

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXXIV • Enero-Febrero 2008 • Núm. 705

La Revista no se identifica necesariamente con
las opiniones sostenidas por sus colaboradores.

Dirección de la RCDI: Diego de León, 21.—28006 Madrid.—Tel. 91 270 17 62
revista.critica@corpme.es

© Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España
I.S.S.N.: 0210-0444
I.S.B.N.: 84-500-5636-5
Depósito legal: M. 968-1958
Marca Comunitaria N.º 3.623.857

Imprime: J. SAN JOSÉ, S. A.
Leganitos, 24
28013 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de esta revista, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Comisión ejecutiva

Don Eugenio Rodríguez Cepeda
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Juan José Pretel Serrano
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores de la
Propiedad y Mercantiles de España

Don Francisco Javier Gómez Gállico
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Juan María Díaz Fraile
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Manuel Amorós Guardiola
Académico de Número de la Real
Academia de Jurisprudencia y Legislación

Consejero-Secretario de la Revista

Don Francisco Javier Gómez Gállico
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Consejeros

Don Eugenio Rodríguez Cepeda
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Antonio Pau Pedrón
Ex Decano del CRPME
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Juan Vallet de Goytisolo
Notario

Don Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don José Antonio Nortes Triviño
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don José Luis Laso Martínez
Abogado

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

Don Ángel Rojo Fernández-Río
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Juan María Díaz Fraile
Registrador de la Propiedad y
Mercantil adscrito a la DGRN

Don Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Fernando Pedro Méndez González
Ex Decano del CRPME
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Poveda Díaz
Ex Decano del CRPME
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Aurelio Menéndez Menéndez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Manuel Amorós Guardiola
Académico de Número de la Real
Academia de Jurisprudencia y
Legislación

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Joaquín Rams Albesa
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

**Don Luis M.^a Cabello de los Cobos y
Mancha**
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Antonio Manuel Morales Moreno
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Juan Luis Iglesias Prada
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Francisco Javier Gómez Gállego
Registrador de la Propiedad y
Mercantil adscrito a la DGRN

Don Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Juan José Pretel Serrano
Director del Servicio de Estudios del
Colegio de Registradores de la
Propiedad y Mercantiles de España

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«La sucesión testada en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia», por JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO	11
«Una primera aproximación a la nueva regulación de la partición realizada por el testador en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia», por ANA DÍAZ MARTÍNEZ	119
«Funcionalidad de la sustitución ejemplar en el Derecho Sucesorio Común. Propuesta de reforma», por GUILLERMO ROMERO GARCÍA-MORA	153
«Derecho a la cultura <i>versus</i> comercio internacional de obras de arte», por ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA y CELIA A. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ	195
«Hacia un concepto clarificador de servicio. El contrato de servicios como tipo contractual general», por JUAN FRANCISCO ORTEGA DÍAZ	221

DICTÁMENES Y NOTAS

«Naturaleza y efectos de las copias de escrituras públicas, tanto en soporte papel como electrónico, y de las certificaciones registrales. Consecuencias del traslado a formato papel de documentos electrónicos», por JOSÉ MANUEL DIE LAMANA	271
---	-----

DERECHO COMPARADO

«La oficina registral, la figura del Registrador y los puntos principales del Registro de la Propiedad de Brasil, según los lineamientos de la <i>Declaración de Lima</i> », por EDUARDO PACHECO RIBEIRO DE SOUZA	327
---	-----

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resoluciones publicadas en el *BOE*, por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ... 353

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— La transexualidad y el cambio de la mención de sexo y de nombre, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE. 367

1.2. Derecho de familia:

— Premoriencia del marido. Fecundación asistida y filiación paterna matrimonial, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 376

— Crisis conyugales: limitaciones de uso de la vivienda familiar, por JUAN MANUEL MURILLAS ESCUDERO 379

1.3. Derechos reales:

— El control registral de las cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 397

1.4. Sucesiones:

— El testamento ológrafo. Exigencias de carácter formal. La importancia del medio utilizado como soporte material del testamento ológrafo y su relación con la intención de testar, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL 411

1.5. Obligaciones y contratos:

— La causa como razón de ser del contrato se identifica con el propósito último y coincidente que conduce a las partes a su celebración, por ISABEL MORATILLA GALÁN 415

— La regulación de la aparcería en la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos y su modificación por Ley 26/2005, de 30 de noviembre, por ROSANA PÉREZ GURREA 422

1.6. Responsabilidad civil:

- Notas sobre la responsabilidad en torno a las donaciones de órganos cuando el donante es un menor, por JUANA RUIZ JIMÉNEZ y LOURDES TEJEDOR MUÑOZ ... 427

2. MERCANTIL

- La corrección doctrinal sobre la no obligatoriedad del depósito del informe del auditor de cuentas abreviadas nombrado con carácter voluntario, por FRANCISCO REDONDO TRIGO 441

3. URBANISMO

- La anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo entablado contra el acto administrativo de inadmisión a trámite de la solicitud de revisión de oficio de una licencia por los trámites del artículo 102 de la Ley 30/1992, por F. JAVIER PÉREZ-BATALLÓN ORDÓÑEZ 450

ACTUALIDAD JURÍDICA

- Información legislativa y de actividades 465

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

- «La contratación bancaria», de VARIOS AUTORES, por DAVID-ALEJANDRO RODRÍGUEZ SÁNCHEZ 491

- REVISTA DE REVISTAS** 497

ESTUDIOS

La sucesión testada en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia (1)

por

JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de A Coruña

SUMARIO

PRELIMINAR. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL OBJETO DE ESTUDIO.

- I. DISPOSICIONES GENERALES RELATIVAS A LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE.
- II. LA SUCESIÓN TESTADA EN LA LDCG/2006:
 1. EL IDIOMA DE REDACCIÓN DEL TESTAMENTO NOTARIAL.
 2. LA REGULACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE LOS TESTIGOS INSTRUMENTALES:
 - A) *Precisiones previas. La adecuación constitucional de la norma de acuerdo con la doctrina del TC.*
 - B) *Supuestos en los que la presencia de testigos instrumentales es preceptiva.*
 - C) *Los requisitos de capacidad de los testigos instrumentales.*
 - D) *El número de los testigos instrumentales.*

(1) Los contenidos esenciales de este estudio se corresponden con los de la Ponencia impartida por el autor en la Jornada «*Sucesiones y contrato vitalicio en la nueva Ley de Derecho Civil de Galicia*», organizada por «Enfoque XXI» en los Ilustres Colegios de Abogados de A Coruña y Vigo (A Coruña y Vigo, 20 y 21 de julio de 2006), con el título «*Sucesión testada y pactos sucesorios en la nueva Ley de Derecho Civil de Galicia*»; así como en la impartida los días 26 de octubre, 9, 16 y 30 de noviembre y 14 de diciembre de 2006 y 18 de enero de 2007 en las «*Xornadas sobre a Lei de Dereito civil de Galicia*», organizadas por el «*Consello da Avogacía Galega*» en los Ilustres Colegios de Abogados de Ourense, Lugo, Ferrol, Pontevedra, Vigo y A Coruña, los días señalados, esta vez con el título «*Los pactos sucesorios y usufructo del cónyuge viudo en Ley de Derecho Civil de Galicia de 2006*».

3. EL TESTAMENTO ABIERTO ORDINARIO (NOTARIAL):
 - A) *El testamento individual y el mancomunado como subtipos de testamentos abiertos notariales o nuncupativos.*
 - B) *El testamento mancomunado:*
 - a) Preliminares: La prohibición de testar mancomunadamente en el Código Civil.
 - b) Concepto.
 - c) Requisitos que han de reunir los otorgantes.
 - d) Modificación y revocación:
 - i) Revocación mancomunada o conjunta.
 - ii) Revocación unilateral:
 - 1.º) *Revocación unilateral en vida de ambos testadores:*
 - a) Requisitos.
 - b) Forma, contenido y plazo de la notificación de la revocación.
 - c) Efectos de la notificación de la revocación y de su ausencia.
 - 2.º) *Revocación unilateral tras el fallecimiento o tras el advenimiento de la incapacidad para testar de uno de los testadores:*
 - e) Disposición por actos *inter vivos* de bienes a los que afecten las cláusulas recíprocamente condicionadas.
 - f) Derecho a la copia del testamento mancomunado.
4. LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD TESTATORIA (EL LLAMADO «TESTAMENTO POR COMISARIO»):
 - A) *Consideraciones preliminares sobre el contenido de los artículos 196 a 202 de la LDCG/2006.*
 - B) *La delegación al cónyuge viudo de la facultad de mejorar en la LDCG/1995.*
 - C) *La atribución de la facultad testatoria al cónyuge supérstite en la LDCG/2006:*
 - a) Concepto de testamento por comisario.
 - b) Designación y revocación:
 - i) Forma de la designación.
 - ii) Pérdida de eficacia y revocación de la designación realizada.
 - c) Condiciones subjetivas del comisario.
 - d) Ejercicio de la facultad «testatoria» atribuida al cónyuge supérstite:
 - i) Carácter personalísimo de la facultad atribuida.
 - ii) Contenido objetivo de la facultad testatoria:
 - 1.º) *Elenco de facultades ínsitas en la denominada facultad testatoria:*
 - a) Facultad de designación de heredero o legatario del atribuyente.
 - b) Facultad de administración de los bienes del causante.

- 2.º) *Bienes sobre los que puede ejercitarse.*
- 3.º) *Ámbito subjetivo de ejercicio del poder testatorio.*
- 4.º) *Momento de ejercicio de la facultad testatoria atribuida al comisario.*
- 5.º) *Modo de ejercicio de la facultad testatoria.*

D) *Tributación en el impuesto de sucesiones de los bienes hereditarios que son objeto de la facultad testatoria.*

III. LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS ESPECIALES:

1. NULIDAD DE LA DISPOSICIÓN A FAVOR DE PERSONA INCIERTA.
2. PÉRDIDA DE EFICACIA SOBREVENIDA DE LA DISPOSICIÓN A FAVOR DEL CÓNYUGE EN LOS CASOS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL.
3. LA DISPOSICIÓN A FAVOR DE QUIEN CUIDE AL TESTADOR Y LA HECHA BAJO ESTA CONDICIÓN:
 - A) *La disposición a favor de quien cuida al testador.*
 - B) *La disposición bajo condición de cuidar y asistir al testador.*
4. LA DISPOSICIÓN DE UN BIEN GANANCIAL.

PRELIMINAR. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL OBJETO DE ESTUDIO

Bajo la rúbrica genérica «*De la sucesión testada*», la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia (en adelante, LDCG/1995) (2) dedicaba las cuatro secciones que integraban el Capítulo III de su Título VIII («*Sucesiones*») a la regulación de determinados aspectos del régimen jurídico de los testamentos abiertos notariales (art. 136), del testamento mancomunado (arts. 137 a 140), del que llamaba «*testamento por comisario*» (arts. 141 a 143) y a determinadas cuestiones en materia de «*mejoras testamentarias y legados*» (arts. 144 y 145, el primero de los cuales se limitaba a prever expresamente la posibilidad de que por vía de legado pueda constituirse el usufructo viudal universal, así como cualquier clase de mejora, al tiempo que aclaraba el contenido de la mejora de tercio y quinto; mientras que en el segundo, únicamente se contenía una remisión a las normas de interpretación e integración que se contienen en el artículo 133 de la propia LDCG/1995, que se declaraban expresamente aplicables a las instituciones propias de la sucesión testada).

La vigente *Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia*, aprobada por unanimidad en el Pleno del Parlamento de Galicia en su reunión de 6 de junio de 2006 (en adelante LDCG/2006) (3), cuando se había superado con creces el plazo que para su revisión contemplaba la DA 2.ª de la

(2) DOG, núm. 107, de 6 de junio de 1995; *BOE*, núm. 152, de 27 de junio de 1995.

(3) BOPG, núm. 159, de 12 de junio de 2006, págs. 14534 a 14616; DOG, núm. 124, de 29 de junio de 2006; *corr. errores*, DOG, núm. 189, de 29 de septiembre de 2006; *BOE*, núm. 191, de 11 de agosto de 2006.

LDCG/1995, dedica a la regulación de la sucesión por causa de muerte su Título X, que lleva precisamente esta rúbrica. Este Título X, el último de los que componen el texto normativo que nos ocupa, está a su vez integrado por siete capítulos, de los cuales el primero contiene las denominadas disposiciones generales en materia de sucesión por causa de muerte, el segundo las disposiciones relativas a los testamentos, el tercero a los pactos sucesorios, y el cuarto a la regulación del usufructo del cónyuge viudo. Son estos los Capítulos del Título X de la LDCG/2006 que van a ser objeto de exposición y análisis (en el presente estudio y en el que, bajo el título «Los pactos sucesorios en la LDCG/2006», será objeto de publicación en el siguiente número de esta *Revista*).

El texto articulado de la nueva LDCG es fruto, en sus líneas generales, del que, a modo de documento inicial de trabajo para la posible actualización de la LDCG/1995 fue elevado, el día 28 de julio de 2001, al entonces *Conselleiro de Xustiza, Interior e Relacións Laborais* por una comisión gubernativa que, como órgano consultivo de la *Xunta de Galicia*, bajo la denominación de «*Comisión Superior para o estudo do desenvolvemento do Dereito civil de Galicia*» se creó en el año 1984, debiendo su composición y regulación actual al Decreto 107/1999, de 8 de abril (DOG, núm. 84, de 4 de mayo de 1999), modificado por el Decreto 182/1999, de 17 de junio (en algunos momentos de esta exposición y por evidentes razones de fluidez expositiva aludo a la misma como órgano «*prelegislativo*») (4). Los días 27, 28 y 29 de noviembre de 2002, promovido por la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación y los Ilustres Colegios de Abogados de Galicia, se celebró en A Coruña el «III Congreso de Derecho Gallego», en el seno de cuya Ponencia VI se discutió precisamente sobre la materia atinente a la nueva regulación de las sucesiones en el Derecho Civil propio de Galicia, tomando en buena medida como referente el mencionado documento inicial de trabajo (5). También aquel documento constituye el contenido esencial de la Proposición de Ley que, bajo la denominación de «Ponencia conjunta sobre la reforma de la Ley de Derecho Civil de Galicia», presentaron ante la Mesa del Parlamento de Galicia los Grupos Parlamentarios del «PPdeG» y del «BNG» el día 25 de abril de 2005, justo el día en que se disolvió la Cámara y se da por concluida la VI Legislatura, convocándose elecciones

(4) La existencia de este tipo de órganos en materia de Derecho Privado no es exclusiva de Galicia, así en Cataluña, el Decreto 190/2000, de 29 de mayo, del *Departament de Justícia*, ha creado el llamado *Observatorio de Derecho Privado de Cataluña* (DOGC, núm. 3.156, de 7 de junio de 2000), en cuyo seno se constituye la *Comisión de Codificación* (arts. 8 a 16).

