que comercializaban tales intermediarios ocultando aspectos esenciales de los contratos de crédito hipotecario que les aconsejaban. El propio presidente Bush reconoció que seguramente los consumidores no sabían lo que estaban firmando (11). La externalización de la

(10) Rolf KNIEPER: *Eine ökonomische Analyse des Notariats*. C. H. Beck. München, 2010.

(11) "Muchos de los prestatarios (*subprime*) se confundieron en los

labor de comercialización de los créditos hipotecarios determinó la disociación de incentivos entre la entidad crediticia y el intermediario. Cuando era la propia entidad quien comercializaba, estaba directamente interesada en el buen fin de la operación, por lo que controlaba el proceso con mayor rigor. El incentivo del intermediario se centraba exclusivamente en cobrar su comisión.

El problema se ha vuelto no sólo contra los prestatarios mal aconsejados, sino también contra los prestamistas y los inversores en préstamos hipotecarios. La documentación presenta tantos fallos que está resultando muy dificultoso poder ejecutar las hipotecas. Los documentos falsificados aparecen por millares. Son ya muchos los encargados de los registros de *deeds* que denuncian porcentajes de documentación errónea superiores al 80 %. Los informes del FBI apuntan en esta dirección y son todavía más claras las denuncias de los responsables de los registros.

El papel jugado por los "*notaries*" debe reconocerse que tampoco ha sido muy brillante, pero poca cosa tienen que ver los "*notaries*" americanos con nuestra profesión. Como lamenta un especialista (12), *"durante cientos de años hemos confiado en los documentos notarizados. Como parte desinteresada, desde todos los puntos de vista podía confiarse en que los documentos eran ciertos. Desde que los bancos empezaron a tener empleados notarios, esta noción se acabó. En nombre de la conveniencia de los negocios, los banqueros han subvertido las reglas del derecho y la integridad del proceso judicial. Atrás en el tiempo, en 1984, nuestra Corte Suprema reconoció la importancia de los notarios y el valor que su firma y sello comportan. En una reclamación contra Texas sobre la prohibición de ser notarios los ciudadanos extranjeros, la Corte dijo lo siguiente sobre la importancia de los notarios: «Con la facultad de conocer documentos como testamentos y contratos, leases e hipotecas; tomar declaraciones extrajudiciales; administrar juramentos; y la facultad de rechazar precedentes; los notarios de Texas se hallan implicados en incontables asuntos de importancia para el funcionamiento*

términos de sus contratos o fueron engañados por prestamistas irresponsables... la verdad es que probablemente no entendieron lo que estaban firmando". George W. BUSH, agosto 2007.

(12) Bryan MAHANY: Forged Mortgage Documents-Where Were The Notaries? www.mahanyertl.com

diario del gobierno del Estado. La comunidad de Texas depende del notario para asegurar que las personas que realizan los documentos están cuidadosamente identificadas, que rechazan cualquier identificación que sea falsa o incierta, y que las declaraciones están ordenada y cuidadosamente administradas. Los títulos de las fincas y la sucesión de las propiedades dependen del cuidado e integridad del notario, tanto como de la familiaridad del notario con la comunidad, para verificar la autenticidad de los documentos celebrados. Es seguro que podría resultar un gran daño del deshonesto o negligente cumplimiento de las obligaciones de los notarios...»”.

Lamentablemente el tiempo ha corrido a peor y hoy los notarios empleados de los bancos están siendo cuestionados en gran parte de los documentos “notarizados”, como no podría ser de otra manera. Lo que viene a demostrar que los eventuales *firewalls* no funcionan. El incentivo y el interés a proteger deben estar en el mismo lado. Cuando la regulación no hace coincidir el interés protegido con el incentivo, tarde o temprano el fallo acaba saliendo a la luz.

Téngase en cuenta que estas palabras de la Corte Suprema se dictaron en un sistema notarial mucho menos intenso que el nuestro, en que el notario es funcionario o ejerciente de una función pública, redactor de documento, controlador de la legalidad y severamente sujeto a un control y a las correspondientes sanciones disciplinarias.

El sistema (o mejor, la falta de verdadero sistema) de seguridad en las transmisiones inmobiliarias característico de los países anglosajones, desconocedores del Notariado latino-germánico, no ha ayudado en nada a mitigar los problemas (13). Los avisos, *consumer alerts*, sobre estafas mediante títulos fraudulentos, obtenidos con engaño o falsificados e inscritos en el registro de *deeds* que se publican en la web del *Land Registry* inglés (www.landregistry.gov.uk) o del *California Department of Real Estate* (www.dre.ca.gov/) pondrían los pelos de punta a cualquier notario latino-germánico. Este nivel de inseguridad es impensable en nuestro sistema.

Robert J. SHILLER, en su obra *The subprime solution*, apunta la idea de que con un sistema notarial al estilo de la Europa continental

(13) Enrique BRANCÓS: “Carencia del sistema adquisitivo anglosajón. La escritura frente al *deed*”. Revista *El Notario del Siglo XXI*. Madrid. Noviembre-diciembre 2012, núm. 46.

seguramente no se hubiera producido. A la misma conclusión llegan Malcolm RIDELL y Antonio CAPIELLO, *Does the Rest of the World Need the "Civil Law Notary Model"? A Preliminary answer from the Real Estate Crisis in the United States and China*.

De hecho, casi nada hay de común entre el "notary" norteamericano y el notario latino-germánico. En el año 2000 tuve el honor de presentar en esta misma ciudad de Lima, con motivo de la IX Jornada Notarial Iberoamericana, una ponencia en la que creo que hablé de un aspecto fundamental de la función del notario latino-germánico: la obtención del consentimiento informado. Aunque sólo sea para recordarla juntos, resumo aquí su tesis:

Pensar que la forma notarial es simplemente cualquier intervención del notario es tomar la parte por el todo. Claro que para ello es preciso entender el porqué de las "condiciones de forma" en nuestro sistema. La actividad del notario añade a la escritura una serie de presupuestos que van mucho más allá de la mera identificación y el juicio de capacidad. Tal como ha explicado magistralmente RODRÍGUEZ ADRADOS, *la doble condición del notario –como funcionario público y como profesional del Derecho, inescindibles una de la otra– desde la cual enfoca la redacción y el control del documento, asume su autoría como propia y responde de ella estampando su signo, firma y rúbrica, dota a la escritura pública de una serie de presupuestos de los que carecen los demás documentos y le otorga una superior consideración. Estos presupuestos aportados por el notario a la escritura pública establecen el conjunto de presunciones que permiten que el ordenamiento la considere como título ejecutivo*.

Así pues, el notario latino germánico es el único que aporta a la escritura pública un especial y trascendental valor añadido que se concreta en:

a) La presunción de legalidad

La presunción de que el documento responde a la legalidad se desprende, en la materia que estamos tratando, del artículo 18 de la Ley 2/2009, que reza: *"En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de la legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta ley"*. En una frase altamente descriptiva resume

BOLÁS: "cuando el Notario deniega la autorización de una escritura porque su contenido no se ajusta a la Ley... no hay documento alguno, no hay dación de fe, y, sin embargo, hay Notario y función notarial escrupulosamente ejercida".

Conviene resaltar que los sistemas que imponen controles de legalidad en la fuente, es decir, en el momento de perfección del negocio, producen menor distorsión en el tráfico que los de carácter represor de las actuaciones ilícitas ya producidas. Especialmente cuando la sanción consiste en la ineficacia y la reposición al estado anterior, que no siempre resulta posible o, cuando lo es, implica un notable coste económico y una inevitable pérdida de tiempo. Por ello, el mejor control de legalidad es aquel que no deja rastro en la estadística porque no hay "platos rotos"... En este sentido, resulta preferible el control notarial de legalidad a los controles que puedan ejercerse en momentos posteriores, incluida la revisión que en última instancia ha de corresponder al poder jurisdiccional...

b) La presunción de consentimiento informado

Estas fueron mis palabras en la IX Jornada Notarial Iberoamericana de Lima, año 2000: *"El «consentimiento informado» es un concepto que, permítanme la pirueta, donde viene mejor formulado en el ordenamiento español es en relación a un don especialmentepreciado: la salud. Con gran exactitud se formula en nuestra Ley general de Sanidad. Precisamente en esta sede el legislador es muy consciente del valor del objeto sobre el que versa el consentimiento y, por ello, da tanta trascendencia a la «información» del consentimiento. Con meridiana claridad afirma: «Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas (sanitarias)... 5. A que se le dé en términos comprensibles... información completa, continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento... 6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable...» (artículo 10 Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986). Y, añade la jurisprudencia: «... y eso de una forma objetiva, veraz, completa y asequible, o en términos comprensibles, de forma que si así no se hace no se puede estimar válidamente formado el consentimiento». El precepto refleja, con toda rotundidad, el criterio unánime de la doctrina y la jurisprudencia en torno a que la información previa es presupuesto imprescindible para la formación del*

consentimiento. De hecho no hay consentimiento sin información previamente adquirida”.

La exigencia de consentimiento informado pasó a integrar la definición del artículo 17 bis de la Ley del Notariado. Sólo añadiría que esta información, que es parte del asesoramiento general que se pretende ahora en todas las normas reguladoras del crédito hipotecario, hubiere sido el mejor antídoto para evitar la crisis que se vivió con las hipotecas *subprime* estadounidenses. Que no hay que comparar con las españolas. En España nunca se ha llegado a los extremos de morosidad de EEUU tratándose de hipotecas individuales. Las hipotecas contratadas por particulares durante la burbuja inmobiliaria española todavía hoy se pagan en una proporción muy elevada. Los documentos notariales españoles han resistido el envite y la inmensa mayoría de los prestatarios siguen pagando sus hipotecas. La verdadera crisis ha venido por la elevadísima deuda de las grandes empresas promotoras inmobiliarias.

c) La presunción de consentimiento no viciado

El juicio de capacidad efectuado por el notario no solamente resulta imprescindible en los supuestos de apreciable deficiencia mental que determinaría una incapacidad declarada, sino que, además, constituye una medida de aseguramiento del grado de discernimiento de una persona presuntamente capaz en el momento de contratar. Estados de disminución de la conciencia apreciados por el notario constituyen base suficiente para denegar su función.

La intervención del notario también evita la mediatización del consentimiento en aquellos casos en que se pretende forzar la voluntad del contratante débil o inexperto mediante técnicas de venta agresivas, tan frecuentes hoy en los mercados.

Puede presumirse, pues, casi con absoluta certeza, que quien otorga en presencia del notario se halla en su perfecto raciocinio en el momento de contratar.

Baste aquí recordar la descripción de la Ley alemana de la Documentación Pública, parágrafo 17 (1): *“El notario debe averiguar la voluntad de las partes, aclarar los hechos, instruir a las partes sobre la trascendencia jurídica del negocio y reproducir sus declaraciones de forma clara e inequívoca en la escritura. Debe poner especial cuidado en evitar los errores y las dudas con el fin de que las partes inexpertas y faltas de conocimientos específicos no sufran perjuicio”.*

Esta actividad del notario sólo puede desarrollarse adecuadamente desde la imparcialidad. De ahí la importancia de que los Estados fomenten una estructura en que el notario esté en situación de defenderla.

Una regulación adecuada debe definirse sobre si funcionará un sistema de cautelas, *firewalls*, más o menos completo o debe cortar por lo sano y hacer que cada pieza del mecanismo regulador sea completamente independiente de los demás y que sus incentivos los reciba exclusivamente de aquella parte a la que debe proteger. Estamos en el dilema sobre si lo que procede es colocar unos supuestamente efectivos *firewalls* a unos operadores que pueden tener un conflicto de intereses en el negocio o prohibir toda intervención a una persona que presente dicho conflicto de intereses encargando la labor de asesoramiento y control a otro operador distinto.

La propuesta de Directiva Europea sobre crédito hipotecario residencial se ha planteado el problema en relación a los intermediarios del crédito hipotecario. La propuesta de Directiva es consciente de la importancia de la transparencia en cuanto a la posición del intermediario y, por tal motivo, exige que el intermediario informe al cliente si actúa en calidad de intermediario vinculado (que actúa bajo la órbita de un solo prestamista o grupo), si posee participación directa o indirecta superior al 10 % de los derechos de voto o del capital de un prestamista determinado o viceversa y, muy importante, *"cuando se trate de intermediarios de crédito no vinculados, la existencia, en su caso, de comisiones abonables por el prestamista al intermediario de crédito por sus servicios. Los intermediarios de crédito no vinculados informarán al consumidor, cuando éste así lo solicite, de los diferentes niveles de comisión que abonen los distintos prestamistas que proporcionan los contratos de crédito que se ofrecen al consumidor. Se informará al consumidor que tiene derecho a exigir esa información"*. La Directiva tiene que acabar exigiendo que se declare si "se cobra de los dos lados" y cuánto se cobra. ¿Es esta la solución para resolver los conflictos de intereses o es mejor cortar por lo sano e impedir absolutamente que una persona represente intereses contrapuestos? En España, concretamente, los problemas generados por la comercialización de determinados productos financieros como las acciones preferentes, la deuda subordinada, los *swaps*, o antiguamente las llamadas "primas únicas", han demostrado que los *firewalls* raramente funcionan. Así lo vio también la Comisión Europea en su

trabajo *"On the follow up in retail financial services to the consumer markets scoreboard, 2009"*, que denuncia la confianza que los consumidores depositaron en empleados de las instituciones financieras locales que les prestaron un deficiente asesoramiento.

En resumen, sería una ucronía especular sobre si la intervención de los notarios latino-germánicos, con todo su sistema de seguridad jurídica preventiva, habría evitado la crisis *subprime*, pero lo cierto y verdad es que la afirmación del presidente George W. BUSH, *"Muchos de los prestatarios (subprime) se confundieron en los términos de sus contratos o fueron engañados por prestamistas irresponsables... la verdad es que probablemente no entendieron lo que estaban firmando"*, y la previsión del parágrafo 17 (1) de la Ley alemana de la Documentación Pública que acabo de transcribir, son completamente antitéticas. Probablemente lleven buena parte de razón SHILLER y RIDELL, y hubiera hecho bien el regulador americano en acercarse al sistema latino-germánico de seguridad jurídica preventiva.

Otro ejemplo al que prestar atención es el de las sociedades de tasación españolas. A fecha de hoy en España cinco sociedades de tasación controlan el 52 % del mercado, y el 72 % de los ingresos de las tasadoras proceden de las entidades financieras. La banca puede detentar hasta el 25 % del capital de las sociedades de tasación. Obviamente, esta situación está lejos de ser la deseable. Existe un sentimiento popular en el sentido de admitir que las tasaciones hipotecarias han sido excesivamente influenciadas y en buena medida corresponsables de la devastadora burbuja inmobiliaria que ha acabado estallando en España. Por ello, el Ministerio de Economía ha anunciado dos medidas cruciales: 1. Reducir la participación de la banca al 10 % del capital de las sociedades de tasación; 2. Obligatoriedad de aceptar cualquier tasación homologada que aporte el cliente. De hecho, la Ley actual 2/1981 ya dictaba que *"Las entidades de crédito, inclusive aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, deben aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la presente ley y no esté caducada según lo dispuesto legalmente"*. La única novedad es que ahora el incumplimiento de este precepto será sancionable, que no es poca cosa.

Se trata de un nuevo ejemplo sobre la dificultad con que funcionan las cautelas o *firewalls* cuando no hay una verdadera separación en las diferentes funciones necesarias para conformar el

crédito hipotecario. El regulador adoptó la norma adecuada: exigir la tasación para asegurar la viabilidad de la operación. Pero colocó equivocadamente el mecanismo de incentivos permitiendo que las entidades crediticias impusieran la tasadora "de su confianza". Tanto la elevada participación accionarial de los bancos en las sociedades de tasación, como la gran concentración de trabajo en determinadas entidades financieras, las convirtieron en dependientes. El incentivo no estaba en liderar el mercado a través de la calidad de la tasación, sino en cumplir los designios de su accionista de referencia y fuente principal de negocio. Se ha hecho necesario un segundo paso en la regulación porque el primero tuvo problemas de diseño (admitiendo una participación bancaria de hasta el 25 %) y de ejecución (pues existía la norma que imponía la libertad de elección de la tasadora, pero su incumplimiento no se sancionaba).

El problema puede repetirse, con mayor o menor intensidad, en algunas materias relacionadas con el crédito hipotecario que contratan los clientes/consumidores tales como seguros de amortización, seguros de la vivienda, gestiones relacionadas, elección de notario, etc. El regulador debe también garantizar la libertad de elección. De otra forma no se fomenta el servicio de mejor relación calidad/precio en interés del cliente/consumidor, fin deseable en sí mismo, sino el servicio que mayor beneficio aporta al operador que se halla en situación de dominar al cliente cautivo.