(5) El texto de la Ponencia presentada en esta materia, así como las comunicaciones presentadas y las actas de las sesiones y las conclusiones se encuentran publicadas en *Foro Galego. Revista Jurídica*, núms. 191-192 (III Congreso de Derecho Gallego), 2003, págs. 355 a 457.

al Parlamento de Galicia. El Grupo Parlamentario del «PSdeG», con el que se había consensuado también la denominada «Ponencia conjunta», decidió retirar la proposición, invocando para ello la inoportunidad política del momento en que era presentada. Celebradas las elecciones y con una nueva mayoría parlamentaria, ya en el seno de la VII Legislatura, se presentó, ahora ya con el consenso de los tres grupos parlamentarios aquella misma iniciativa legislativa, admitida a trámite por la Mesa del Parlamento en fecha 20 de diciembre de 2005 (6), que, tras una rápida y poco enriquecedora tramitación parlamentaria, acabó aprobándose como la referida Ley 2/2006, de 14 de junio.

I. DISPOSICIONES GENERALES RELATIVAS A LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE

El Capítulo I del Título X de la LDCG/2006, que lleva por rúbrica «*Disposiciones generales*», está integrado por dos artículos, el primero de los cuales (art. 181) se limita a enunciar los títulos en virtud de los que se defiere la herencia en Galicia y en el que encontramos la gran diferencia respecto al sistema de delación de herencia en el Derecho Civil Territorial Común. En efecto, frente al correlativo artículo 658 del Código Civil, el artículo 181 de la LDCG/2006 establece que, además de por testamento y por virtud de las disposiciones legales, la sucesión se defiere, en todo o en parte, por «*cualquiera de los pactos sucesorios admisibles conforme a Derecho*». El Derecho de Sucesiones propio de Galicia admite así una forma de delación de la herencia adecuada para articular uno de sus principios informadores, cual es el constituido por el mantenimiento indiviso de la explotación familiar en la sucesión hereditaria, posibilitando su continuidad en vida del actual titular, de manera cónsone con la mayor parte de los Derechos Civiles Territoriales y asumiendo así el contenido de la Recomendación de la Comisión 94/1069/CE, de 7 de diciembre, sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas, en la que se explicita la necesidad de que los legisladores nacionales habiliten el tracto sucesorio paccionado de éstas. El declive de la interdicción de la sucesión paccionada puede apreciarse también en el Ordenamiento jurídico francés, en el que la reforma del *Code civil*, llevada a cabo en virtud de la *Loi núm. 2006-728, du 23 juin, portant réforme des successions et des libéralités* (7), si bien no supone el acogimiento de la sucesión paccionada, los nuevos artículos 929 y 930 del *Code* permiten los pactos sucesorios, en cuanto dan viabilidad a la posibilidad de renunciar anticipada-

(6) BOPG, núm. 63, de 21 de diciembre de 2005.

(7) J.O., de 24 de junio de 2006.

mente y con el consentimiento del causante al ejercicio de la acción de reducción de liberalidades que pudieran atentar a las legítimas.

Es conocido que el Código Civil español acogió el principio prohibitivo —o abolicionista— no sólo de la sucesión contractual sino también de los pactos sucesorios en general, heredero del Derecho romano (8) y reflejado no sólo en sus artículos 658 y, fundamentalmente, 1271.2, sino también en otros preceptos, como son los casos de los artículos 816 —que prohíbe la renuncia o transacción sobre la legítima futura—; art. 991 —que prohíbe aceptar o repudiar la herencia sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar— y art. 1.674 —que impide comprender en la sociedad universal los bienes que los socios adquieran con posterioridad al contrato, por herencia, legado o donación—. Este principio codicial contrasta con la realidad de los Derechos Civiles especiales por razón del territorio que, casi en su totalidad, contemplan esta forma de deferir la herencia a través de la previsión de diferentes pactos sucesorios orientados a la conservación de los patrimonios familiares o del *fundus instructus* e incardinados básicamente en el Derecho de Familia (9); de ahí que se califique de criterio permisivo parcial el adoptado por los Derechos forales —así, por ejemplo, no sorprende que en el art. 7 del CSCM de Cataluña se establezca la regla de prohibición de los pactos sucesorios, pese a que regula ampliamente los denominados pactos de institución de heredero—, frente al totalmente permisivo característico de los Derechos germánicos. Con todo, en el propio Código Civil nos encontramos con algunos supuestos de pactos sucesorios válidos, como son los significativos ejemplos representados por las promesas de mejorar o de no mejorar y las mejoras *inter vivos* (arts. 826 y 827 del CC) (10), así como la donación de bienes futuros para el caso de muerte (art. 1341.2 del CC).

El segundo de los preceptos que integran el contenido del Capítulo I del Título X de la LDCG/2006, contiene también importantes novedades respecto del Derecho Civil aplicable en Galicia hasta la entrada en vigor de

(8) Sobre la razón y la finalidad de la prohibición de la sucesión contractual en el Código Civil español, puede verse CERDÁ GIMENO, J., «De la codificación civil y la prohibición de la sucesión contractual», en *Actualidad Civil*, núm. 11, primera quincena de junio de 2006.

(9) Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La conservación del *fundus instructus* como explotación familiar, tema básico de los Derechos Civiles Forales o especiales españoles», en *AAMN*, T. XVI, 1968, pág. 595 y sigs.; ÁLVAREZ LATA, N., «La sucesión contractual», en *GEC. Derecho de Sucesiones*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2000.

(10) Los artículos 826 y 827 del Código Civil reconocen validez a dos tipos de pactos sucesorios que tienen en común que su objeto está constituido por la mejora. El artículo 826 del Código Civil señala que «*la promesa de mejorar o no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, será válida*», y el artículo 827 del Código Civil prescribe que «*la mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero*».

la LDCG/2006, constituido en esta materia por el Derecho Civil Territorial Común. En efecto, el artículo 182 de la LDCG/2006, prescribe que «en las sucesiones regidas por la presente Ley no habrá lugar a reversión legal ni a obligación de reservar». Por lo tanto, en las sucesiones regidas por la LDCG/2006 —las causadas o abiertas tras su entrada en vigor (ex DT 2.^a-2 LDCG/2006) por persona que tenga la vecindad civil gallega en el momento de su fallecimiento (ex arts. 9.8 y 14 del CC y 4 de la LDCG/2006)—. En consecuencia, no resultan de aplicación a estas sucesiones ni la reversión legal de donaciones que contempla el artículo 812 del Código Civil (11), ni tampoco las normas reguladoras de las reservas viudal —binupcial o clásica— y lineal o troncal (arts. 968 a 980 y 811, respectivamente) (11 bis). La norma de supresión de las reservas y del derecho de reversión legal de las donaciones parece extender su ámbito de aplicación no sólo a las herencias deferidas en virtud de testamento —que es, en esencia, el ámbito de regulación de la Ley gallega—, sino también a las herencias deferidas *abintestato*, respecto de las cuales, en el ámbito del Derecho Civil territorial común, el art. 942 del Código Civil extiende expresamente la aplicación de las normas relativas a la reserva troncal y al derecho de reversión legal de las donaciones.

La supresión de la aplicación en Galicia del derecho de reversión legal de las donaciones que supone el derecho de reversión o retorno que tienen los ascendientes respecto de las cosas donadas a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad viene a solventar el problema que se había suscitado en relación con el derecho de reversión de lo atribuido en virtud del pacto de apartación en el caso de premoriencia del descendiente apartado. Tras la entrada en vigor de la Ley 2/2006, no cabe siquiera suscitar la posibilidad de reversión de los bienes objeto de la apartación al patrimonio del apartante, sino que seguirán el destino propio de la herencia del apartado premuerto.

(11) La aplicación del artículo 812 del Código Civil en Galicia bajo el imperio de la LDCG de 1995 no podía ser discutida. Afirma expresamente su aplicación, v.gr., GARCÍA RUBIO, M.^a P., «El apartamiento sucesorio en el Derecho Civil gallego», en *ADC*, T. LIII-IV, octubre/diciembre de 2000, págs. 1468 y 1469.

(11 bis) En el debate parlamentario sobre el Dictamen de la Comisión, el Portavoz del «Grupo Parlamentario PP de Galicia» justificó la supresión de las reservas exclusivamente en su carácter anacrónico [DSPG, VII Legislatura, núm. 43, 6 de junio de 2006, pág. 23].

II. LA SUCESIÓN TESTADA EN LA LDCG/2006

1. EL IDIOMA DE REDACCIÓN DEL TESTAMENTO NOTARIAL

El artículo 183.2 de la LDCG/2006, precisa que «*el testamento se redactará en la lengua oficial en Galicia que el otorgante escoja*». Dada la ubicación sistemática de la norma transcrita podría pensarse que se trata de una previsión aplicable únicamente al testamento abierto ordinario, pues se incluye en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título X de la LDCG/2006 que lleva por rúbrica, precisamente, «*Del testamento abierto ordinario*». Sin embargo, esta interpretación que resultaría, con naturalidad de la mera y simple utilización del canon hermeneutico sistemático debe ser, por simplista y por no adecuarse a la legislación general en esta materia, desechada. En efecto, el precepto no viene sino, al menos en parte, a dar cumplimiento al mandato contenido en el artículo 5.3 del EAG, regulando el idioma del testamento, debiendo extenderse la posibilidad de redactarlo en cualquiera de las lenguas oficiales en Galicia a todo tipo de testamento, tanto si se trata de testamentos ológrafos o cerrados, como de testamentos abiertos ordinarios o especiales. Acaso hubiese sido conveniente prever la posibilidad de la presencia de un intérprete en el caso de que se trate de testamento notarial abierto y el notario desconozca la lengua del testador, pues lo contrario viene a suponer indirectamente la imposición a los notarios que ejercen su actividad profesional en Galicia el conocimiento de los dos idiomas cooficiales en esta Comunidad Autónoma.

No puede olvidarse, sin embargo, que las previsiones del artículo 684 del Código Civil —acerca de la presencia del intérprete y de la necesidad de que el testamento se escriba en las dos lenguas con expresión de cuál ha sido la utilizada por el testador— son aplicables a estos casos y ello porque se parte de la no obligatoriedad del notario de conocer la lengua cooficial en la demarcación territorial en la que ejerce su función; pero también lo es que los otorgantes de un documento público notarial tienen derecho a escoger expresamente la lengua oficial en que desean sea otorgado éste (considero que el establecimiento constitucional de la cooficialidad de las lenguas propias en los territorios de las Comunidades Autónomas que cuentan con ella ha provocado una derogación sobrevenida de los artículos 25 de la Ley del Notariado y 149 del RNot.). Así lo han recogido expresamente las legislaciones civiles de Navarra (Ley 192 de la CDCFN), País Vasco (art. 15 de la LDCFPV), Aragón (art. 97 de la LSCMA, en el que se prevé expresamente que tanto los testamentos abiertos, como los cerrados y los ológrafos pueden redactarse en cualquiera de las lenguas o modalidades lingüísticas de Aragón) y Cataluña. El legislador catalán, en el artículo 109 del CSCM (Ley 40/1991, de 30 de diciembre), ha previsto expresamente la libre opción del

otorgante de la lengua cooficial en Cataluña en la que haya de redactarse el testamento notarial, así como la posibilidad de que el testamento ológrafo se otorgue en la «*lengua propia del testador*», aunque se trate de un idioma extranjero. La STC 74/1989, de 24 de abril, que resuelve un conflicto de competencia planteado por el Gobierno del Estado, ha declarado la competencia de las CCAA —en el caso se trataba de la *Generalitat de Catalunya*— para regular, al amparo de la competencia estatutaria sobre normalización lingüística, el uso de las lenguas oficiales en los instrumentos públicos, sin que con ello se infrinja la reserva en exclusiva al legislador estatal de la competencia sobre ordenación de los registros e instrumentos públicos que contempla el inciso final de la regla 8.^a del artículo 149.1 de la CE. Pues bien, el legislador catalán que en el artículo 14 de la Ley 1/1998, de 7 de enero, *de política lingüística*, había modificado algunos aspectos de la regulación del uso de las dos lenguas oficiales en Cataluña en los documentos públicos —hasta entonces contenida en el art. 10 de la Ley 7/1983, de 18 de abril, *de normalización lingüística de Cataluña* y en el Decreto 125/1984, de 17 de abril, *por el que se regula el uso de la lengua catalana en las escrituras públicas*— ha regulado esta materia mediante el Decreto 204/1998, de 30 de julio, *sobre el uso de la lengua catalana en los documentos notariales* (DOGC, núm. 2697, de 6 de agosto de 1998), en el que, entre otras previsiones, establece la obligación del notario autorizante de preguntar al otorgante sobre la lengua en la que desea otorgar el documento notarial de que se trate y, en caso de no mostrar preferencia alguna, la lengua catalana como idioma en el que habrá de redactarse, reglas sobre la prevalencia de la interpretación que se derive de una u otra escritura en el caso de que haya sido redactada en ambas, así como la obligatoriedad para los notarios de librar copias en otra lengua distinta de la que figure en la matriz. Acaso el ejemplo catalán pudiera resultar ilustrativo para el legislador gallego y a esto se debe la referencia que acabo de hacer, superando la estrechez del ámbito de la norma de que estas reflexiones traen causa.