Es ilustrativa una comparación con el régimen de libre elección de notario. En este aspecto, la legislación notarial española es especialmente cuidadosa. Como dice RODRÍGUEZ ADRADOS, "... *el Derecho notarial tiene por tanto que considerar el derecho a la libre elección de notario como uno de sus principios -'principio' le llama la STS 23.3.1977-, y precisamente como principio 'independiente', y no mera secuela de otros principios, como los de rogación o profesionalidad, según ha venido ocurriendo*".

El artículo 126 del Reglamento Notarial dispone: "... *En las transmisiones onerosas de bienes o derechos realizadas por personas, físicas o jurídicas, que se dediquen a ello habitualmente, o bajo condiciones generales de contratación, así como en los supuestos de contratación bancaria, el derecho de elección corresponderá al adquirente o cliente de aquellas, quien sin embargo, no podrá imponer notario que carezca de conexión razonable con algunos de los elementos personales o reales del negocio...*".

La Orden EHA/2899/2011 dispone en el art. 30.1 que: *"En materia de elección de notario se estará a lo dispuesto en el Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 y demás disposiciones aplicables..."*. Los Criterios Específicos de Buenas Prácticas Bancarias del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, Memoria 2011, declaran: *"El Reglamento Notarial consagra el derecho de los particulares a la libre elección de notario, derecho que en los actos y contratos que hayan de otorgarse por varias personas se ejercerá por «quien de ellas deba satisfacer los derechos arancelarios notariales», y en todo caso por el adquirente de bienes o derechos vendidos o transmitidos onerosamente por quienes se dedican a ello habitualmente"*.

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en su artículo 89.6 dispone que: *"En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: ... 6. La previsión de pactos de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor y usuario a la elección de fedatario competente según la ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato..."*.

El diseño de la norma por el regulador parece, pues, más que suficiente. No obstante, algunas tensiones han aparecido puntualmente en la práctica que deberían resolverse, siendo aún más intensos en la salvaguarda de la imparcialidad. Especialmente en un momento de gran concentración bancaria. Estamos –como sucedía con la libre elección de la tasadora– ante una norma bien diseñada por el regulador pero cuya infracción deberá acompañarse de una sanción más efectiva.

Pero, en cualquier caso, lo que cada vez se evidencia con mayor plenitud es que los *firewalls* son de eficacia algo dudosa y que el regulador no debe apoyarse en un operador que presente conflictos de interés, por más cautelas que establezca, sino por un controlador absolutamente independiente. Comparando con otros *gatekeeper*, la situación del notario como funcionario imparcial es una solución que evita los problemas de sesgo parcial que denuncian KNIEPER, MURRAY y STÜRNER. Sobre todo si se refuerza con las correspondientes sanciones por incumplimiento el mecanismo de elección del notario por el contratante menos informado. El sistema notarial es más que suficiente en este aspecto. La existencia de ciertos elementos de

protección como el *numerus clausus*, o la retribución por medio de arancel, o la demarcación territorial, constituyen instrumentos que posibilitan la verdadera y plena independencia del notario y, con ella, la necesaria superación de los conflictos de intereses en aras de la imparcialidad. Así lo ha venido a reconocer recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

EL CATASTRO Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Traigo a colación ambas instituciones porque se complementan mutuamente generando sinergias positivas tanto desde el punto de vista de seguridad –al quedar perfectamente definido el objeto del negocio jurídico inmobiliario, la finca– como en el terreno de la reducción de costes. Baste en este último aspecto consultar el Informe *Doing Business 2012* para ver cómo el *Kadaster* holandés –unido con el Registro desde 1825– hoy puede inscribir los cambios de titularidad cobrando una tarifa plana de 87 euros y arrojar beneficios a fin de año. En cuanto a la necesidad de que el mercado hipotecario descanse sobre una adecuada identificación catastral de las fincas, bastaría con ver los múltiples estudios previos tendentes al establecimiento de un mercado hipotecario de dimensión europea.

No es preciso profundizar mucho para descubrir que de nada sirve la hipoteca si el objeto sobre el que recae, la finca, no es identificable y localizable en la realidad, es decir, sobre la superficie de la Tierra. Para ello, la institución responsable de la identificación, el Catastro, y el organismo responsable de los derechos, el Registro de la Propiedad, deben operar conjuntamente. Actualmente son ya quince los países comunitarios que han unificado ambas instituciones: Bélgica, Países Bajos, Francia, Italia, Grecia, Lituania, Letonia, República Checa, Eslovaquia, Hungría, Chipre, Bulgaria, Rumanía, Suecia y Finlandia. En algunos casos, como Suecia (2008) o Finlandia (2010), las organizaciones catastrales han absorbido el registro de la propiedad. En otros, en los que se mantienen dos instituciones diferenciadas, se comparte la misma base de datos (Austria, Eslovenia, Estonia y recientemente Dinamarca) o se está trabajando, como en el caso de Alemania, Portugal o Polonia, para utilizar una única base de datos en el futuro. Añadamos que en Noruega, Islandia y Suiza, ambas instituciones están también fusionadas. En

la dirección absolutamente opuesta, en España, el Registro de la Propiedad y el Catastro mantienen su independencia. Es más, el Registro, en una absurda, innecesaria y antieconómica actitud corporativista, está desarrollando el proyecto Geobase, que pretende ser su propia base gráfica, al margen de la del Catastro. Cuando el *Kadaster* holandés unificó ambas instituciones ya en el año 1825.

En Alemania, la Ley de Introducción de las Transacciones Jurídicas Electrónicas y del Archivo Registral de la Propiedad Electrónico en el Procedimiento Registral de la Propiedad, permitirá coordinar Notaría, Registro y Catastro en 2014. Uno de los Estados federales que tiene prevista y más avanzada su introducción es Baden-Würtemberg, donde los registros de la propiedad están gestionados por la organización notarial. Sin duda, la permeabilidad entre estas tres instituciones ha de mejorar la eficiencia, rapidez y seguridad del sistema.

En cuanto al Catastro, como institución responsable de la identificación de las fincas, la Coordinadora de Relaciones Internacionales en la Dirección General del Catastro de España, Amalia VELASCO MARTÍN-VARES (14), presenta el siguiente panorama europeo: "Veinticuatro de los veintisiete países de la Unión Europea disponen actualmente de Catastro. Sólo en tres: Reino Unido, Irlanda y Malta no existe un Catastro como tal. Los correspondientes *Ordinance Survey* equivalentes a nuestro Instituto Geográfico, realizan los mapas topográficos que registran los datos físicos del terreno, pero no reflejan los límites de los inmuebles por los derechos que sobre ellos tienen los titulares, ni recogen su naturaleza, uso y valor. En estos tres países no se ha elaborado una cartografía catastral en la que se han delimitado las parcelas, en base a los títulos de propiedad u otros derechos, con el acuerdo de los titulares y creando un mapa continuo. Y, por tanto, no disponen de una base gráfica que pueda servir de apoyo al Registro de la Propiedad".

El sistema de identificación de la finca en el Registro inglés se obtiene mediante la delimitación de la finca sobre un mapa topográfico con un rotulador de color rojo. Es lo que se denomina "plano topográfico aparente" que solamente representa los elementos que son visibles en el territorio. Con esta forma arcaica y precaria de identificación del objeto de la transmisión uno de los problemas adicionales

(14) Amalia VELASCO MARTÍN-VARES: *El Notario del Siglo XXI*, núm. 39, septiembre-octubre 2011, p. 54. Madrid.

de los *overriding interests* (derechos extrarregistrales prioritarios a los registrales) consiste en poder determinar la parte afectada y la libre de una *actual occupation* (posesión efectiva). Son frecuentes los casos en que el *Land Registry* comete errores en la identificación de las fincas a la hora de expedir los títulos de propiedad.

Por contra, siguiendo a Amalia VELASCO MARTÍN-VARES, "... en Dinamarca, Suecia, Finlandia, Polonia, Países Bajos, Alemania, Austria, Lituania, Letonia, Estonia, Chipre, República Checa, Hungría, Eslovaquia, Eslovenia, Rumanía, Bulgaria, Grecia, Noruega, Suiza, Islandia y recientemente en Portugal, todos los bienes inmuebles deben estar por ley registrados y localizados en un mapa continuo para todo el territorio, del que se obtiene su forma y superficie. Así, en estos países: — no se reconoce la titularidad de la finca si no está inscrita (obligatoriedad del registro); — no se inscribe sin levantamiento topográfico (obligatoriedad de disponer de una cartografía topográfica como base); — y no es válido el levantamiento topográfico si no identifican los límites de la finca. No basta como en el Reino Unido, Irlanda o Malta (en donde la inscripción en el Registro de la Propiedad es también obligatoria), con disponer de un topográfico aparente. Es necesario por ley contar con un verdadero Catastro".

Frecuentemente se olvida algo tan elemental como que el objeto de transmisión no es la finca registral, ni la catastral. Lo que se compra y se vende o lo que se hipoteca es la finca real. Por más que digan el Registro o el Catastro, la incorporación de una identificación gráfica, a menos que haya sido delimitada con intervención de todos los propietarios de las fincas contiguas, no puede producir el efecto de convertir al comprador en dueño de la parte extralimitada de la finca "virtual" sobre la real. En caso de conflicto, será el juez, a la vista de todo un conjunto de pruebas, quien decidirá el ámbito de las fincas, la comprada y las contiguas.

Por ello, todos los países de la UE describen la finca sobre bases gráficas, más o menos consolidadas por el tiempo. Sólo en España se presenta la curiosa especialidad de que no hay dos fincas, la real y la catastral, sino tres: la real, la catastral y la registral. Con una dificultad añadida, la finca registral se describe literariamente —es decir, con palabras, expresando la cabida y nombrando quiénes son los vecinos por los cuatro puntos cardinales—, mientras que la descripción catastral es gráfica, mediante planos. A veces, resulta del todo imposible determinar si una finca descrita literariamente se

corresponde con la finca descrita gráficamente por el Catastro. La única solución es la correspondencia de la finca real con la catastral gráfica, atendidas las limitaciones de la descripción literaria como medio de expresión de la realidad geográfica. Sólo por razones corporativas de escaso calado se entiende la resistencia a la definitiva sustitución de las identificaciones registrales por las catastrales, que es la solución adoptada desde hace tiempo por toda la Europa que goza de Catastro parcelario. De los veinticuatro países comunitarios que tienen Catastro, en diecinueve de ellos Registro y Catastro comparten la misma base de datos y en tres, Alemania, Portugal y Polonia, se trabaja para establecer la base única. Grecia también deberá avanzar en este sentido.

En la mayoría de los países de la UE el notario gestiona una negociación en la que las partes se hallan interesadas en determinar con exactitud el objeto de su transacción, tanto para conocer la extensión de su derecho, como para evitar incurrir en responsabilidad. Y es en este momento cuando el notario es de vital importancia para corregir los datos erróneos y adecuarlos a la realidad, comunicándolos al Catastro/Registro. Lo mismo se puede decir cuando se modifican las fincas mediante operaciones de segregación, agrupación o modificación. Colabora de esta forma en una tarea de alta prioridad para los Estados: disponer de un Catastro que determine con precisión todo el mosaico de fincas de su territorio, sin huecos ni solapamientos, para llegar desde este punto de partida a lo que se denomina Catastro multifuncional, como base de datos compartida, completa e interoperable, donde junto a los datos específicamente catastrales se publiquen la titularidad, las cargas, las limitaciones urbanísticas, medioambientales, usos, deudas fiscales, etc. Es otra de las actividades en las que el notario colabora con el regulador.

En la actualidad gran número de países están desarrollando aplicativos informáticos que permiten realizar las operaciones de modificación desde Internet. Amalia VELASCO MARTÍN-VARES reseña que Países Bajos, Dinamarca, Lituania, Finlandia, Rumanía, Eslovenia, Bulgaria, Alemania, Polonia, entre otros, están realizando una labor de centralización de todas las bases de datos de los registros distribuidas en el territorio, estandarizando los procesos relativos a la verificación de la documentación, la digitalización, los modelos de datos que permiten hacerlos interoperables y, sobre todo, están

agilizando los procesos de comprobación de datos, actualización y corrección. Un ejemplo: el *Kadaster* de los Países Bajos permite a los notarios la remisión de las escrituras y la corrección de los datos gráficos y literales a través de Internet utilizando los aplicativos del propio *Kadaster*. Otro: el proyecto NETSVEP de Lituania permite al notario acceder a los datos catastrales y registrales, obtener directamente toda la información necesaria sobre datos catastrales, titularidad, cargas, y formalizar los trámites de inscripción registral y catastral de la operación realizada. En España, ANCERT dispone de un programa informático avanzado que permite convertir la planimetría gráfica que puedan aportar los técnicos en planimetría catastral, con lo que la coordinación pasa a ser extremadamente sencilla.

Otro pilar fundamental en la línea de modernización del Catastro/Registro y de aumento de su funcionalidad consiste en la facilitación del acceso informático a sus bases de datos por parte de los operadores jurídicos. Los notarios tienen acceso directo y sin traba alguna a las bases de datos de registros y catastros informatizados en toda la UE continental. Sólo en España el acceso de los notarios a la base de datos del Registro se halla limitado desde un doble punto de vista. En primer lugar, el registrador tiene a su cargo controlar el interés legítimo en la consulta del registro, aunque el interés se presume. Tal restricción, amén de inviable porque supondría calificar las intenciones de los solicitantes, es anacrónica. La *Freedom Information Act* aprobada por el Congreso de los EEUU en 1966 suprimió el requisito de comprobación del interés legítimo para el acceso a los registros públicos americanos. El *Land Registry* de Inglaterra y Gales desde 1990 puede consultarse por el público en general. Antes de esta fecha sólo lo podía consultar el propietario o una persona por él autorizada. En segundo lugar, el acceso al registro no se efectúa directamente a la base de datos, sino a la información procesada y tratada por el registrador. Con el inconveniente de que el operador no queda enterado del contenido exacto del registro, sino de las conclusiones que el registrador extrae de los libros. Y es posible que determinados asientos, de ser conocidos en su literalidad, no sean interpretados en idéntico sentido por el interesado y por el registrador. Por contra, el acceso al Catastro español está informatizado y los notarios pueden acceder al mismo de forma telemática en consideración a su condición de funcionarios públicos y a los efectos de su función.

NUEVAS TECNOLOGÍAS, MEJORAS DE PROCESO PRODUCTIVO Y AHORRO DE COSTES

El Notariado español, en un Simposium celebrado en Barcelona en 1999 se planteó la doble necesidad de

- Incorporar los avances telemáticos al ejercicio de su función.
- Incorporar su función pública a la Sociedad de la Información.

La Ley 24/2001 introdujo la tecnología telemática en el artículo 17 bis de la Ley del Notariado español: "*1. Los instrumentos públicos a que se refiere el artículo 17 de esta Ley, no perderán dicho carácter por el sólo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del notario y, en su caso, de los otorgantes o intervinientes, obtenida la de aquél de conformidad con la Ley reguladora del uso de firma electrónica por parte de notarios y demás normas complementarias... En todo caso, la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos. En consecuencia: a) Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes. b) Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes. 3. Las copias autorizadas de las matrices podrán expedirse y remitirse electrónicamente, con firma electrónica avanzada, por el notario autorizante de la matriz o por quien le sustituya legalmente. Dichas copias sólo podrán expedirse para su remisión a otro notario o a un registrador o a cualquier órgano de las Administraciones públicas o jurisdiccional, siempre en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio. Las copias simples electrónicas podrán remitirse a cualquier interesado cuando su identidad e interés legítimo le consten fehacientemente al notario".*

El gran acierto del 17 bis de la Ley del Notariado, que adapta la firma electrónica a la escritura pública, ha consistido en mantener lo necesario y prescindir de lo sobrero. Se mantiene la presencia del notario para la identificación, el juicio de capacidad, el control de legalidad, el consentimiento informado, la autoría del documento. Sin estos controles fallaría el sistema de seguridad jurídica preventiva. Y este control notarial hay que colocarlo en el momento y en el lugar de formación y prestación del consentimiento. Por el contrario, se facilita y simplifica todo lo mecánico de la transmisión y posterior operación del documento mediante la circulación de la copia auténtica electrónica. Se mueve la copia electrónica, la escritura se produce manteniendo la presencia.

La ventaja de este sistema reside en que la depuración o control se efectúa en el "momento de la verdad", es decir, cuando nace el contrato, sea o no susceptible de inscripción en un registro. De hecho, en España ni la mitad de la contratación sometida al control notarial queda afectada por una posterior calificación, sin que se planteen problemas de seguridad jurídica dignos de mención. No obstante, algunos integristas españoles del registralismo buscan llevar la actuación del registrador a este momento de la verdad. Construyen así un sistema de "telecalificación" sin ver –y menos hablar– con los contratantes. Parten de una "capacidad supuesta" y de un "consentimiento informado innato" en los contratantes. En definitiva, olvidan que no sólo es importante "el momento de la verdad", sino también "el lugar de la verdad". Es difícilmente imaginable cómo se puede controlar un proceso sin estar ni en el momento ni en el lugar en que se desarrolla. Este es, precisamente, el acierto del artículo 17 bis de la Ley del Notariado español.