2. LA REGULACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE LOS TESTIGOS INSTRUMENTALES

A) *Precisiones previas. La adecuación constitucional de la norma de acuerdo con la doctrina del TC*

La primera precisión que ha de realizarse respecto del contenido de los artículos 183.1, 184 y 185 de la LDCG/2006 (similar a la que resultaba pertinente en relación con el párr. 2.º del art. 136 de la LDCG/1995) es que en los mismos se contiene una regulación específica de la intervención de los llamados testigos instrumentales en el otorgamiento de los testamentos abier-

tos notariales en Galicia, de manera que las normas que han de regir la presencia e intervención de los testigos de conocimiento —cuyo cometido es la identificación de los testadores (ex arts. 685 del CC y 184 del RN)— son las previstas en el Código Civil (arts. 685 y 698.1.º, para el caso del testamento abierto notarial). La segunda consideración que suscita el contenido de estos preceptos es la atinente a la propia adecuación constitucional del mismo desde la perspectiva del reparto constitucional de competencias legislativas entre el Estado y las CCAA que se deriva en esta materia de lo prevenido en el artículo 149.1.8.ª de la CE y, en concreto, de la reserva en exclusiva al Estado, que en este precepto se hace, de la competencia legislativa sobre «*la ordenación de los instrumentos públicos*». Este juicio de constitucionalidad ha de realizarse, como no puede ser de otra manera, a la luz de la doctrina del TC. Pues bien, el TC tuvo ocasión de pronunciarse sobre un supuesto similar en su conocida Sentencia 156/1993, de 6 de mayo, que constituye, junto con la precedente 88/1993, de 12 de marzo, las dos sentencias más relevantes en la interpretación de aquel precepto constitucional. La STC 156/1993, de 6 de mayo, resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno contra el TR de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares (DLeg. 79/1990, de 6 de septiembre), en el que se daba nueva redacción al párrafo 1.º de su artículo 2 y al artículo 52, que es el que en este momento nos interesa, en tanto que en él se regulaba la presencia de testigos en los testamentos otorgados ante Notario. El TC sancionó la adecuación constitucional de este último precepto. A juicio del TC, no es aceptable un entendimiento tan lato de la competencia exclusiva del Estado sobre ordenación de los instrumentos públicos que venga a impedir toda ordenación autonómica sobre actos o negocios jurídicos con el solo argumento de que puedan o deban formalizarse mediante instrumento de aquella naturaleza. Realizada esta advertencia previa de carácter general, el TC entra en el fondo del asunto afirmando que la regulación de la intervención de los testigos en los testamentos notariales forma parte de la legislación civil testamentaria y no de la legislación notarial. Esta localización sistemática de la regulación de esta materia ha de tenerse especialmente en cuenta a la hora de identificar el ámbito de la categoría jurídica a que hace referencia el artículo 149.1.8.ª de la CE (*ordenación de los instrumentos públicos*). En este sentido resulta relevante, a juicio del TC, que el párrafo 2.º del artículo 143 del RNot remita a la *legislación civil* para todo lo relativo a la forma, requisitos o solemnidades de los testamentos y de los actos de última voluntad, siendo meramente supletoria la legislación notarial en estos ámbitos. Por su parte, el artículo 180 del RN determina que la regla general sea la no exigencia de testigos instrumentales en la autorización de las escrituras públicas, salvo en las excepciones previstas en la misma norma, entre las que se incluye (párr. 1.º) el caso de los testamentos, *que se regirán por lo establecido en la legislación*

civil. Esta integración de la regulación de la intervención de testigos en el otorgamiento de los testamentos notariales en la legislación civil resulta corroborada por el parecer doctrinal generalizado asentado en la consideración de que su intervención constituye una solemnidad o formalidad propia del testamento, sin que estos testigos instrumentales realicen función *notarial* alguna. El hecho de que la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, haya modificado el artículo 697 del Código Civil, en el sentido de no imponer la presencia de testigos instrumentales en el otorgamiento de los testamentos notariales, es significativo de que la presencia testifical en el acto de testar ante Notario es sólo un requisito de ciertos testamentos y no un requisito o condición que imponga una formalidad inherente a la incorporación del testamento a un instrumento público. Sin perjuicio de que no todos y cada uno de los contenidos de la legislación notarial hayan de considerarse incluidos en la reserva competencial del Estado, el TC concluye que en la tradición jurídica española y en el Derecho vigente la regulación de la presencia de testigos en el acto de otorgar testamento notarial no forma parte de la legislación notarial y, por lo tanto, su regulación no es ordenación de los instrumentos públicos.

Como segundo argumento en que se apoyaba el recurso de inconstitucionalidad sobre el precitado artículo 52 reformado de la Compilación balear, se cuestionaba si la competencia de *desarrollo* del Derecho Civil propio daba cobertura jurídica a la regulación en él realizada. Partiendo del dato cierto de que la Compilación balear, en el momento de entrada en vigor de la CE, no contenía regulación alguna acerca de la intervención de testigos en los testamentos notariales [y en esto el supuesto resuelto por el TC también es similar al gallego que nos preocupa en estos momentos, pues sabido es que la Compilación de 1963 no contenía norma alguna sobre tipos ni formalidades testamentarias, si bien regulaba alguna institución propia de la sucesión testamentaria: el derecho de labrar y poseer (arts. 84 a 87)], el TC precisa, frente al parecer del Abogado del Estado, que las competencias autonómicas para *desarrollar* el propio Derecho Civil pueden dar lugar a su actualización y a su crecimiento orgánico y, en concreto, a la regulación de materias que, aun ausentes del texto originario de las Compilaciones, guarden una relación de conexión suficiente con institutos que ya contasen con una disciplina propia en aquéllas o en otras normas integrantes del Derecho propio de la CA de que se trate. Así, la existencia de regulación sobre determinados aspectos de la sucesión testada en el Derecho balear constituye, a juicio del TC, una materia sobre la que asentar la conexión necesaria y suficiente de la regulación de la presencia de testigos en el otorgamiento de los testamentos notariales.

La argumentación de esta STC ha sido objeto de fundadas críticas realizadas por BERCOVITZ y por MARÍN LÓPEZ. Estos autores ponen de manifiesto que no es cierta la distinción que hace el TC entre *legislación notarial* y *civil*,

y ello porque se olvida de que la legislación notarial es también civil en lo que se refiere a la ordenación de los instrumentos públicos (12). Si se siguiese la argumentación del TC habría que considerar que la competencia exclusiva del Estado sobre la ordenación de los instrumentos públicos lo es con la excepción de que ésta se corresponda con la legislación civil, lo que no concuerda con la excepción absoluta que introduce el segundo inciso del artículo 149.1.8.^a de la CE. Por otra parte, la concurrencia de testigos en el otorgamiento de testamentos notariales —que son instrumentos públicos— cumple tradicionalmente una función de garantía que se persigue con el establecimiento de la forma notarial esencial. Constituye un requisito de forma esencial sin el cual el testamento notarial, como instrumento público, es nulo. No es cierto, a su juicio, que la formalidad sea propia del testamento y no de su otorgamiento notarial, pues aunque esta es una distinción que se puede hacer en los negocios jurídicos para los que se exigen requisitos de forma esenciales, para desmentirla en este caso basta con traer a colación la posibilidad de los testamentos ológrafos, cuyo otorgamiento no requiere la presencia de testigo alguno. Por otra parte, la Disposición Derogatoria de la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, deroga el artículo 2 de la Ley de 1 de abril de 1939, *sobre intervención de testigos en la autorización de las escrituras públicas* [BOE, núm. 97, de 7 de abril], que es una Ley típicamente notarial, como resulta tanto de su Exposición de Motivos como de su articulado, ocupándose expresamente de la regulación de la intervención de los testigos en los testamentos, concretamente en el precitado artículo 2 derogado en 1991. Por último, el artículo 1.216 del Código Civil, al definir los documentos públicos como *los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley*, lo hace sin realizar excepción alguna, de manera que queda incluida, en su caso, la solemnidad de los testigos.

B) *Supuestos en los que la presencia de testigos instrumentales es preceptiva*

La regulación de la presencia de testigos instrumentales, con independencia de que puedan serlo también de conocimiento —de acuerdo, en este caso, con la normación del CC—, en el otorgamiento de testamentos abiertos notariales contenida en los artículos 183.1, 184 y 185 de la LDCG/2006

(12) Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos Civiles, Forales o Especiales», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 1, 1993, págs. 79 y sigs.; MARÍN LÓPEZ, J. J., «La ordenación de los registros e instrumentos públicos como título competencial del Estado», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 2, 1994, págs. 184 y sigs.

es similar a la que, tras la reforma de la que han sido objeto los artículos 697 a 699 del Código Civil por la Ley 30/1991 que ha supuesto la flexibilización de este requisito (13), se contiene en el primero estos preceptos. De acuerdo con las previsiones de la LDCG/2006, la regla general es que el acto de otorgamiento del testamento abierto ordinario —sea este individual o mancomunado— no requiere la presencia de testigos instrumentales (art. 183.1, inciso final), que sólo será necesaria en el otorgamiento de este tipo de testamentos en los siguientes casos (contemplados en términos prácticamente idénticos en las dos letras que integraban el párrafo 2.º del art. 136 de la LDCG/1995):

- a) *Cuando lo solicite el testador o el notario.*—La previsión es idéntica a la que se contempla en el número 3.º del artículo 697 del Código Civil, respecto del que la previsión de la Ley gallega nada cambia ni aporta. Únicamente procede recordar que la solicitud de presencia es plenamente voluntaria, pero una vez que se formula es obligatoria para el no solicitante, de manera que si es el notario el que solicita la presencia de testigos instrumentales en el caso de que el testador se niegue a su presencia, el notario puede negarse a su vez a autorizar el testamento. Los testigos propuestos habrán de reunir los requisitos de idoneidad previstos con carácter general en el artículo 185 de la LDCG/2006, de los que más adelante nos ocuparemos, produciéndose, en caso de no concurrir, las mismas consecuencias previstas con carácter general.
- b) *Cuando el testador sea ciego.*—Interpretando el mismo supuesto en el Derecho Civil Territorial Común, la jurisprudencia ha considerado que han de asimilarse al supuesto de ceguera total aquellos casos en los que exista una lesión o defecto visual de tal magnitud que impida al testador la lectura y estampar su firma en el documento en condiciones de las que se deriven que no pueden plantearse dudas acerca de su autenticidad (STS de 12 de abril de 1973 [RJ 1973/2284]).
- c) *Cuando el testador sea un demente en intervalo lúcido.*—La previsión incluye tanto al testador que ha sido incapacitado —judicialmente— como al que es incapaz natural (14). Esta interpretación resulta acorde con la exigencia de que el testador se halle en su *cabal juicio* en orden a reunir los requisitos de capacidad para disponer de sus bienes *mortis causa*, de acuerdo con la previsión contenida en el artículo 663 del Código Civil. La apreciación de esta circunstan-

(13) Sobre la misma, vid. ALBALADEJO, M., «Los cambios introducidos en el artículo 665 por la Ley de Modificación del Código Civil en materia de testamentos», en *RDP*, 1992, pág. 615 y sigs.

(14) MARTÍNEZ GARCÍA, M. Á., «El testamento abierto notarial», *op. cit.*, pág. 120.

cia que la jurisprudencia considera que se reúne cuando el testador presenta *un horizonte mental corriente* (entre otras, SSTS de 25 de septiembre de 1959 [RJ 1959/1924] y de 27 de noviembre de 1995 [RJ 1995/8717]) ha de referirse al momento temporal en que se otorga el testamento (STS de 18 de marzo de 1988 [RJ 1988/10355]). En el caso de que se trate de un testador incapacitado, aunque en la sentencia de incapacitación se le prive expresamente de la capacidad para testar, podrá otorgar testamento notarial abierto con los requisitos especiales que el Código Civil exige para los testamentos notariales abiertos en intervalo lúcido, mientras que para testar en alguna de las otras formas sí habrá de estarse a lo que en la aquella sentencia expresamente se disponga. Esta interpretación, aunque cuenta con detractores en la doctrina, ha sido acogida por la STS de 20 de mayo de 1994 [RJ 1994/3723] y, entre los autores, cada vez son más sus valedores (15). De acuerdo con esta tesis, la previsión expresa contenida en la sentencia de incapacitación en la que se prevea la falta de capacidad para testar habrá de ser interpretada e integrada con las previsiones normativas contenidas, entre otros, en el artículo 662 del Código Civil, en el que se consagra la regla general de la capacidad para testar de toda persona a la que la ley y no se lo prohíba expresamente —y la prohibición expresa sólo recae sobre los menores de catorce años y sobre los que no se hallen en su cabal juicio (art. 663 CC)— y en el artículo 665 del Código Civil en relación con los requisitos especiales del testamento otorgado en intervalos lúcidos. En todo caso, cuando se trate de un testador en intervalo lúcido, habrán de concurrir conjuntamente al acto de otorgamiento del testamento los testigos instrumentales —en su caso los de conocimiento, que podrán coincidir con aquéllos— y los dos facultativos designados por el notario que hayan procedido al reconocimiento del testador incapacitado (art. 698 del CC). Pero, en el caso del testamento en intervalo lúcido, ha de tenerse en cuenta que tampoco la apreciación de capacidad que realiza el propio notario (ex arts. 685 y 696 del CC), de acuerdo con los dictámenes técnicos de los profe-

(15) Entre estos, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, T. V (*Derecho de Sucesiones*), Ed. Bosch, Barcelona, 1993 (5.ª edic.), pág. 176; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil*, Ed. Bercal, S. A., Madrid, 1998, pág. 72; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., «Comentario a la STS de 20 de mayo de 1994», en *CCJC*, núm. 36, 1994; ÁLVAREZ LATA, N., *LEA. Derecho de Sucesiones*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000 (actualizaciones cuatrimestrales). Entre aquéllos, ROCA I TRÍAS, E., «Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos», en *Comentarios a las reformas del Código Civil* (R. Bercovitz, coord.), Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pág. 950, donde señala que el pronunciamiento expreso en la sentencia de incapacitación sobre la no capacidad para testar evita la operatividad del artículo 665 del Código Civil.

sionales de la medicina que le asistan, produce un efecto superior a la mera creación de una presunción de capacidad, que se mantendrá sólo en tanto en cuanto no sea destruida por prueba en contrario y, por lo tanto, no impide que, en su caso, pueda prosperar la impugnación judicial de tal testamento (STS de 19 de septiembre de 1998 [RJ 1998/6399]) (16).

- d) Cuando el testador *no sepa o no pueda leer o escribir*.—En este supuesto sí se pueden apreciar diferencias con la regulación prevista en el artículo 697 del Código Civil, pues en éste se alude al testador que «*declare que no puede firmar el testamento*» (la declaración falsa conllevará la nulidad del testamento; SSTS de 10 de noviembre de 1973 [RJ 1973/4163] y de 16 de junio de 1997 [RJ 1997/5411]) o que «*no sabe o no puede leerlo por sí*» (núms. 1.º y 2.º, respectivamente). Frente a la previsión del Código Civil que se asienta en una declaración del propio testador (17), en la LDCG se acoge una circunstancia de naturaleza objetiva, de manera que habrá de ser el notario quien haya de asegurarse de si el testador sabe o no sabe leer o escribir. Ha de hacerse notar que la LDCG exige que el testador sepa leer y escribir, de manera que no basta con que el testador sepa firmar (el notario habrá de asegurarse de que el testador no se limita a «pintar» la firma) (18).

La enumeración que precede agota el elenco de supuestos en los que, de conformidad con el artículo 184 de la LDCG/2006, es necesaria la presencia de testigos instrumentales. Echará de menos el lector, posiblemente aveza-

(16) La STS de 19 de septiembre de 1998 [RJ 1998/6399] resuelve la impugnación judicial del testamento notarial otorgado por el conocido pintor Benjamín Palencia en el que instituía heredera a la futura «Fundación Benjamín Palencia», dando instrucciones muy detalladas a las personas designadas para constituir la. El notario se había aconsejado del testimonio de tres prestigiosos psiquiatras, pues el otorgante se encontraba aquejado de una demencia arteriosclerótica consecutiva sin posibilidad de recuperación. El TS aprecia que el estado mental del testador no le permitía comprender la complejidad del testamento otorgado, precisando que la actividad notarial en el otorgamiento ha de moverse siempre en el marco de la libertad testamentaria, en el ámbito del asesoramiento en orden a corregir errores o defectos del testamento, pero no puede sustituir o suplir la voluntad del causante. El TS establece una conexión directa entre la capacidad y el grado de dificultad de las disposiciones testamentarias, en atención a la que se destruye la presunción de capacidad testamentaria, confirmando la nulidad del testamento por incapacidad mental del otorgante, ex artículo 663.2 del Código Civil.

(17) Así, *v.gr.*, la STS núm. 286/2006, de 21 de marzo (Ponente: A. GULLÓN BALLESTEROS) [RJ 2006/1590], señala que la firma del testamento abierto por un testigo ante la declaración o manifestación del testador de no saber hacerlo es suficiente para dar validez a la declaración de voluntad recogida en aquel instrumento notarial.

(18) *Vid.* GUTIÉRREZ ALLER, V., *Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia*, Ed. Ir Indo, Vigo, 1997, pág. 99.

do conecedor del Derecho de Sucesiones Territorial Común —y acaso también conecedor de los análisis doctrinales del art. 136 de la LDCG/1995—, el caso del testador que sea «*enteramente sordo*» que no sepa o no pueda leer. En este caso, sabemos que en el párrafo 2.º del artículo 697.2.º del Código Civil se exige la lectura del testamento por los testigos en presencia del notario, debiendo declarar que el texto del mismo coincide con la voluntad manifestada por el testador. Pues bien, si el testador no puede o no sabe leer o escribir, con independencia de que sea o no sordo, se requiere la presencia de testigos instrumentales. Si sabe y puede leer y escribir, con independencia de que sea sordo o no, no es preceptiva la presencia de tales testigos y ello porque puede efectuar la lectura personalmente y expresar su conformidad o disconformidad con el texto del testamento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 193.4 RNot (18 bis). La duda surge en relación con la aplicabilidad en Galicia del requisito de la doble lectura por los testigos instrumentales en el caso del testador sordo que no sepa o no pueda leer o escribir, manifestándose a favor de su exigencia los autores provenientes del notariado (19). A favor de la integración del Derecho Civil propio de Galicia con esta previsión del Código Civil podría decirse que se trata de una exigencia relativa al acto de otorgamiento y no en relación con la exigencia de la presencia de testigos pues, tratándose de un testador que no sabe o no puede leer o escribir, habrán de comparecer necesariamente, de manera que como en Galicia no existe regulación sobre la forma en que ha de procederse al otorgamiento del testamento, procede aplicar las del Código Civil. Distinta sería la solución si entendemos que se trata de una regla en relación con los testigos instrumentales, pues habiendo regulación específica sobre este extremo, no procede su integración con las normas del Código Civil.

En el caso de que el testamento que pretenda otorgarse sea mancomunado, los presupuestos que imponen la presencia en el acto de otorgamiento de testigos instrumentales habrá de apreciarse si concurren o no en relación con cada uno de los cotestadores y, de igual manera, cualquiera de estos puede solicitar su presencia al amparo de lo prevenido en el apartado 1.º del artículo 184 de la LDCG/2006 (20).

(18 bis) En este sentido, Martínez García, M. Á., «Comentario del artículo 184 de la LDCG de 2006», en *Derecho de Sucesiones y régimen económico familiar de Galicia (comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, y a la Ley 10/2007, de 28 de junio)*, vol. I, Ed. Colegio Notarial de Galicia - Colegios Notariales de España, Madrid, 2007, pág. 151.

(19) Así, MARTÍNEZ GARCÍA, M. Á., «El testamento abierto notarial», *op. cit.*, pág. 120.

(20) Así lo entendía también, para el supuesto de testamento mancomunado previsto en el artículo 22 de la ya derogada Ley (estatal) 49/1981, de 24 de diciembre, CUADRADO (vid. CUADRADO IGLESIAS, M., «El testamento mancomunado en el ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1982», *RDP*, diciembre de 1983, pág. 1104).

C) *Los requisitos de capacidad de los testigos instrumentales*

El artículo 185 de la LDCG/2006 prescribe que, en los supuestos en que es preceptiva la intervención de los testigos instrumentales, éstos habrán de reunir únicamente como requisito estar dotados de «*plena capacidad de obrar*», con lo que se han corregido los evidentes defectos técnicos de que adolecía la correlativa expresión que se contenía en el párrafo 3.º del artículo 136 de la LDCG/1995 (exigía la «*plena capacidad jurídica*» y sabido es que todos los nacidos que reúnan los requisitos del art. 29 del CC y las personas jurídicas debidamente constituidas —art. 35.1.º, párr. 2.º, del CC—, están dotados de capacidad jurídica plena —o personalidad— entendida como aptitud general para ser centro de imputación de relaciones jurídicas, patrimoniales o no) (21), expresando así un requisito especial de idoneidad de los testigos instrumentales que viene a suponer la exigencia de que se trate de personas mayores de edad —el menor emancipado no puede ser testigo— y no incapacitadas (la expresión utilizada es más restrictiva que la que resulta de los núms. 1.º y 4.º del art. 681 del CC, a tenor de los cuales se requiere que el testigo sea mayor de edad y que esté «*en su sano juicio*»), lo que, en principio, supone la exclusión de la habilidad para ser testigo de cualquier incapacitado o sometido a curatela, sea cual fuere su grado de discernimiento. Es también razonable entender que se apliquen a los testigos instrumentales que nos ocupan las causas de inhabilidad y las prohibiciones previstas en los artículos 681 y 682 del Código Civil, incluida la relativa a la inhabilidad de los sujetos que resulten beneficiados en concepto de herederos o de legatarios —excepción hecha de los legatarios de bienes de escasa entidad económica teniendo en cuenta el caudal hereditario— (párr. 2.º del art. 754 del CC), por el testamento otorgado, así como a sus cónyuges y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (22).

La cuestión que sigue dejando abierta la LDCG/2006 —por cierto, al igual que sucede en el Derecho Civil Territorial Común— es la relativa a la posible extensión de las causas de inidoneidad a los testigos de cono-

(21) Así lo han entendido los miembros de la *Comisión Superior para o Estudo e Desenvolvemento do Dereito Galego* y de manera consonante con la reflexión en este sentido que hacen en la memoria justificativa que precede al texto articulado presentado el 28 de julio de 2001, en el artículo 185 de éste se exige que, en los casos en que sea necesaria su presencia, los testigos, que serán, por lo menos, dos, «*habrán de tener plena capacidad de obrar, entender al testador y saber firmar*».

(22) Sobre la posibilidad de aplicar la sanción de nulidad parcial en el caso de testamento notarial abierto otorgado con testigo inidóneo por resultar éste instituido en el testamento; vid. ALBALADEJO, M., «Nulidad de la disposición y nulidad del testamento, cuando el instituido es testigo o lo son determinados familiares suyos», en *RDP*, 1967, pág. 615 y sigs.; así como la STS de 4 de mayo de 1966 [*RJ* 1966/2290].

cimiento. Como se ha dicho, éstos no son objeto de regulación en la Ley gallega y, en consecuencia, debe resolverse la cuestión atendiendo a los preceptos del Código Civil y, en su caso, a los artículos 184 y 182.1.º del RNot. Precisamente en estos preceptos del RNot., junto con la colación de la idea de que la función de los testigos de conocimiento es diversa de la atribuida a los instrumentales, son los argumentos en lo que se fundan su parecer los autores que consideran que las causas de inidoneidad de los testigos instrumentales no son aplicables en su integridad a los testigos de conocimiento, sino únicamente la de ser loco o demente, ciego, sordo o mudo (cfr. art. 182.1.º del RNot, al referirse a los incapaces o inhábiles para intervenir como testigos en la escritura) (23). Frente a este parecer, no faltan autores que, argumentando sobre la relevancia de la función de los testigos de conocimiento cuando su intervención es requerida, consideran de aplicación a éstos las causas de inidoneidad previstas en los artículos 681 y 682 del Código Civil (24), si bien creo que este parecer carece del necesario apoyo legal en el Derecho Civil Territorial Común.

D) *El número de los testigos instrumentales*

Siguiendo en este aspecto, tanto la propuesta de la «*Comisión non permanente de Dereito civil galego*», como la elevada al Parlamento por el *Consello da Cultura Galega* en 1991, pues ambas coincidían en esta previsión, el último inciso del párrafo 3.º del artículo 136 de la LDCG/1995 prescribía que, cuando sean preceptivos, los testigos instrumentales «*habrán de ser dos al menos*». En idéntico sentido, el nuevo artículo 185 de la LDCG/2005, señala que, «*en los casos en que sea necesaria su presencia, los testigos serán al menos dos*». Resulta claro, por lo tanto, que en todo caso habrán de ser dos como mínimo, pero pueden ser más y el testador o testa-

(23) En este sentido se han pronunciado, entre otros, MORENO MOCHOLÍ, M., «Comentario de los artículos 685 y 686 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil* de Q. M. SCAEVOLA, T. XII, Ed. Reus; Madrid, 1950 (2.ª edic.), pág. 965; BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., «Comentario del artículo 681 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, págs. 964 y 965.

(24) Entre otros, GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Comentario del artículo 681 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (M. Albaladejo/S. Díaz Alabart, dirs.), T. IX, Vol. 1.º, A. EDERSA, Madrid, 1989, pág. 300; TORRES GARCÍA, T., «Comentario del artículo 681 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Vol. I, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 711; Díez-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, Ed. Tecnos, Madrid, 1997 (7.ª edic.), pág. 369, nota núm. 5; MARTOS CALABRÚS, M.ª A., *Las solemnidades del testamento abierto notarial*, Ed. Comares, Granada, 2000, pág. 126; LÓPEZ SUÁREZ, M. A., *El testamento mancomunado en la Ley de Derecho Civil de Galicia*, Ed. Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, pág. 170.

dores o el notario, dependiendo de cuál de ellos dos los haya propuesto, habrán de aceptar la presencia e intervención de ese mayor número de testigos. Se ha dicho que los requisitos de idoneidad, de los que inmediatamente antes nos hemos ocupado, habrán de concurrir en todos ellos so pena de nulidad. Sin embargo, siendo dos el mínimo imperativamente exigido, parece razonable pensar que si dos de los testigos instrumentales que concurren al otorgamiento no incurrir en ninguna causa de inhabilidad, aunque concurren otros que incurran en alguna de estas causas, ello no vicia de nulidad el testamento abierto otorgado pues los requisitos mínimos exigidos por la LDCG se cumplen y el resto puede considerarse ex *abundantia* (25).

3. EL TESTAMENTO ABIERTO ORDINARIO (NOTARIAL)

A) *El testamento individual y el mancomunado como subtipos de testamentos abiertos notariales o nuncupativos*

El párrafo 1.º del artículo 136 de la LDCG/1995 disponía que «*el testamento abierto podrá ser individual, mancomunado o por comisario*». Se trataba de un precepto que, a pesar de que inicialmente su carácter no parecía exceder de las pretensiones propias de lo meramente enunciativo, su interpretación generó dudas doctrinales con consecuencias importantes según cuál fuese la respuesta que se admitiese, dentro de las posibles, además de poner de manifiesto sus notables incorrecciones técnicas. Las incorrecciones técnicas de que adolecía el citado precepto del Texto legal de 1995 y que resultaban de su mera lectura han sido subsanadas en la Ley de 2006. En primer lugar, se ha incluido en el artículo 186 de la LDCG/2006, al enunciar que el testamento abierto puede ser individual o mancomunado, el calificativo de *ordinario*, de manera que se excluyen aquellas modalidades de testamento abierto contempladas en el Código Civil y calificadas como *formas extraordinarias del testamento abierto*: el testamento en peligro de muerte —o testamento otorgado *in articulo mortis*— y el testamento en caso de epidemia (arts. 700 y 701 del CC). En virtud de la previsión contenida, a propósito del sistema de fuentes en el artículo 1.3 de la LDCG/2006 y de la toma en consideración de la que es patente intención del legislador, acerca de la aplicación de las normas del Código Civil en los aspectos no regulados en la LDCG y en cuanto no se opongan a lo en ésta dispuesto, resulta evidente la aplicación de las normas del Código Civil, reguladoras de las formas extraordinarias del testamento abierto notarial en

(25) De parecer contrario es LETE (vid. LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 136 de la LDCG», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* [M. Albala-dejo y S. Díaz Alabart, Dirs.], T. XXXII, vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1997, pág. 1014).