La mejora introducida con la circulación telemática es determinante de un cambio radical tanto en celeridad como en ahorro de costes. Como apunta César BELDA, hasta el año 2001 el Notariado español se articulaba en cerca de 3.000 despachos por toda España, sin interrelación entre ellos. La Ley 24/2001 permitió que los notarios españoles pudieran comunicar escrituras públicas entre notarios y con Administraciones públicas con valor de documento público, utilizando para la comunicación la firma electrónica reconocida notarial. A partir de ese momento se pudieron celebrar negocios simultáneamente entre notarías situadas a kilómetros de distancia y en tiempo real, convirtiendo al Notariado español en

una única oficina notarial con 3.000 sedes distintas, que intercambian documentación entre sí como si estuvieran en el mismo edificio, con la consiguiente potencialidad y mejora de la imagen y del servicio que es fácilmente imaginable. El Notariado español se colocó a la cabeza del europeo en cuanto a grado de modernización. Y los requisitos técnicos de la firma electrónica que utiliza (2.048 bites) son los más altos de cuantos sistemas de seguridad existen en el mundo.

Esta técnica se está ya ampliando al tráfico internacional a través del Proyecto **EUFIDES**, que permite que dos notarios de dos distintos países puedan autorizar en práctica simultaneidad una escritura pública y su ratificación, cada uno con su cliente, que evita con EUFIDES todo desplazamiento. Como explica María de los Reyes SÁNCHEZ MORENO, el Proyecto EUFIDES depende en su funcionamiento de los medios telemáticos. Precisa de una adecuada plataforma de comunicación entre los dos notarios colaboradores y de un servicio de autenticación de las firmas electrónicas. En este momento se dispone de una plataforma a la que es fácil acceder una vez se poseen los códigos necesarios y, por otra parte, el programa "Bartolus", que ya existía, se ha demostrado muy eficaz y rápido en la certificación de las firmas electrónicas de los notarios europeos. Sistemas como "Bartolus" deberían sustituir a la apostilla en el seno de los países implicados. Algunos países, como la propia Holanda, no exigen la apostilla cuando el notario receptor considera suficientemente probada la autenticidad de la firma. Un futuro reglamento europeo sobre comunicación digital hará depender además esta cuestión del reconocimiento mutuo: si un Estado admite como suficientes los documentos sin apostilla de otro Estado, éste no la podrá exigir en los documentos del primero. En cualquier caso, queda decir que el Proyecto EUFIDES está abierto a cualquier posibilidad técnica futura que pueda mejorar su funcionamiento. Las líneas fundamentales del Proyecto EUFIDES se diseñaron con el objeto de ser aprobadas por el CNUE, el Consejo de los Notariados europeos con Notariado latino, y habiéndose ya aprobado por la Asamblea del CNUE, y por lo que a España se refiere, presentado oficialmente en el Congreso Notarial de Madrid en mayo de 2012, el siguiente paso debe ser su aprobación por la Comisión Europea como un proyecto que se integrará en el más ambicioso que persigue la creación del espacio jurídico europeo.

La firma electrónica ha permitido, asimismo, la implementación de nuevas utilidades. Entre ellas:

— **“E-hipotecario”**: es la segunda aplicación que el Notariado español puso en práctica y fue precisamente para facilitar que la parte más débil en los contratos financieros –los deudores– no tuvieran que desplazarse a los bancos y pudieran suscribir sus préstamos –hipotecarios o no– con el notario de su localidad, o con el que tuvieran su mayor confianza. El aplicativo no sólo comunica con firma electrónica el contenido de la escritura de hipoteca firmada por el deudor a la entidad financiera para que ésta tome conocimiento y pueda aceptar; incorpora, además, un sistema que abona al deudor el importe del préstamo en su cuenta, asegurando de esa forma la inmediata disponibilidad del dinero prestado.

— **Programa para la coordinación Notarías/Catastro**. Una de las necesidades más urgentes para el futuro de la seguridad jurídica es la necesaria adecuación del contenido jurídico del título de transmisión o hipotecario a la realidad física de la finca que se transmite o hipoteca. Uno de los principales problemas existentes consiste en la no correspondencia entre la realidad física de la finca y su descripción contenida en el título. La realidad física sólo puede ser recogida a través de un Sistema Georreferenciado, habitualmente utilizado por los Catastros inmobiliarios. En tanto que la descripción jurídica no está coordinada con él y suele derivar de arrastres históricos sobre descripciones antiguas. Es preciso terminar con esa dicotomía. Para ello, se ha dispuesto un sistema –un programa informático avanzado– que permite convertir la planimetría gráfica que pueden aportar los técnicos –arquitectos, ingenieros, etc.– en planimetría catastral, con lo que la coordinación pasa a ser extraordinariamente sencilla. El notario vela por que tanto los linderos cuanto las cabidas de las fincas coincidan con las que constan en la planimetría catastral. Y en caso de discrepancia inicia un procedimiento que permita subsanarla. El procedimiento pasa por citar y obtener el consentimiento de todos aquellos que puedan verse afectados por ese procedimiento, pero también por convertir en planos georreferenciados los dibujos o planos que son aportados por los arquitectos y los técnicos. De esa forma, unificando los dos aspectos, el proceso de coordinación ha empezado en España con más de diez mil expedientes resueltos en medio año.

— **Publicidad de los sorteos que se celebran ante notario.**

Para garantizar la imparcialidad y la seriedad de los sorteos en España, éstos suelen celebrarse ante notario. Sin embargo, el público en muchas ocasiones no conoce cuáles son las bases –los requisitos o procedimientos– a los que ese sorteo va a ajustarse. Es por eso que el Notariado ha desarrollado una base de datos denominada ABACO, donde los notarios remiten esas bases o procedimientos así como el resultado de los sorteos. De esa forma la persona que pretende un sorteo sabe que el notario controlará que éste se ajuste al procedimiento previamente fijado, y que su resultado será conocido por todo el mundo en orden a poder reclamar el premio que corresponda.

— **Registro de Seguros de Vida.** Una de las aplicaciones que mayores beneficios ha proporcionado a los ciudadanos españoles la ha constituido esta base de datos. Suele ser frecuente que los ciudadanos contraten seguros de vida, incluso para el caso de accidente, al contratar otro tipo de cosas –hipotecas, visa, etc.–. Y también es frecuente que al fallecer una persona, los herederos ignoren que ese seguro de vida existe. Por otro lado, la compañía aseguradora puede ignorar que ese asegurado ha fallecido. Con ello, y hasta ahora, no era extraño que ese seguro se perdiera, o mejor dicho, que la compañía aseguradora no lo pagara a los herederos del asegurado.

Desde hace cinco años los notarios españoles vienen obligados, al autorizar la herencia de cualquier ciudadano, a preguntar a la base de datos de seguros si el fallecido era titular de algún seguro de vida. Y en tal caso notificarlo a sus herederos. Sólo el primer año de funcionamiento de este sistema las compañías de seguros abonaron 21 millones de euros más que el año anterior a los beneficiarios de los seguros de vida.

— **Página web para subastas extrajudiciales.** El Notariado está a punto de lanzar un servicio web que garantice una adecuada publicidad en los supuestos de subastas sobre fincas ejecutadas, por el procedimiento extrajudicial con intervención de notario, y en garantía de la obtención de un mejor precio para los deudores embargados y ejecutados. Tal servicio requiere necesariamente una verificación de los sistemas de consignación de cantidades para las personas que

quieran participar en las subastas, a través de una adecuada pasarela de pago que garantice la identidad de los participantes. Y por otra parte, una garantía de las identidades de los participantes, a través de una plataforma que conecte a todas las notarías, donde se pueda verificar la identidad de quienes deseen participar.

LA LLAMADA "FORMA DE CONTROL"

El artículo 24 de la Ley del Notariado español dispone: "... *Los notarios en su condición de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios que autorice o intervenga por los que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas...*".

La colaboración con las autoridades judiciales y administrativas supone un sinfín de comunicaciones. Las nuevas tecnologías las han facilitado. El Notariado español ha desarrollado el llamado **Índice Único Informatizado**, que consiste en parametrizar todas las escrituras en una ficha completa que contiene todos los datos necesarios para las distintas Administraciones. El Índice es una aplicación informática donde constan todos los negocios o actos jurídicos posibles a realizar en una notaría. Para cada acto se prevén las personas que obligatoria o voluntariamente pueden intervenir en él, así como los elementos esenciales del negocio: precio, forma de pago, objeto del negocio y características, así como las personas físicas o jurídicas que intervienen. Esa captura de datos, que se realiza día a día en todas las notarías de España, ha permitido disponer de una base de datos interrelacionada con más de 500 millones de datos desde el año 2004.

— **Órgano para la Prevención del Blanqueo de Capitales, OCP.** Al encontrarse todos los datos interrelacionados resulta sencillo poder seguir aquellas operaciones en las que las escrituras públicas se utilizan como medio para blanquear capitales. Pero también aquellas otras en que la escritura en sí es un medio para defraudar el pago de los impuestos.

Tanto en un caso como en otro, las búsquedas y consultas se encuentran exclusivamente permitidas para las autoridades judiciales o, en su caso, las fiscales. Y siempre después de haber acredita-

do que se encuentra abierto un procedimiento judicial o fiscal. El funcionamiento del OCP ha permitido a España, dentro del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), organismo incardinado dentro de la OCDE, obtener una de las mejores calificaciones en acciones preventivas y represivas de las operaciones del blanqueo de capitales y represión del terrorismo.

— **Pago de impuestos y presentación en los Registros.** De la autorización de escrituras públicas se derivan en España, como en la mayor parte de los países, hechos impositivos que obligan a pagar impuestos. El Notariado ha desarrollado un sistema que no sólo comunica por vía telemática la copia auténtica de la escritura pública a la Administración, sino que también verifica el pago por vía telemática. Con la remisión de la escritura la Administración puede posteriormente comprobar el hecho imponible y la corrección de la liquidación practicada. Esta aplicación, que el Notariado siempre realiza a instancia de los clientes, ha colocado la función notarial también como actividad gestora muy importante, permitiendo además recibir una compensación económica. Y con el mismo protocolo de seguridad VPN se ha conseguido, además, presentar las escrituras en los registros de la propiedad y mercantiles españoles.

— **Cambios de titularidad en el Catastro.** Se realiza automáticamente a través de la remisión selectiva de datos que se efectúa quincenalmente a partir del **Índice Único Informatizado**.

— **Obtención de los números de identificación fiscal de las sociedades que se constituyen.** Dichos números son, en Europa, un requisito indispensable para que una persona jurídica pueda contratar. Hasta que pusimos en marcha la aplicación, las sociedades demoraban unos días en ese proceso –3 o 4–, con el importante perjuicio que suponía estar un periodo de tres o cuatro días sin actividad. Después de implantar nuestro sistema de comunicación y recepción por vía telemática, desde que la escritura de constitución de la sociedad se firma, hasta que puede empezar a contratar, el lapso de tiempo se estima de 15 a 20 minutos.

— **Obtención de las denominaciones por vía telemática.** De la misma forma, la obtención de la denominación de una so-

ciudad que pretende constituirse, por vía telemática del Registro Mercantil Central, de forma que se garantice que no existe ninguna otra sociedad con idéntica denominación, demora escasamente 24 horas.

— **Centro Estadístico del Notariado.** Como también es fácil concluir, el tratamiento de toda esa información, cuando no se trate de datos protegidos, sino meramente económicos, permite ofrecer a la sociedad unos indicadores económicos y sociales imprescindibles para conocer buena parte de nuestra realidad y adivinar nuestras tendencias. Es por ello que hace un año pusimos en marcha nuestro Centro Informático del Notariado (Cienotariado), a través de cuya web, abierta y gratuita, permite conocer, con un sencillo mecanismo de preguntas, el detalle de nuestros movimientos económicos.

De resultas de esa aplicación podemos ofrecer a nuestros ciudadanos, pero también a nuestra Administración, por ejemplo, dónde se incrementa más el precio, o dónde disminuye. En qué se compra más. O se vende. Y quién compra, según qué tendencias, etc.

— **Base de Datos de poderes procesales.** En España, como en la mayor parte de los países, los pleitos empiezan con el hecho de que la persona que quiere pleitear, o que tiene que defenderse, acudan al notario y otorguen un poder facultando al apoderado o al procurador para que los represente en juicio y fuera de él. El procedimiento obliga luego a comunicar la copia a todas las partes y también al juzgado. Y el expediente tiene que conllevar todas las copias de todas las representaciones. Por duplicado. Lo que viene a implicar un coste en papel, en fotocopias y en almacenamiento inmenso. Los notarios hemos desarrollado un procedimiento por el cual el particular sólo se lleva un código seguro de verificación (CSV) que hace constar luego el abogado al principio de la demanda. Mientras tanto el notario envía una copia del apoderamiento, junto con una ficha que permite su localización, a la base de datos de la Justicia española. Cuando el pleito empieza, el secretario judicial sólo tiene que conectarse y comprobar que el poder existe y que es suficiente para el juicio. Sin fotocopias ni papel. Además, permite que si el demandante en algún momento quiere revocar el apoderamiento lo pueda hacer en cualquier notaría, sin tener que pasar por el apuro de pedirle la copia a su abogado.

En definitiva, las nuevas tecnologías no han hecho sino potenciar la actividad del notario como instrumento del regulador para poder conocer de forma más directa e inmediata el mercado inmobiliario y reaccionar antes frente a sus excesos, así como prevenir y reprimir las actuaciones que resulten contrarias a la ley. Al propio tiempo, mejoran el servicio prestado al ciudadano ahorrándole tiempo, costes y desplazamientos, ampliando la información disponible para tomar sus decisiones y haciendo realidad la obtención de un consentimiento verdaderamente informado.

CONCLUSIONES

Los bienes inmuebles presentan unas características que exigen que el mercado inmobiliario requiera una regulación y un control que no son necesarios en los mercados de bienes perecederos.

La **permanencia de la propiedad inmueble a lo largo del tiempo** hace que los propietarios de las fincas se sucedan unos a otros formando largas **cadenas de titularidad**, en las que el fallo de un eslabón precedente actúa como una carga de profundidad que anula las transmisiones posteriores en virtud de la regla *nemo dat quod non habet* (nadie puede transmitir lo que no es suyo).

La **concurrencia de distintos derechos y titularidades** sobre una misma finca introduce mayor complejidad que en la contratación de otros bienes, lo que provoca la necesidad de recurrir al asesoramiento especializado. Esta necesidad se ve incrementada si se atiende al elevado valor que casi siempre representan los inmuebles en relación a la economía de las familias.

La **relevancia económica** de los bienes inmuebles se manifiesta también en relación al Estado. Sólo el parque de hipotecas tiene una dimensión equivalente a cerca del 50 % del PIB de la Unión Europea. El Estado es el primer interesado en la regularidad de las cadenas de transmisiones y en la certeza y determinación de los derechos reales inmobiliarios con el fin de evitar factores de riesgo desestabilizadores de la economía.

Finalmente, la **función social** del derecho de propiedad se hace especialmente presente en la propiedad inmueble en forma de múltiples limitaciones de carácter administrativo y social, que no concurren en los mercados de bienes perecederos.

Por tales motivos, **se revela necesaria la regulación del mercado inmobiliario** estableciendo mecanismos que: a) garanticen la estabilidad de las titularidades; b) eviten las asimetrías informativas; c) protejan al consumidor o contratante débil y menos informado; y d) ayuden al Estado en sus políticas públicas.

Estos mecanismos deben, además, procurar la mayor eficiencia al menor coste. Por ello, ya **después de la desamortización posterior a la Revolución Francesa, se encomienda a un servidor público, el notario, y a un instrumento, la escritura pública, la responsabilidad de garantizar la regularidad de las transmisiones y, con la suma de todas de ellas, la solidez de la cadena de titularidades.** Se acompaña la medida con la creación de registros de publicidad de dichas transmisiones para evitar los supuestos de doble venta y para dar a conocer los derechos no posesorios, entre otras finalidades. Nace así la protección del llamado tercero hipotecario.

El área del Derecho anglosajón, que no conoció tales leyes desamortizadoras, quedó con la antigua regla *nemo dat quod non habet*. Los registros de la propiedad anglosajones llegan más tarde y con una eficacia mucho más menguada debido a su menor fiabilidad, en buena medida como consecuencia de la falta de la titulación auténtica y del control jurídico que en el Continente aportaban los notarios.