Galicia. Esta cuestión de ámbito objetivo restringido permite traer a colación una crítica que, desde algunos sectores de la doctrina, se había hecho al contenido del artículo 136 de la LDCG/1995, poniendo de manifiesto que, pese a tratarse de un precepto en el que se pretenden incluir las disposiciones generales y comunes a la regulación de la sucesión testada en la LDCG, no se contenía una remisión expresa a la aplicación de las disposiciones contenidas en el Código Civil (como ocurre, *v.gr.*, en Navarra, País Vasco, Baleares y se hacía en la *Propuesta* presentada al Parlamento de Galicia en 1991 por el *Consello da Cultura Galega*). La LDCG/2006 tampoco contiene ninguna genérica remisión expresa. A la crítica de calado general enunciada puede contestarse dando el mismo alcance general a la respuesta a la cuestión concreta que hemos formulado, de donde con naturalidad resulta la innecesariedad —el carácter superfluo que tendría— de la norma por algunos reclamada bajo el imperio de la Ley de 1995.

Mayores problemas hermenéuticos suscitó la inclusión expresa en la Ley de 1995 del testamento mancomunado y del llamado «testamento por comisario» como subespecies del testamento abierto notarial en su artículo 136.1. La pregunta de mayor calado que no resolvía expresamente este precepto y tampoco ningún otro de la misma Ley de 1995, y a la que, por ello, se ofrecieron en la doctrina respuestas radicalmente opuestas, era la atinente a si la inclusión de estos dos tipos de testamento como subespecies del testamento abierto notarial suponía que estaban vedadas las otras formas testamentarias para estos dos tipos de testamento (26). La LDCG/2006 se ha in-

(26) Respecto del llamado testamento por comisario, el artículo 141 de la LDCG/1995 nos daba la respuesta expresamente al permitir que la designación de *comisario* se realizase en testamento (así resulta también de los arts. 196 y 197 de la LDCG/2006), sin exigir ninguna forma testamentaria en concreto, de manera que podía realizarse en cualquiera de los testamentos admitidos, a lo que se añadía la posibilidad de su designación en capitulaciones matrimoniales. No tan meridiana se presentaba la respuesta respecto del testamento mancomunado. Quienes consideraban que el testamento abierto notarial es la única forma hábil mediante la que puede formalizarse el testamento mancomunado aducían los siguientes argumentos (en este sentido se pronunciaron, entre otros, GUTIÉRREZ ALLER, V., «Comentarios ó Título VIII da LDCG», en *Dereito Civil de Galicia (Comentarios á Lei 471995 do 24 de maio)* (AA.VV.), Ed. Parlamento de Galicia - ARXG, Santiago de Compostela, 1996, pág. 401, *ibídem*, *Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia*, Ed. Ir Indo, Vigo, 1997, pág. 100; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentarios a los artículos 136 y 137 de la LDCG», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), T. XXXII, Vol. 2.º, EDERSA, Madrid, 1997, págs. 986-987 y 1032, respectivamente; PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., «Comentarios a los artículos 141 y 142 de la LDCG», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), T. XXXII, Vol. 2.º, *op. cit.*, págs. 1116 y 1117; *ibídem*, haciéndose eco de las opiniones discrepantes y sin pronunciarse de manera tan contundente, acaso por el carácter didáctico de la obra en la que lo hace, *Manual de Derecho Civil gallego* (AA.VV.), Ed. Colex, Madrid, 1999, págs. 224 y 225; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, T. I, Ed. Dykinson, Madrid, 1997 (2.ª edic.), pág. 453. Este parecer es compartido ex-

clinado por la asunción normativa del que era el parecer doctrinal mayoritario vertido sobre el Texto normativo anterior, al precisar expresamente en su artículo 189 que «*el testamento mancomunado habrá de otorgarse en forma*

presamente por LÓPEZ SUÁREZ, M. A., «El testamento mancomunado o de hermandad otorgado por cónyuges de distinta vecindad civil», en *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho Civil vasco*, Ed. RSBAP (Comisión de Bizkaia), Bilbao, 1999, pág. 454; *ibídem*, «La intervención del notario en el otorgamiento del testamento mancomunado gallego», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5, 2001, pág. 374 y sigs.):

- a) *Los precedentes prelegislativos del precepto.*—Éstos están constituidos por el artículo 92 del *proyecto* presentado al Parlamento de Galicia el día 22 de marzo de 1991 por la autodenominada «Comisión non permanente de Dereito civil de Galicia», en el que expresamente se disponía la posibilidad de los cónyuges gallegos de testar mancomunadamente en un solo instrumento, dentro o fuera de Galicia, *con las formalidades propias del testamento abierto notarial del lugar de otorgamiento*; pero también, como sabemos, por el texto articulado elaborado poco después por el *Consello da Cultura Galega* y elevado el mismo año 1991 al Parlamento gallego y, en éste, no se exige que el testamento mancomunado revista la forma notarial abierta. En efecto, el críptico artículo 90 de esta propuesta se limitaba a establecer una redundante obviedad: «*Os cónxuxes galegos poderán testar mancomunadamente, aínda fóra de Galicia, só en forma de testamento*». De lo dicho se deriva que, amén de que los precedentes legislativos de la norma en vigor no son coincidentes en el aspecto que nos ocupa, el argumento de la presencia en ellos de la exigencia expresa de una determinada forma que desaparece en el texto de la Ley finalmente promulgada más bien haría presuponer al intérprete que la voluntad del legislador de que tal exigencia desapareciese. Por otra parte, ha de ponerse de manifiesto ya, a estos efectos, que si lo que justifica la necesaria intervención del notario en su calidad de técnico en la materia es la especial dificultad del régimen de revocación del testamento mancomunado, cuando lo que el testador lo que pretende es revocarlo, el artículo 139.2 de la LDCG exige la intervención de aquél al requerir, ahora sí expresamente, la forma abierta notarial.
- b) *El tenor literal del artículo 136.1 de la LDCG.*—En efecto, si se realiza una interpretación que atienda exclusivamente al canon literal del artículo 136.1 LDCG se deriva la conclusión de que el testamento mancomunado es un testamento abierto. Sin embargo, aún quienes afirman que en el Derecho Civil propio de Galicia la forma abierta notarial es la única mediante la que cabe formalizar un testamento mancomunado y lo hacen sobre este argumento, de inmediato reconocen, porque el texto de la LDCG no deja otra opción, que el llamado *testamento por comisario* puede hacerse en cualquier forma testamentaria válida, sin que sea necesario acudir al testamento abierto notarial (en este sentido, PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *Manual de Derecho Civil gallego* (AA.VV.), *op. cit.*, pág. 231). Otra interpretación llevaría al absurdo de pensar que en Galicia el testamento individual, que también se cita en el párrafo 1.º del artículo 136 de la LDCG, ha de revestir siempre la forma abierta notarial. Luego la conclusión es evidente, del tenor literal del artículo 136.1 de la LDCG cabe colegir que el testamento abierto es una forma válida para testar mancomunadamente, de igual manera que lo es para formalizar el llamado *testamento por comisario*, pero en ningún caso impone que ésta sea la única forma admisible. Por otra parte, el hecho de que la forma sea especialmente tenida en cuenta por el legislador gallego cuando regula la revocación del testamento mancomunado, exigiendo expresamente en este caso la forma abierta notarial y no limitándose a decir que habrá de ser revocado en la

abierta notarial». En realidad, el precepto que acaba de transcribirse únicamente se explica por el deseo del legislador —*rectius*, del «prelegislador»—

misma forma que fue otorgado, hace pensar razonablemente que no quiso imponer una forma determinada para su otorgamiento.

- c) *De naturaleza literal es también el argumento que este mismo sentido se ha esgrimido en atención a que el artículo 118.1 de la LDCG establece que el usufructo voluntario de viudedad podrá constituirse con carácter recíproco en «testamento mancomunado, en capitulaciones matrimoniales o en cualquier otra escritura pública».*—Se dirá que el testamento mancomunado es una de esas escrituras públicas en las que cabe formalizar el usufructo viudal universal. Sin embargo, esta previsión se realiza sólo para el caso en que el usufructo viudal se constituya con carácter recíproco, pues, en otro caso, cabe constituirlo en cualquier tipo de testamento. De esta manera aquella previsión no aporta nada nuevo, pues el testamento mancomunado es el único negocio jurídico con eficacia *mortis causa* en el que caben las disposiciones recíprocas, sin que ello signifique se trate de disposiciones correspondientes o recíprocamente condicionadas (en este último sentido, GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Comentario al artículo 118 de la LDCG», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* [dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart], T. XXXII, Vol. 2.º, EDERSA, Madrid, 1997, pág. 804, nota núm. 44).
- d) *La legislación comparada.*—El argumento derivado de la constatación de que en los ordenamientos jurídicos comparados y en los demás Derechos Civiles Territoriales españoles en los que se admite el testamento mancomunado, la forma notarial es la forma natural o habitual en la que se prevé que se formalice este tipo de testamento parte de la constatación de datos que no son ciertos como se pone de manifiesto al justificar la posibilidad de testar mancomunadamente bajo cualquier forma admisible. En todo caso, conviene advertir que, v.gr., el legislador aragonés exige que la revocación unilateral del testamento mancomunado en vida del otro testador se haga en testamento abierto ante Notario (art. 106.4 de la LSCMA) —en este aspecto no presenta diferencias con la legislación gallega—, aun cuando admite expresamente la libertad de testar mancomunadamente en cualesquiera de las formas en las que se puede testar unilateralmente (art. 94 de la LSCMA) de acuerdo con la regulación del Código Civil aplicable supletoriamente en Aragón, con lo que el legislador aragonés de 1999 ha venido a salir al paso de las dudas que, bajo la vigencia de la regulación derogada, suscitaba la compatibilidad del testamento mancomunado con el testamento ológrafo, militar, marítimo y el hecho en peligro de muerte o en tiempo de epidemia (vid. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario del artículo 94 de la LSCMA», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* [dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart], T. XXXIV, Vol. 1.º [arts. 1 a 148 de la LSCMA], EDERSA, Madrid, 2002, pág. 666).
- e) Por último, esgrimen estos autores un *argumento de naturaleza metajurídica*: la forma notarial abierta es la única que permite al Notario prestar un asesoramiento jurídico especializado a los testadores, lo que resulta especialmente conveniente en el caso del testamento mancomunado, dado el régimen jurídico peculiar que presenta, fundamentalmente en relación con su revocación (por esta razón DELGADO, en relación con el Derecho Civil aragonés, después de advertir que el testamento mancomunado puede hacerse en cualquiera de las formas admitidas por el Derecho, señalaba que *lo normal y recomendable* será otorgar testamento notarial abierto [DELGADO ECHEVERRÍA, J., *El Derecho aragonés (Aportación jurídica a una conciencia regional)*, Alcrudo Editor, Zaragoza, 1977, págs. 139 y 140]). Pues bien, además de que se trata de un argumento que, en su caso, podría llegar

de zanjar la aludida polémica doctrinal fomentada por el carácter crítico de los preceptos de la Ley de 1995, pues nada nuevo aporta —y por ello resulta

a tener en cuenta el legislador para regular la forma del testamento mancomunado de una u otra manera, pero que no es posible tener en cuenta a la hora de interpretar el Derecho *dado*, no alcanzo a encontrar los motivos por los que se dice que el testamento mancomunado reviste especiales complicaciones técnico-jurídicas que exijan el asesoramiento técnico: ¿Acaso es más complicado que el sistema legitimario? ¿Acaso quienes pretendan testar mancomunadamente —del mismo modo que cuando pretenden revocar un testamento ya otorgado— utilizando el testamento cerrado o el ológrafo no pueden acudir a un especialista en Derecho —un abogado— que les aconseje o les resuelva las dudas que puedan plantearseles? ¿Acaso no se dice que la complicación se deriva del régimen de revocación y para revocar no se exige expresamente la forma notarial?

Puesto que los argumentos esgrimidos, por las razones expuestas con ocasión del enunciado de cada uno de ellos, no nos convencieron, nos sumamos al sector doctrinal, indudablemente minoritario, que entendía que el testamento mancomunado en el Derecho Civil propio de Galicia puede formalizarse en cualquiera de las formas testamentarias admitidas en el Derecho Civil Territorial Común (preconizaron este parecer, MARTÍNEZ GARCÍA, M. Á., «Comentario al artículo 136 de la LDCG [El testamento abierto notarial]», en *Derecho de Sucesiones de Galicia (Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995)*, Ed. Colegios Notariales de España, Madrid, 1996, pág. 117; ALONSO VISO, R., «El testamento mancomunado en el Derecho gallego», en *RXG*, núm. 14, 1996, pág. 25; DÍAZ FUENTES, A., *Derecho Civil de Galicia [Comentarios a Lei 4/1995]*, Ed. Publicaciónes do Seminario de Estudos Galegos, A Coruña, 1997, págs. 264 y 267; y yo mismo, en «Régimen sucesorio: La sucesión testada [el testamento abierto notarial, el testamento mancomunado y la delegación de la facultad de mejorar]», en *La Ley de Derecho Civil de Galicia: Balance de un lustro y análisis de su revisión* [R. Rodríguez Montero, Coord.], Ed. Publicaciónes do Seminario de Estudos Galegos, A Coruña, 2002, págs. 156 y 157; y en «La sucesión testada en el Derecho Civil propio de Galicia: El testamento abierto notarial, el testamento mancomunado y la delegación de la facultad de mejorar», en *RCDI*, núm. 677, mayo/junio de 2003, págs. 1544 y 1545). En efecto, la LDCG/1995 no exigía expresamente, en ninguno de sus preceptos, que el testamento mancomunado revistiese la forma abierta notarial. Este argumento que, por sí sólo podría resultar discutible, alcanzaba una renovada virtualidad en el momento en el que se constata que el artículo 139.2 de la LDCG/1995 exigía expresamente la forma abierta notarial para la revocación, frente al silencio del legislador en relación con el otorgamiento. Difícilmente, aunque dada la no precisamente impecable técnica legislativa de la LDCG/1995 era posible, puede pensarse que se trataba de un olvido del legislador y ello fundamentalmente porque en los proyectos prelegislativos presentados al Parlamento de Galicia a lo largo del año 1991 se exigía, en ambos, expresamente la forma notarial abierta. En consecuencia, el testamento mancomunado podía revestir, a mi juicio, la forma del testamento cerrado y del testamento ológrafo. En el primer caso se exigirían los requisitos de escritura y suscripción, así como las formalidades propias del otorgamiento de este tipo de testamento, requiriéndose la intervención conjunta de los dos otorgantes (en el caso gallego, de los dos cónyuges). El plazo de diez días que contempla el artículo 712 del Código Civil para que el Notario, o la persona que tenga en su poder, presente ante el Juez competente el testamento cerrado, se computan respecto de la fecha de fallecimiento de cada uno de los cotoorgantes, momento hasta el cual —hasta el fallecimiento de alguno de los cotoorgantes— podrán pedir —ambos, ya sea por sí o por medio de representante (arts. 218 y 226 del RNot.)— la retirada del testamento depositado (vid. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario de los artículos 95 y 103 de la LSCMA», *op. cit.*, págs. 676-677 y 725, respectivamente. El artículo 226 del RNot. precisa que «*en vida del otorgante, sólo éste o su apoderado espe-*

en buena medida redundante— respecto de aquél en el que se contiene el concepto de testamento mancomunado acogido por el legislador gallego: «*Es mancomunado el testamento cuando se otorga por dos o más personas en un único instrumento notarial*» (art. 187.1 LDCG/2006).