La reciente crisis de las hipotecas *subprime* y las gravísimas dificultades que en EEUU han acompañado a la posterior ejecución de hipotecas, en muchas ocasiones imposible judicialmente por no quedar acreditada la cadena de titularidades, han demostrado palpablemente la **superioridad del Notariado latino-germánico sobre el *deed* privado anglosajón.**

En el terreno de los costes, tampoco se revela superior la libertad de forma inherente al *deed*. Se acostumbra a considerar que la obligatoriedad de la intervención notarial implica un coste que no tienen los sistemas anglosajones. Pero no es en absoluto exacto. Por las razones expuestas al inicio, dada la complejidad del comercio inmobiliario, la intervención de un profesional se hace siempre necesaria, aunque no sea obligatoria. Y, entrando ya en comparaciones, se puede observar que **la ordenación de la propiedad inmueble propia del sistema continental, controlada a través de la escritura pública o *acte authentique* publicada**

en el registro a lo largo de dos siglos, gracias a su fiabilidad rebaja los costes de transacción, mejora los controles públicos sobre el tráfico inmobiliario, evita las asimetrías informativas y protege al consumidor o contratante débil y menos informado. Por otra parte, la peor sistematización del sistema anglosajón determina unos elevados costes en asesoramiento, como se desprende del Informe *Doing Business 2012, Registering property in United Kingdom*.

El seguro de títulos típico de EEUU, por su parte, se revela notablemente deficiente. Representa un coste elevado y tiene el inconveniente añadido de que no evita el coste social e individual de la litigiosidad ni el trauma personal de perder la propiedad o el derecho a la finca adquirida.

La crisis *subprime* ha puesto también al descubierto problemas de parcialidad de los bancos y los intermediarios y asesores jurídicos en la contratación inmobiliaria y, muy especialmente, en la formalización de los préstamos hipotecarios. Parcialidad que ha redundado en títulos erróneos, cuando no falsos. Algunos registros denuncian porcentajes de hasta el 80 % de inscripciones basadas en títulos defectuosos. La consecuencia final ha sido en algunos casos la pérdida de la vivienda por sus propietarios que nunca firmaron ninguna hipoteca y, en otros que se cuentan por decenas de miles, la imposibilidad de plantear judicialmente la reclamación de los créditos hipotecarios.

Unos *flashes* del trabajo que concluyo nos darán una visión de lo sucedido:

NEW YORK TIMES, editorial de 15 de octubre de 2010, título *La crisis de las ejecuciones hipotecarias: "Los mayores bancos –incluyendo el Bank of America, JP Morgan-Chase y Ally Bank, cuyo propietario es GMAC– han suspendido las ejecuciones hipotecarias después de admitir que habían aportado decenas de miles de declaraciones juradas a los tribunales, atestiguando hechos en relación a préstamos impagados que no habían sido verificados por los empleados que firmaban los documentos. Si hay problemas en el establecimiento de la cadena de títulos se plantea de nuevo la cuestión del valor de las titulizaciones de hipotecas. Esto significa litigios que pueden dañar los beneficios de los bancos y, en el peor de los casos, arriesgar una nueva crisis de la economía global"*.

George BUSH, agosto 2007: *"Muchos de los prestatarios (subprime) se confundieron en los términos de sus contratos o fueron engañados por prestamistas irresponsables... la verdad es que probablemente no entendieron lo que estaban firmando"*.

El Nobel Paul KRUGMAN escribió en *El País*, octubre 2010: *"El desastre de las hipotecas está convirtiendo en sinsentido las afirmaciones de que (los norteamericanos) tenemos un sistema eficaz de exigencia de los contratos. Las historias de terror se han multiplicado, como la del hombre de Florida al que arrebataron su casa aun cuando no tenía ninguna hipoteca... Los comentaristas conservadores como los de la página editorial del Wall Street Journal han salido diciendo que la falta de documentación adecuada es una trivialidad. De hecho, dicen que si un banco afirma que posee nuestra casa debemos aceptar esta palabra... A mí esto me hace pensar en la época en que los señores feudales se sentían libres para apropiarse de lo que quisieran, conscientes de que los campesinos no tenían ni voz ni voto en los Tribunales"*.

Robert J. SHILLER, en su obra *The subprime solution*: *"Otra posible opción automática podría consistir en la exigencia de que cada prestatario hipotecario tenga la asistencia de un profesional parecido al civil law notary. Tales notarios actúan en diversos países, aunque no en Estados Unidos. En Alemania, por ejemplo, el civil law notary es un profesional formado que lee en voz alta e interpreta el contrato y suministra consejo legal a ambas partes antes de autorizar las firmas. Este enfoque beneficia especialmente a quienes no alcanzan a obtener un consejo legal competente y objetivo. La participación de tal figura nombrada por el gobierno en el proceso del préstamo haría más difícil a los prestamistas sin escrúpulos dirigir a sus clientes hacia simpáticos abogados que no advertirían adecuadamente a sus clientes de los peligros que pudieran estar enfrentando"*.

HER MAJESTY LAND REGISTRY, "Property Fraud Advice": *"... los estafadores pueden intentar adquirir el título (de propiedad) usando un contrato de transmisión falsificado o suplantando la personalidad... existe riesgo de fraude cuando una relación se rompe, cuando la propiedad está vacía o se compra para revender..."*.

La regulación del mercado inmobiliario se revela, pues, imprescindible. El informalismo y la falta de control se han demostrado no sólo inoperantes, sino abiertamente nocivos, agravando las consecuencias de la crisis con la inseguridad jurídica en

las llamadas cadenas de títulos y su correspondiente coste social e individual.

El notario de corte latino-germánico se revela como un instrumento especialmente apto, en su condición de funcionario o delegatario de una función pública, para ejecutar las políticas de transparencia y regulación del mercado inmobiliario. El control de legalidad, la información del consentimiento, la eliminación de asimetrías informativas, la protección del consumidor y del contratante menos habituado, forman parte de su actividad y su cumplimiento viene garantizado por un estricto régimen disciplinario. **Siendo cierto que un buen título es la base necesaria de un buen registro, el *acte authentique* o escritura se revela, por su parte, como el documento más idóneo por las garantías que incorpora y por su valor y efectos de fe pública.**

Las nuevas tecnologías incorporadas al quehacer del notario y, especialmente, la transmisión telemática y segura de datos, le permiten acceder a la información y transmitirla con un notable ahorro de tiempo y costes para el usuario. El acceso telemático a los registros, al Catastro, a las Administraciones públicas (fiscales, urbanísticas, medioambientales, etc.) potencian la eficacia de la función y abren nuevos campos en los que el servicio notarial obtiene sinergias positivas.

Con la tecnología de firma electrónica para la emisión de copias auténticas de la escritura pública es posible mantener la presencia del notario para la identificación, juicio de capacidad, control de legalidad, consentimiento informado, autoría del documento, en el momento y lugar del otorgamiento, sin los cuales fallaría el sistema de seguridad jurídica preventiva, y simplificar todo lo mecánico de la transmisión y posterior operación del documento. **La escritura se produce manteniendo la presencia del notario y su control directo, y se mueve la copia electrónica.**

La circulación de la copia auténtica electrónica de la escritura pública facilita, además, el tráfico internacional permitiendo su otorgamiento y formalización a distancia sin necesidad de desplazamiento. El proyecto europeo EUFIDES es una buena muestra de la colaboración internacional y del amplio y prometedor futuro que tiene ante sí una institución tan antigua pero a la vez tan actual y útil como es el Notariado latino-germánico.

RESUMEN

Los bienes inmuebles presentan unas características que exigen que el mercado inmobiliario requiera una regulación y un control que no son necesarios en los mercados de bienes perecederos.

La **permanencia de la propiedad inmueble a lo largo del tiempo** hace que los propietarios de las fincas se sucedan unos a otros formando largas **cadenas de titularidad**, en las que el fallo de un eslabón precedente actúa como una carga de profundidad que anula las transmisiones posteriores en virtud de la regla *nemo dat quod non habet* (nadie puede transmitir lo que no es suyo).

La **conurrencia de distintos derechos y titularidades** sobre una misma finca introduce mayor complejidad que en la contratación de otros bienes, lo que provoca la necesidad de recurrir al asesoramiento especializado. Esta necesidad se ve incrementada si se atiende al elevado valor que casi siempre representan los inmuebles en relación a la economía de las familias.

La **relevancia económica** de los bienes inmuebles se manifiesta también en relación al Estado. Sólo el parque de hipotecas tiene una dimensión equivalente a cerca del 50 % del PIB de la Unión Europea. El Estado es el primer interesado en la regularidad de las cadenas de transmisiones y en la certeza y determinación de los derechos reales inmobiliarios con el fin de evitar factores de riesgo desestabilizadores de la economía.

Finalmente, la **función social** del derecho de propiedad se hace especialmente presente en la propiedad inmueble en forma de múltiples limitaciones de carácter administrativo y social, que no concurren en los mercados de bienes perecederos.