cial, podrán obtener copia del testamento», y en su artículo 237, al regular la expedición de copias parciales, especifica que en ellas «*se omitirá cuanto no interese al peticionario*» y, específicamente cuando se trate de un testamento mancomunado, «*cuanto sea disposición especial del otorgante que sobreviva*». Norma similar se contiene en el artículo 103 de la LSCMA, a imagen y semejanza del § 2273 BGB [«*1. Con la apertura del testamento mancomunado las disposiciones del cónyuge superviviente, en tanto puedan distinguirse, jamás han de notificarse ni de otra forma ponerse en conocimiento de los interesados. 2. De las disposiciones del cónyuge premuerto ha de hacerse copia auténtica. El testamento habrá de cerrarse de nuevo y volverse a poner en especial custodia oficial*»)]. Si el testamento mancomunado revistiese la forma ológrafa sería necesario que el segundo testador —el que no haya redactado el testamento de su puño y letra— declarase también por escrito, de su puño y letra, antes de la firma de ambos que valga igualmente como testamento suyo y firme en todas sus hojas y al pie del mismo. A la muerte del primer testador, el testamento mancomunado ológrafa se adveniría y protocolizaría con la presencia del testador superviviente (así se prevé expresamente en el art. 96.2 de la LSCMA). El testamento mancomunado ológrafa se acepta expresamente en Aragón —art. 94 y sigs. de la LSCMA, si bien ya bajo la vigencia del Apéndice de Derecho Civil de 1925, la STS de 14 de febrero de 1969 [RJ 1969/844] reconoció la validez de un testamento mancomunado en forma ológrafa en el que la autografía provenía sólo del marido, limitándose la esposa a manifestar, también de su puño y letra, su adhesión a las disposiciones de última voluntad redactadas por aquél (por esta razón, la SAT de Zaragoza, de 30 de noviembre de 1967, casada por aquella STS, rechazó la validez del testamento en cuestión), al advertir que el artículo 17 del mencionado Apéndice no limitaba en modo alguno la forma de otorgamiento del testamento mancomunado y que el principio general y básico que sustenta todo el Derecho de Aragón es la primacía total de la voluntad de los otorgantes— (en relación con esta STS, en su día, LACRUZ había puesto de manifiesto que el citado artículo 17 del Apéndice aragonés, prácticamente un copia literal de la Observancia 1.^a *De testamentis* no estaba redactado pensando en el testamento mancomunado ológrafa, desconocido en el Derecho tradicional aragonés, sino que únicamente se prevenían algunas distinciones en las formas de manifestar la voluntad ambos cónyuges que incidían en la posterior revocabilidad del testamento otorgado [LACRUZ BERDEJO, J. L., «Jurisprudencia comentada. Un dictamen y dos sentencias», en *RCDI*, noviembre-diciembre de 1969, pág. 1653]. Sobre las cuestiones expuestas y la regulación aragonesa vigente, vid. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario del artículo 96 de la LSCMA», *op. cit.*, pág. 678) y en el BGB —§ 2267—, si bien se proscribía en la Ley 199 de la CDCFN y en el párrafo 2.^o del artículo 49 de la LDCFPV, de manera que queda así desvirtuado el argumento esgrimido por el sector doctrinal por nosotros criticado en orden a admitir únicamente la forma abierta notarial.

A nuestros fundamentos podían unirse las consideraciones, en su día realizadas por CUADRADO, poniendo de manifiesto la incongruencia del legislador estatal cuando en la Ley de 24 de diciembre de 1981 permitió, en orden a mantener indivisas las explotaciones familiares agrarias, testar mancomunadamente en *forma abierta* a los cónyuges, al no llegar a comprender los argumentos que pueden justificar tal restricción, poniendo en concreto de manifiesto, que el asesoramiento que el notario o los testigos pudiesen prestar a los testadores es tan necesario en los testamentos unipersonales como en los mancomunados (vid. CUADRADO IGLESIAS, M., «El testamento mancomunado en el ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1982», en *RDP*, diciembre de 1983, págs. 1106 y 1107).

B) *El testamento mancomunado*

El artículo 186 de la LDCG/2006 señala que «*el testamento ordinario puede ser individual o mancomunado*».

a) Preliminares: La prohibición del testar mancomunadamente en el Código Civil

Aunque la cuestión dista mucho de ser pacífica en la doctrina, existen fundados argumentos que nos inducen a pensar que el Derecho Común, vigente en España a través de *Las Partidas* en el momento de promulgarse el Código Civil, admitía la validez del testamento mancomunado. El primero de estos argumentos es el constituido por el contenido de la Disposición Transitoria 2.^a del Código Civil —como es sabido, las DDTT del CC fueron introducidas en su segunda edición, justificándose su introducción en la Exposición de Motivos publicada por Real Orden de 29 de julio de 1889—, pues en ella, después de establecer como regla general que *los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma*, especifica expresamente que, *en su consecuencia serán válidos los testamentos aunque sean mancomunados (...) que se hubiesen otorgado o escrito antes de regir el Código*. En la precitada Exposición de Motivos publicada por la RO de 29 de julio de 1889, en el mismo sentido, como no podía ser de otra manera, se aclara que *los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, que fueran válidos según ella, deben serlo también después de promulgado el Código (...), estén o no otorgados en forma autorizada después. Por eso serán válidos, aunque el Código no los permite, siempre que procedan del tiempo en que regían las leyes que los autorizaban, los testamentos mancomunados*, precisándose que *lo que no podrá hacerse es alterarlos ni modificarlos en manera alguna después de regir el Código, sino testando con arreglo al mismo*. Parece pues que el codificador español de finales del siglo XIX parte de una realidad normativa que admitía el testamento mancomunado (Ley 9, Título 6 del Libro III del Fuero Real) y por ello dota expresamente de efectos a los otorgados bajo esta legislación derogada como consecuencia de la entrada en vigor del Código Civil, aun cuando en éste se prohíban expresamente. El segundo argumento que puede aportarse en este mismo sentido es el constituido por el resultado del examen de las obras de los autores de la época precodificadora. Quizá el más reconocido entre todos ellos sea B. GUTIÉRREZ. Este autor, en el T. III de sus *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, publicado en 1863, aludía al llamado *testamento mútuo* en los siguientes términos:

«Algo hay de particular en este testamento que nos autoriza para contarle entre los especiales. Aunque recibe el nombre genérico de testamento de hermandad, se le llama conjunto cuando dos personas en el mismo acto disponen simultáneamente a favor de un tercero; y es mútuo, si disponen mútuamente uno a favor de otro.

Algunos pretenden encontrar vestigios de esta forma testamentaria en la ley 9.^a, tít. VI, lib. III del Fuero Real, cuyo epígrafe es que marido y mujer pueden hacer hermandad. La ley, sin embargo, lo que dispone es que marido y mujer, pasado el año y no teniendo hijos ú otros herederos, pueden hacer hermandad de bienes; no les autoriza para verificarla en un acto otorgado de mancomun; su introducción ha sido mas bien obra exclusiva de la práctica.

En pocas palabras vamos á esponer las cuestiones á que ha dado lugar este testamento. Se ha preguntado si exige doble solemnidad de testigos; parece persuadirlo así el que realmente son dos las disposiciones, pero por otra parte el acto no es mas que uno: las solemnidades miran mas á la forma que á la esencia de la disposición. Salon de Paz, que trata la materia con bastante latitud en la ley 3.^a, Tor. 6.^a, conclusión, núms. 1218 y siguientes, prueba que es válido el testamento sin mas solemnidad que la establecida para todos por la ley recopilada.

Todavía es mas grave la cuestion sobre su revocabilidad: el testamento no puede revestir nunca la forma del contrato, ser como él, producir sus mismos compromisos: para que sea válido al mismo tiempo que la ley declara nulo el pacto sucesorio, ha sido preciso aceptar el principio, partir del supuesto de su revocabilidad, así en vida de los testadores, como despues de la muerte de uno de ellos. Nadie ha puesto en duda ese derecho en el primer caso, si bien ha de entenderse con la limitación de que el que desee separarse no oculte su voluntad al otro. El mismo derecho no parece tan claro en el segundo: ¿cómo se revoca un testamento cuando ha sido confirmado por muerte de uno de los cónyuges? Este argumento es sério, pero no incontestable: los que de esa manera arguyen, pecan contra la lógica, haciendo, según dirian los dialécticos, de la dificultad supuesto. ¿En qué sentido se dice que la muerte de uno de los testadores confirma el testamento? ¿qué razon hay para que el sobreviviente no use libremente y como quiera de su voluntad? Res quidem promiscua est et causa communis: nam et poterat prius superveniens mori quam defunctus, et tunc defunctus ejusdem esset conditionis (Salon de Paz, núm. 1226). Si alterando su disposicion causase injuria al difunto, no seria suya la culpa sino de este en no

haber previsto que todo testamento es revocable: potius defunctus se ipsum circumvenit, revocabile eses testamentum non perpendens, qui sibi ipsi prospicere debuit (Núm. 1218)» (27).

El tercer argumento que puede aportarse en orden a fundar la afirmación sostenida y que resulta decisivo, si es que no se quisieran considerar así los dos anteriores, proviene de la toma en consideración de la jurisprudencia del TS emanada con anterioridad a la entrada en vigor del Código Civil. Así, en la sentencia de 21 de mayo de 1860 se declara que «no hay ley ni doctrina admitida por los tribunales que sancione el principio de irrevocabilidad de los testamentos dichos de mancomun, que suelen otorgar los cónyuges, sobre todo cuando contienen pacto ó convenio que la establezca». Expresamente afirma la viabilidad del testamento mancomunado la sentencia de 26 de marzo de 1861, al pronunciarse en los siguientes términos: «Que el testamento otorgado de mancomun, y la institucion recíproca de herederos que hagan los testadores á su favor, no es el pacto sucesorio prohibido por la ley 33, tít. XI, Partida 5.^a».

Pese a la posibilidad de la institución de acuerdo con el Derecho vigente en España en la época anterior al Código Civil y su utilización en la práctica, lo cierto es que entre los autores no se respiraban vientos de favor hacia el reconocimiento de la misma. También en este sentido nos resultan ilustrativos los párrafos escritos por B. GUTIÉRREZ al respecto, que significativamente iniciaba advirtiendo que una cosa era la doctrina —la existencia del testamento mancomunado— y otra la crítica y, en este orden, manifestaba que no podía ser partidario de un tipo de testamento que consideraba «sin origen

(27) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, T. III, Madrid, 1863, págs. 164 y 165. La cita recogida puede considerarse suficientemente expresiva del estado de la cuestión en el época en la que se estaba fraguando la elaboración del Código Civil español, dada la indiscutible autoridad del autor. Pero, si aun así surgiesen dudas, del siguiente pasaje de la *Librería de Escribanos* compuesta por J. FEBRERO aproximadamente cuarenta años antes se deriva la misma conclusión afirmativa de la vigencia y utilización del testamento mancomunado en el Derecho español del siglo XIX: «En el otorgamiento de todos los testamentos nuncupativos ó cerrados de marido y muger, ó de otras personas que testen separadamente ó juntas de conformidad, sean legítimos ó estraños los herederos, han de intervenir la misma solemnidad y los mismos testigos que se ha dicho, sin que por ser dos los otorgantes haya necesidad de que aquellos se dupliquen (Matienz. Ley 2, t. 4, lib. 5 Recop. glos. 6. n. fin.), y así se practica» (FEBRERO, J., *Librería de escribanos, abogados y jueces*, Parte primera, T. 1.º, Madrid, 1825 [6.ª edic.], pág. 64 y nota «c»). Sirva para corroborar el buen tino de nuestra interpretación que así lo corroboren los autores inmediatamente posteriores al Código Civil, como es el caso de F. SÁNCHEZ-ROMÁN (*Estudios de Derecho Civil*, T. VI, Vol. 1.º, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910, pág. 310, si bien pone de manifiesto su carácter excepcional), así como el argumento de autoridad aportado por el hecho de que se trata de un parecer compartido por ALBALADEJO (vid. ALBALADEJO, M., «Comentario al artículo 669 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* [dirigidos por M. Albaladejo], T. IX, Vol. 1-A, EDESA, Madrid, 1990, pág. 107).

conocido en la historia, sin motivo razonable en la ciencia», haciéndose eco de la prohibición del mismo en el artículo 968 del *Code civil* y mostrando su beneplácito por el hecho de que el *Proyecto de Código civil* español siguiese esta senda, dada la, a su juicio, incompatibilidad del testamento mancomunado bien con la buena fe —si se permite su revocación—, bien con la naturaleza de los testamentos —si no es posible revocarlo— (28). De esta animadversión hacia la categoría del testamento mancomunado participaba quien puede considerarse como uno de los juristas más influyentes en la codificación civil española, me refiero a GARCÍA GOYENA. En efecto, siguiendo a su modelo francés, en el *Proyecto de Código Civil español* de 1851, se contenía un precepto en el que expresamente se disponía: «No pueden dos ó mas personas testar en un mismo acto, sea recíprocamente en provecho suyo o de un tercero» (art. 557). Las razones esgrimidas por el autor del *Proyecto* en sus *motivos y comentarios* del precepto transcrito coincidían con aquéllas que hemos puesto en la pluma de B. GUTIÉRREZ. Ante la duda que se produciría en cuanto al régimen de revocación de los testamentos *de hermandad*, en el caso de que se permitiesen, pues permitir la revocación supondría violar la buena fe de la reciprocidad y declararlo irrevocable implicaría modificar la naturaleza del testamento y convertirlo en negocio de naturaleza rigurosamente contractual, considera D. FLORENCIO que «lo mejor es prohibir una forma incompatible con la buena fe o con la naturaleza de los testamentos» (resulta curioso que el mismo autor se haga eco de la forma de solventar esta aparente paradoja trayendo a colación la forma en la que lo había hecho la Ley 41 de las Cortes de Navarra de 1766) y, a esta razón que ya conocemos, añade una ulterior que no cesarían de repetir los autores postcodificadores: *daba lugar á sugerencias y violencias* (29).