Por tales motivos, **se revela necesaria la regulación del mercado inmobiliario** estableciendo mecanismos que: a) garanticen la estabilidad de las titularidades; b) eviten las asimetrías informativas; c) protejan al consumidor o contratante débil y menos informado; y d) ayuden al Estado en sus políticas públicas.

Estos mecanismos deben, además, procurar la mayor eficiencia al menor coste. Por ello, ya **después de la desamortización posterior a la Revolución Francesa, se encomienda a un servidor público, el notario, y a un instrumento, la escritura pública, la responsabilidad de garantizar la regularidad de las transmisiones y, con la suma de todas ellas, la solidez de la ca-**

dena de titularidades. Se acompaña la medida con la creación de registros de publicidad de dichas transmisiones para evitar los supuestos de doble venta y para dar a conocer los derechos no posesorios, entre otras finalidades. Nace así la protección del llamado tercero hipotecario.

El área del Derecho anglosajón, que no conoció tales leyes desamortizadoras, quedó con la antigua regla *nemo dat quod non habet*. Los registros de la propiedad anglosajones llegan más tarde y con una eficacia mucho más menguada debido a su menor fiabilidad, en buena medida como consecuencia de la falta de la titulación auténtica y del control jurídico que en el Continente aportaban los notarios.

La reciente crisis de las hipotecas *subprime* y las gravísimas dificultades que en EEUU han acompañado a la posterior ejecución de hipotecas, en muchas ocasiones imposible judicialmente por no quedar acreditada la cadena de titularidades, han demostrado palpablemente la **superioridad del Notariado latino-germánico sobre el *deed* privado anglosajón.**

En el terreno de los costes, tampoco se revela superior la libertad de forma inherente al *deed*. Se acostumbra a considerar que la obligatoriedad de la intervención notarial implica un coste que no tienen los sistemas anglosajones. Pero no es en absoluto exacto. Por las razones expuestas al inicio, dada la complejidad del comercio inmobiliario, la intervención de un profesional se hace siempre necesaria, aunque no sea obligatoria. Y, entrando ya en comparaciones, se puede observar que **la ordenación de la propiedad inmueble propia del sistema continental, controlada a través de la escritura pública o *acte authentique* publicada en el registro a lo largo de dos siglos, gracias a su fiabilidad rebaja los costes de transacción, mejora los controles públicos sobre el tráfico inmobiliario, evita las asimetrías informativas y protege al consumidor o contratante débil y menos informado.** Por otra parte, la peor sistematización del sistema anglosajón determina unos elevados costes en asesoramiento, como se desprende del Informe *Doing Business 2012, Registering property in United Kingdom*.

El seguro de títulos típico de EEUU, por su parte, se revela notablemente deficiente. Representa un coste elevado y tiene el inconveniente añadido de que no evita el coste social e individual

de la litigiosidad ni el trauma personal de perder la propiedad o el derecho a la finca adquirida.

La crisis *subprime* ha puesto también al descubierto problemas de parcialidad de los bancos y los intermediarios y asesores jurídicos en la contratación inmobiliaria y, muy especialmente, en la formalización de los préstamos hipotecarios. Parcialidad que ha redundado en títulos erróneos, cuando no falsos. Algunos registros denuncian porcentajes de hasta el 80 % de inscripciones basadas en títulos defectuosos. La consecuencia final ha sido en algunos casos la pérdida de la vivienda por sus propietarios que nunca firmaron ninguna hipoteca y, en otros que se cuentan por decenas de miles, la imposibilidad de plantear judicialmente la reclamación de los créditos hipotecarios.

Unos *flashes* nos darán una visión de lo sucedido:

NEW YORK TIMES, editorial de 15 de octubre de 2010, título *La crisis de las ejecuciones hipotecarias: "Los mayores bancos –incluyendo el Bank of America, JP Morgan-Chase y Ally Bank, cuyo propietario es GMAC– han suspendido las ejecuciones hipotecarias después de admitir que habían aportado decenas de miles de declaraciones juradas a los tribunales, atestiguando hechos en relación a préstamos impagados que no habían sido verificados por los empleados que firmaban los documentos. Si hay problemas en el establecimiento de la cadena de títulos se plantea de nuevo la cuestión del valor de las titulizaciones de hipotecas. Esto significa litigios que pueden dañar los beneficios de los bancos y, en el peor de los casos, arriesgar una nueva crisis de la economía global"*.

George BUSH, agosto 2007: *"Muchos de los prestatarios (subprime) se confundieron en los términos de sus contratos o fueron engañados por prestamistas irresponsables... la verdad es que probablemente no entendieron lo que estaban firmando"*.

El Nobel PAUL KRUGMAN escribió en *El País*, octubre 2010: *"El desastre de las hipotecas está convirtiendo en sinsentido las afirmaciones de que (los norteamericanos) tenemos un sistema eficaz de exigencia de los contratos. Las historias de terror se han multiplicado, como la del hombre de Florida al que arrebataron su casa aun cuando no tenía ninguna hipoteca... Los comentaristas conservadores como los de la página editorial del Wall Street Journal han salido diciendo que la falta de documentación adecuada es una trivialidad."*

De hecho, dicen que si un banco afirma que posee nuestra casa debemos aceptar esta palabra... A mí esto me hace pensar en la época en que los señores feudales se sentían libres para apropiarse de lo que quisieran, conscientes de que los campesinos no tenían ni voz ni voto en los Tribunales”.

Robert J. SHILLER, en su obra *The subprime solution*: “Otra posible opción automática podría consistir en la exigencia de que cada prestatario hipotecario tenga la asistencia de un profesional parecido al civil law notary. Tales notarios actúan en diversos países, aunque no en Estados Unidos. En Alemania, por ejemplo, el civil law notary es un profesional formado que lee en voz alta e interpreta el contrato y suministra consejo legal a ambas partes antes de autorizar las firmas. Este enfoque beneficia especialmente a quienes no alcanzan a obtener un consejo legal competente y objetivo. La participación de tal figura nombrada por el gobierno en el proceso del préstamo haría más difícil a los prestamistas sin escrúpulos dirigir a sus clientes hacia simpáticos abogados que no advertirían adecuadamente a sus clientes de los peligros que pudieran estar enfrentando”.

HER MAJESTY LAND REGISTRY, “Property Fraud Advice”: “... los estafadores pueden intentar adquirir el título (de propiedad) usando un contrato de transmisión falsificado o suplantando la personalidad... existe riesgo de fraude cuando una relación se rompe, cuando la propiedad está vacía o se compra para revender...”.

La regulación del mercado inmobiliario se revela, pues, imprescindible. El informalismo y la falta de control se han demostrado no sólo inoperantes, sino abiertamente nocivos, agravando las consecuencias de la crisis con la inseguridad jurídica en las llamadas cadenas de títulos y su correspondiente coste social e individual.

El notario de corte latino-germánico se revela como un instrumento especialmente apto, en su condición de funcionario o delegatario de una función pública, para ejecutar las políticas de transparencia y regulación del mercado inmobiliario. El control de legalidad, la información del consentimiento, la eliminación de asimetrías informativas, la protección del consumidor y del contratante menos habituado, forman parte de su actividad y su cumplimiento viene garantizado por un estricto régimen disciplinario. **Siendo cierto que un buen título es la base necesaria de un buen registro, el acte authentique o escritura se revela,**

por su parte, como el documento más idóneo por las garantías que incorpora y por su valor y efectos de fe pública.

Las nuevas tecnologías incorporadas al quehacer del notario y, especialmente, la transmisión telemática y segura de datos, le permiten acceder a la información y transmitirla con un notable ahorro de tiempo y costes para el usuario. El acceso telemático a los registros, al Catastro, a las Administraciones públicas (fiscales, urbanísticas, medioambientales, etc.) potencian la eficacia de la función y abren nuevos campos en los que el servicio notarial obtiene sinergias positivas.

Con la tecnología de firma electrónica para la emisión de copias auténticas de la escritura pública es posible mantener la presencia del notario para la identificación, juicio de capacidad, control de legalidad, consentimiento informado, autoría del documento, en el momento y lugar del otorgamiento, sin los cuales fallaría el sistema de seguridad jurídica preventiva, y simplificar todo lo mecánico de la transmisión y posterior operación del documento. **La escritura se produce manteniendo la presencia del notario y su control directo, y se mueve la copia electrónica.**

La circulación de la copia auténtica electrónica de la escritura pública facilita, además, el tráfico internacional permitiendo su otorgamiento y formalización a distancia sin necesidad de desplazamiento. El Proyecto europeo EUFIDES es una buena muestra de la colaboración internacional y del amplio y prometedor futuro que tiene ante sí una institución tan antigua pero a la vez tan actual y útil como es el Notariado latino-germánico.