En el fondo de estos pareceres seguramente subyace la influencia del codificador napoleónico. En efecto, como ya hemos adelantado, el *Code Civil* francés de 1803, asumiendo el precedente legislativo constituido por el artículo 77 de una Ordenanza de 1735 (30), prohíbe expresamente que dos o

(28) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., «Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español», T. III, *op. cit.*, pág. 165.

(29) GARCÍA GOYENA, F., «Concordancias, motivos y comentarios del artículo 557», en *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852 (se ha utilizado la reimpresión de esta edición al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974, págs. 300 y 301).

(30) En el precepto citado de esta Ordenanza se prohibían *los testamentos o codicilos intercambiables o hechos conjuntamente*, si bien admitía dos excepciones: las divisiones de la herencia entre los hijos y descendientes y las donaciones intercambiables por causa de muerte. El *Code civil* conservó la regla general plasmada en esta Ordenanza pero no acogió sus excepciones. La misma promulgación de aquella Ordenanza pone de manifiesto que hasta ese momento el testamento mancomunado era viable en el Derecho francés. En efecto, DEMOLOMBE, comentando la interdicción que nos ocupa, nos informa que hasta ese momento el testamento mancomunado tenía gran aplicación práctica en las antiguas cos-

más personas testen en un mismo acto, sea a favor de un tercero o a título de disposición mutua y recíproca (art. 968, del que el art. 557 del *Proyecto* de 1851 es práctica traducción literal). Observando los motivos dados por los Codificadores franceses en orden a justificar la interdicción que nos ocupa nos encontramos con que los esgrimidos por nuestros autores decimonónicos coinciden con los que aquellos exponían. En efecto, BIGOT DE PRÉMENEU, respecto del *testament conjonctif*, consideraba que «*permettre sa révocation es violer la fe en la reciprocidad; declararlo irrevocable es cambiar la naturaleza del testamento que, en este caso, no es realmente un acto de última voluntad. Es preciso prohibir una forma incompatible, sea con la buena fe, sea con la naturaleza de los testamentos*» (31). Por su parte, POTHIER, en un sentido coincidente, señalaba que el motivo de la norma prohibitiva parece residir en el fin de una mayor libertad de los testadores, de manera que no queden expuestos a las sugerencias de la persona con la que hagan testamento de forma conjunta (32). Estas críticas siguen recibiendo el favor de la doctrina francesa contemporánea (33) y también de la *Commission de réforme du*

tumbres francesas y ello porque se trataba de un instrumento que permitía el mejor reparto de los bienes entre las respectivas familias del marido y de la mujer, generando entre ellos sentimientos de benevolencia constitutivos de los mejores cimientos de la familia y de la sociedad (vid. DEMOLOMBE, C., *Corso del Codice Civile*, T. X (*Delle donazioni tra vivi e de' testamenti*), Napoli, 1865 [1.^a versión italiana por G. de Filippo/G. Tucci], pág. 304 [§§ 831 y 832]).

(31) FENET, T. XII, pág. 553.

(32) POTHIER, *Delle donazione testamentarie*, Cap. I, artículo 1.

(33) En efecto, en la obra de autores tan significativos como MAZEAUD y CHABAS puede leerse que la crítica realizada por BIGOT DE PRÉMENEU a la admisión del testamento mancomunado es fundada, *dos testamentos hechos en un mismo acto se parecen a un contrato, y entonces no deben poder ser revocados mas que por el mutuo dissensus* [en efecto, de acuerdo con la jurisprudencia del Parlamento de París, la revocación del testamento mancomunado sólo era posible cuando estuviese precedida o acompañada de una notificación auténtica hecha al otro testador con anterioridad a su última enfermedad; de manera que el testador supérstite no podía revocar la disposición por él realizada a favor de un tercero, una vez conseguida la liberalidad del testador premuerto (DEMOLOMBE, *op. cit.*, pág. 304, § 832)] *lo que violaría el principio de la revocabilidad del testamento; por otra parte, la voluntad será menos libre si los dos testadores concurren a la confección en un mismo acto. Sin embargo, estos peligros son inherentes a todos los testamentos; no está prohibido a una persona, para captar la confianza de otra y devenir su legatario, de hacer en su favor, o a favor de un tercero designado, un testamento que revocará seguidamente en secreto; por otra parte, nada impide al legatario encontrarse al lado del testador mientras éste redacta su testamento.* Pese a ello consideran los autores citados que la observación de BIGOT DE PRÉMENEU es justa, ya que la colaboración de los dos testadores en un mismo acto es susceptible de generar en ellos, o en uno de los dos, la confianza en la irrevocabilidad. Sin embargo, a juicio de estos autores, ha de reconocerse que el daño derivado del hecho de que surja esa esperanza de irrevocabilidad es menor si se compara con los inconvenientes considerables que pueden derivarse de la interdicción, pues si ésta se ignora, de manera que dos sujetos —frecuentemente dos esposos— hacen testamento en un mismo acto para subrayar la reciprocidad de sus intenciones y para afirmar, más allá de la muerte, su mutua afectación, éste estará tachado de nulidad absoluta

Code civil que recientemente ha propuesto el mantenimiento de la prohibición, incluso en los supuestos en los que el beneficiario de la liberalidad sea un tercero (art. 904 *av.-pr.*).

La prohibición del testamento mancomunado se plasmó en el artículo 669 del Código Civil español definitivamente promulgado, haciéndose extensiva la regla a los otorgados por españoles en un país extranjero aun cuando las leyes de este Estado lo autoricen (art. 733 del CC) y completándose con la previsión de la sanción de nulidad de las disposiciones testamentarias realizadas bajo condición (art. 794 del CC). En el Derecho Civil Territorial Común la única excepción que ha experimentado esta prohibición, desde su entrada en vigor en 1889, ha sido la proveniente de la previsión contenida en el artículo 22 del efímero *Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes agricultores* aprobado por la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, que permitía el testamento mancomunado en el ámbito de las explotaciones familiares agrarias, si bien hay que decir que se trató de una norma de limitada vigencia temporal (apenas catorce años) y de restringida aplicación en la práctica. Como es sabido, esta norma ha sido derogada en su integridad por la *Ley 19/1995, de 4 julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias* (DD única), en la que, por otra parte, no se contiene norma alguna sobre la materia que nos ocupa.

Pero si éste es el devastador panorama para el testamento mancomunado observado desde el Código napoleónico y desde el Derecho Civil Territorial Común codificado —al igual que sucede con los Códigos Civiles continentales que tienen aquél como modelo (es el caso, *v.gr.*, del *Codice Civile del Regno d'Italia* de 1851 [art. 761], manteniéndose la prohibición en el vigente *Codice Civile* de 1942 [art. 589]; y del *Código Civil* portugués de 1867 [art. 1.753], manteniéndose de igual forma la interdicción en el art. 2.181 del vigente de 1966)—, aquél cambia radicalmente cuando en nuestro campo de visión se divisan los Derechos Civiles Territoriales que forman parte del Estado español

(vid. MAZEAUD, H., L. et J./CHABAS, F., *Leçons de Droit Civil*, T. IV, Vol. 2.º, *Successions-Libéralités*, Ed. Montchrestien, París, 1999 [5.ª edic., por L. LEVENEUR/S. LEVENEUR], pág. 288 [§ 965]). Sin duda en virtud de las razones últimamente expuestas, en la jurisprudencia francesa puede observarse una tendencia a limitar el alcance prohibitivo del artículo 968 del *Code Civil*, dando al término «*acte*» contenido en este precepto el sentido de *acto jurídico* y no de *instrumento*, de manera que dos testamentos redactados en una misma hoja no incurrir en aquella prohibición si cada uno de ellos forma un todo susceptible de ser considerado suficiente como testamento, sin necesidad del otro (Req. 3 de febrero de 1873, D. 1873.1.467; trib. civ. Seine, 10 de abril de 1936, *Gazette du Palais* 1936.2.103, *RTDciv.* 1936.895, con *observaciones* de R. SAVATIER); y rechazando el juego de la interdicción en los casos de testamentos separados pero realizados en consideración el uno del otro y conteniendo disposiciones recíprocas que funcionan a modo de causas mutuas (Civ. 25 de febrero de 1925, D. 1925.1.185, con *nota* de R. SAVATIER). De esta manera la prohibición se limita al testamento realizado por dos sujetos en un mismo documento firmado conjuntamente.

(por referirnos sólo al Derecho vigente, son los casos de las Leyes 199 a 205 de la CDCFN; de los arts. 49 a 52 LDCFPV de 1992; de los arts. 137 a 139 de la LDCG/1995 y de los arts. 102 a 107 de la LSCMA de 1999), así como los Códigos de raigambre germánica (§ 583 ABGB y § 2265 BGB, ambos admiten el testamento mancomunado otorgado entre cónyuges).

Suscitado el debate acerca de la inclusión de esta categoría testamentaria en la LDCG de 1995, al margen de que se trate de una necesidad sentida históricamente por los testadores gallegos (34), se han esgrimido como riesgos o inconvenientes del testamento mancomunado el hecho de que coarta la libertad de disposición *mortis causa* de los cootorgantes. Entre las razones que militan a favor de su admisión, se pueden enunciar las siguientes: 1.^a) En los legados de cosa ganancial permite aplazar la efectividad total del mismo hasta el momento del fallecimiento del último de los cónyuges testadores. 2.^a) En el ámbito de las particiones del patrimonio familiar, el testamento mancomunado permite condicionar la liquidación de la sociedad conyugal y no la de la partición; al tiempo que permite realizar una ordenación conjunta de la sucesión, *v.gr.*, posibilitando que se realice el pago de las legítimas de uno de los cootorgantes con bienes del otro (ex arts. 158.2 de la LDCG/1995 y 276 de la LDCG/2006), a cuyos efectos resulta especialmente útil la posibilidad de establecer disposiciones recíprocamente condicionadas.

b) Concepto

El testamento mancomunado es aquél en el que en un solo otorgamiento o acto solemne de testar se contienen las declaraciones de última voluntad de dos o más personas (35). La noción así enunciada exige la concurrencia de

(34) Así lo pone de manifiesto PAZ ARES cuando narra cómo en esta época, tras la entrada en vigor del Código Civil, los paisanos gallegos continuaban solicitando a los Notarios el otorgamiento conjunto del testamento mancomunado (PAZ ARES, J. C., *Instituciones al servicio de la Casa en el Derecho Civil de Galicia* [prólogo del Profesor P. Fuenteseca], Imprenta Núñez, Salamanca, 1964, pág. 174). Entre otros muchos estudiosos del Derecho Civil de Galicia que mostraron esta opinión durante la vigencia en Galicia de la interdicción del testamento mancomunado ex Código Civil, *vid.*, entre otros, ABRAIRA LÓPEZ, C., *El Derecho Foral gallego (Estudio crítico de la Compilación del Derecho Civil especial de Galicia)*, Ed. Porto y Cía., Santiago de Compostela, 1970, págs. 111 a 113; MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, E., «Presente e futuro do Dereito foral galego», en *Estudos do Dereito Civil de Galicia*, Ed. Sept, Santiago de Compostela, 1973, pág. 47; LORENZO FILGUEIRA, V., *Realidad e hipótesis de futuro del Derecho foral de Galicia*, Ed. Ayuntamiento de Pontevedra, Vigo, 1986, págs. 74 a 76.

(35) Frente a la naturaleza de pacto sucesorio que se ha defendido por algún autor (el propio LACRUZ, sin llegar a afirmarlo con rotundidad, señala que los testamentos mancomunados que contienen disposiciones correspectivas adquieren *aspecto contractual*, lo que plantea las mayores dificultades en su régimen jurídico [LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, T. V (*Derecho de Sucesiones*), J. M.^a Bosch Ed., Barcelona,

requisitos de forma y de fondo para que pueda apreciarse que el instrumento testamentario otorgado es precisamente de naturaleza mancomunada. Entre los primeros, se requiere la existencia de una pluralidad de partes u otorgantes y de un único instrumento (en caso contrario, aun cuando se contenga instituciones recíprocas, no puede hablarse de testamento mancomunado pues cada uno de los testamentos reflejado en instrumentos diversos pueden revocarse de forma independiente) (36), firmado por todos los otorgantes del

1993 (5.ª edic.), pág. 323 (§ 58.272)], parece que el testamento mancomunado en un negocio jurídico con exclusiva eficacia *mortis causa* —es verdadero testamento—, si bien la lealtad mutua entre los cointerrogantes exige que concurren ciertos requisitos en orden a la revocación de las disposiciones en él contenidas (entre otros, CASTÁN TOBEÑAS, J., «Aragón y su Derecho (Reflexiones ante la nueva Compilación Civil)», en *RGLJ*, mayo de 1967, pág. 35; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «El Derecho aragonés (Aportación jurídica a una conciencia regional)», *op. cit.*, pág. 140).

(36) En efecto, el llamado «testamento en paralelo» o «testamento simultáneo», que consiste en que ambos cónyuges concurren juntos al notario, en el mismo día y hora y ordenan su voluntad testamentaria de manera coordinada, conjunta o coincidente, pero en dos testamentos separados, no puede ser considerado como una subespecie de testamento mancomunado. En Galicia, durante la época en que, por regir el Derecho Civil Territorial Común, no era posible autorizar testamentos mancomunados, los cónyuges acudían frecuentemente a este expediente, tal como nos lo revelaba, a mediados del siglo XX, PAZ ARES, bajo la expresiva rúbrica: «*El testamento mancomunado de los cónyuges, disimulado como dos testamentos sucesivamente otorgados en Galicia*» (vid. PAZ ARES, J. C., «Instituciones al servicio de la Casa en el Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, págs. 173 y sigs.). Ya vigente la LDCG, la SAP de Ourense, ante la alegación de los recurrentes fundada en la consideración como mancomunado de testamentos paralelos, señaló: «*El hecho de que el testamento de 22 de noviembre de 1973 sea de idéntica fecha y contenido que el otorgado por el esposo de doña Asunción y padre de los litigantes, permite hablar del testamento mancomunado regulado en los artículos 137 y 140 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, precepto el último que declara la irrevocabilidad de dichos testamentos, fallecido un cónyuge, en cuanto a las disposiciones recíprocamente condicionadas. Tal argumentación no es atendible porque: A) Se trata de una alegación nueva que implica alteración de la causa petendi; B) En la fecha en que se otorgó regía la prohibición sobre testamento mancomunado contenida en el artículo 733 del Código Civil, no siendo de aplicación la Ley de Derecho Civil de Galicia en atención a la irretroactividad de las normas, proclamada con carácter general en las disposiciones transitorias del Código Civil, de aplicación a falta de normas expresa de derecho intertemporal sobre esta materia en dicha Ley (Disp. Transit. 4.ª); y C) En cualquier caso, el testamento mancomunado implica una unidad instrumental aquí no existente. Procede, por lo razonado, el rechazo de la pretensión que nos ocupa*» (FJ 4.º de la SAP de Ourense, de 23 de octubre de 1997 [AC 1997/2165]).

Acaso sea conveniente recordar que los testamentos independientes, con institución recíproca entre los otorgantes, son válidos de conformidad con el Derecho Civil Territorial Común, pues su revocación se rige por las reglas generales en materia de testamentos. En efecto, aun cuando se aprecie la ligazón psicológica esencial entre determinadas cláusulas de un testamento y concretas disposiciones de otro/s de forma evidente; v.gr., testamento cerrado escrito por un cónyuge o un hermano en el anverso de una hoja y testamento cerrado del otro escrito en el reverso de la misma hoja, o incluso dos testamentos escritos en el mismo lado de la hoja separados por un simple trazo de tinta. En ninguno de estos casos, ni en casos similares, podrá declararse la nulidad de los testamentos por vulneración

mismo. En efecto, aunque, en el caso de que el testamento mancomunado revista forma ológrafa (admitida, v.gr., por el legislador aragonés, ex art. 96 de la LSCMA), puede estar escrito íntegramente y fechado por uno solo de los otorgantes, es necesario que lleve las firmas de todos ellos, de manera que, si no es así, cualesquiera que hayan sido los términos empleados en el testamento, sólo servirá como declaración de voluntad con eficacia *mortis causa* del sujeto o de los sujetos, en su caso, que lo hayan suscrito. En cuanto a las exigencias de fondo, es preciso que las disposiciones reflejadas en el testamento procedan de una voluntad común de los cootorgantes, de manera que si un sujeto hace un testamento en el que únicamente refleja disposiciones de voluntad propias y otra persona —o personas— firma y rúbrica aquel testamento al lado de la firma del único disponente cuya particular voluntad se plasma en el testamento, la existencia de una segunda o ulterior firma no convierte al testamento en un acto de última voluntad de carácter mancomunado (37). De aquí que la noción de testamento mancomunado combine los aspectos de forma y de fondo (38). En ella caben tres supuestos distintos (39): 1.º El llamado «testamento simplemente mancomunado», caracterizado porque los testadores utilizan un único instrumento para disponer de sus respectivos patrimonios pero en esta disposición, que puede ser unilateral —todas las disposiciones se realizan a favor de un tercero—, no se introducen vinculaciones entre las previsiones de los distintos testadores que, son absolutamente independientes entre sí. 2.º El «testamento mancomunado recíproco», caracterizado porque en él los cootorgantes se instituyen mutuamente herederos. 3.º El «testamento mancomunado mutuo o correspectivo». En él la eficacia de las disposiciones realizadas por cada uno de los otorgantes está condicionada que el otro mantenga lo por él dispuesto y en esto se diferencia, precisamente, de la mera *reciprocidad* de las disposiciones. Las disposiciones de un testador dependen de la eficacia de las disposiciones

de la interdicción contenida en el artículo 669 del Código Civil y ello tanto por el carácter sustancial y no meramente formal de la misma, como por el hecho de que, desde esta última perspectiva, tampoco puede apreciarse la existencia de un solo testamento, a pesar de ser visible la simultaneidad de los dos actos y manifiesto el vínculo intelectual existente entre la cláusulas de uno y otro (PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, «Anotaciones al artículo 2.181», en *Código Civil anotado*, Vol. VI [artigos 2.024 a 2.334], Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pág. 291).

(37) Así ha tenido la oportunidad de declararlo la jurisprudencia francesa en orden a dar validez a un testamento en el que dos sujetos habían estampado la firma sobre el testamento de un tercero (Civ. 1.ª, 5 de octubre de 1959, D. 1959.J.507, con *nota* de HOLLEAUX; *JCP* 1959.II.11323, con *nota* de P. VOIRIN).

(38) MAZEAUD, H., L. et J./CHABAS, F., *Leçons de Droit Civil*, T. IV, Vol. 2.º, *op. cit.* (5.ª edic.), pág. 289 (§ 966).

(39) Seguimos en esta sistematización la realizada por VALLET (vid. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de Sucesiones*, T. I (*Fundamentos*), Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1982, págs. 976 y sigs. [§ 449]).

realizadas por el otro, de manera que están «recíprocamente condicionadas» (se trata de las disposiciones «correspectivas», de acuerdo con la denominación que recibe este tipo de disposiciones testamentarias en los arts. 187.2, párr. 2.º y 191 de la LDCG/2006) (40). De esta manera, si los cootorgantes deciden establecer un determinado equilibrio en el testamento mancomunado, la situación creada mediante la condicionalidad recíproca de sus disposiciones no puede ser modificada por la voluntad unilateral de una de las partes, habiendo de darse a la otra la oportunidad de adoptar las medidas que estime oportunas (a esta finalidad están dirigidas las previsiones contenidas en el art. 192.3 de la LDCG/2006, completadas con el establecimiento expreso de la irrevocabilidad de tales disposiciones tras el fallecimiento de uno de los otorgantes o en el caso que devenga incapaz, en el art. 191 de la misma LDCG). En todo caso, dado que el principio general es el de libertad del testador para disponer de sus bienes, que tiene como corolario esencial la libre revocabilidad de las disposiciones realizadas en un momento anterior, la correspectividad no se presume (41), de manera que para que las disposiciones conjuntas en la forma —realizadas en un testamento mancomunado— sean recíprocamente condicionadas —no unilaterales en cuanto al fondo— es necesario, bien que los testadores lo hayan expresado de forma indubitada, bien que lo se derive de declaraciones suyas que manifiesten su intención —aun implícita— en este sentido. En este sentido se suele señalar que las cláusulas que contengan disposiciones recíprocas entre los cootorgantes —en el caso gallego, entre los cónyuges— normalmente se interpretarán de manera que favorezca su consideración como recíprocamente condicionadas (42), mientras que la interpretación será contraria a esta recíproca condicionalidad —dadas las consecuencias que en su régimen de revocación conlleva— respecto de las disposiciones testamentarias establecidas a favor de terceros.

(40) Vid. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario del artículo 105 de la LSCMA», *op. cit.*, pág. 738 y sigs.; LÓPEZ SUÁREZ, M. A., «El testamento mancomunado en la Ley de Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 233.

(41) Así se establece expresamente en el artículo 105.1, *in fine*, de la LSCMA (el derogado artículo 97.1.ª de la Compilación de Derecho Civil de Aragón exigía que la correspectividad fuese declarada por los cónyuges en *el mismo testamento o en otro documento público* —v.gr., capitulaciones matrimoniales, escritura pública conteniendo nuevas declaraciones de voluntad, etc.—, de donde doctrina y jurisprudencia derivaron que la correspectividad no puede ser probada por presunciones o conjeturas: SAP de Zaragoza, de 14 de diciembre de 1998, y SJPI de Zaragoza, de 9 de mayo de 2001 [AC 2001/1253]; si bien la SAT de Zaragoza, de 7 de noviembre de 1986, admitió la búsqueda de la presunta voluntad de la correspectividad); y también en el artículo 187.2, *in fine*, del proyecto prelegislativo gallego de julio de 2001.

(42) Así sucede con el usufructo universal viual recíproco que, de acuerdo con la previsión expresa realizada en el artículo 118.1 de la LDCG, puede hacerse en capitulaciones matrimoniales, en cualquier escritura pública o en testamento mancomunado, lo que veda la posibilidad de establecerlo en cualquier otra forma testamentaria distinta de la mancomunada.

A los requisitos enunciados, el legislador gallego ha añadido expresamente el requisito de forma consistente en el carácter preceptivo de la forma abierta notarial que se contempla como requisito de validez del testamento mancomunado (arts. 187.1 y 189 de la LDCG/2006). También la revocación del testamento mancomunado ha de revestir la forma abierta notarial (art. 192.1 de la LDCG/2006).

c) Requisitos que han de reunir los otorgantes

Sustancialmente diferente es la regulación de los requisitos de los otorgantes de un testamento mancomunado en la Ley de 2006, respecto de la contenida en el artículo 137 de la LDCG/1995, de conformidad con el cual sólo podían testar mancomunadamente los «*cónyuges gallegos*». Dos eran, por lo tanto, los requisitos subjetivos que se exigían en la LDCG/1995 en orden a integrar la capacidad para otorgar este tipo de testamento y que habían de reunir los dos otorgantes: 1.º) Que los cootorgantes tuviesen la condición de *cónyuges*; y 2.º) Que los cónyuges otorgantes tuviesen la *vecindad civil gallega*. De estos dos requisitos sólo se ha mantenido el segundo: la vecindad civil gallega de los otorgantes, pues la Ley de 2006 permite el otorgamiento de testamento mancomunado a dos o más personas, sin requerir vínculo subjetivo, parental o afectivo, alguno; eso sí, sin perjuicio de establecer una regulación específica para el caso de que los otorgantes tengan la condición de *cónyuges*, en cuyo caso, podrán no sólo testar mancomunadamente en un único instrumento notarial, sino también establecer disposiciones correspectivas en el testamento (ex art. 187.2 de la LDCG/2006).

El requisito de la *vecindad civil gallega de los otorgantes del testamento mancomunado*.—Los dos o más personas que otorgan el testamento mancomunado habrán de tener la vecindad civil gallega. En orden a su determinación, el artículo 4 de la LDCG/2006, como no podía ser de otra manera, dada la competencia exclusiva del Estado sobre las *normas para resolver los conflictos de leyes* (ex art. 149.1.8.ª de la CE), se remite expresamente a lo dispuesto «*Derecho Civil Común*», lo que supone la aplicación de lo dispuesto en los artículos 14 y 15 del Código Civil. Eso sí, el artículo 188 de la LDCG/2006 (en términos similares a los contemplados en el art. 137 LDCG/1995) prevé la posibilidad de que quienes ostenten la vecindad civil gallega otorguen testamento mancomunado fuera de Galicia. Sobre esta previsión se pueden suscitar algunas sospechas de inconstitucionalidad desde la perspectiva de la competencia legislativa exclusiva del Estado que acabamos de enunciar. La primera premisa de la que ha de partirse consiste en afirmar que cuando el artículo 188 de la LDCG/2006 dispone que «*los gallegos podrán otorgar testamento mancomunado en Galicia o fuera de ella*», está consa-

grando el estatuto personal frente a la posible aplicación del principio *locus regit actum*, que regiría si se tratase de una cuestión meramente de forma y no de fondo (ex arts. 11 del CC y 1 del Convenio de La Haya de 1961) (43). En este sentido, procede recordar que es opinión pacífica y común que los Notarios adscritos a demarcaciones en las que rige el Derecho Civil Territorial Común —u otro Derecho Civil Territorial especial que no admita el testamento mancomunado— pueden autorizar testamentos mancomunados de sujetos que puedan otorgarlos de acuerdo con su vecindad civil. En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta que de la aplicación de las normas de conflicto previstas en el Código Civil puede resultar la eficacia extraterritorial de normas autonómicas. En efecto, del artículo 9.8 del Código Civil resulta que el testamento otorgado conforme a la ley personal del otorgante en el momento de realizar el acto de disposición es válido. De aquí que normas de extensión de la eficacia territorial de Leyes propias de las CCAA, como es el caso de la contenida en el artículo 188 de la LDCG/2006 —pero también, v.gr., la Ley 200 de la CDCFN o el art. 102 de la LSCMA—, son redundantes y, por ello, innecesarias (44).

Precisamente del pronunciamiento contenido en la STC 72/1983, de 29 de julio (en la que se declaró la inconstitucionalidad del precepto de la Ley vasca de cooperativas de febrero de 1982 en el que se prevenía su aplicación a todas las cooperativas con domicilio en la CA del País Vasco, con independencia de su ámbito territorial de actuación), se deriva la inconstitucionalidad de las normas materiales espacialmente autolimitadas —como es la contenida en el art. 188 de la LDCG/2006—, frente a la interpretación restrictiva conforme a la cual el término «*conflicto de leyes*», contenido en el inciso final del artículo 149.1.8.ª de la CE, habría de ser tomado en su sentido propio y limitado a esta técnica de reglamentación (45). Sin embargo, aun si se acepta

(43) Convenio de La Haya, de 5 octubre 1961, sobre *conflicto de Leyes en materia de forma de disposiciones testamentarias* (Instrumento de ratificación de 16 de marzo de 1988 [BOE, núm. 197, de 17 de agosto]).

(44) En este sentido, FONT SEGURA, A., «La sucesión hereditaria en el Derecho interregional», en *ADC*, T. LIII-I, enero/marzo de 2000, pág. 56; MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario del artículo 102 de la LSCMA», *op. cit.*, pág. 723.

(45) Vid. REQUEJO ISIDRO, M., «Comentario al artículo 137 de la LDCG», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), T. XXXII, Vol. 1.º, *op. cit.*, pág. 1046. En la doctrina ha sostenido también la inconstitucionalidad de la norma que nos ocupa por suponer una infracción de la reserva de competencia legislativa en exclusiva al Estado, RODRÍGUEZ GAYÁN, E. M., «Heterogeneidad y sistema en las relaciones entre Derecho Internacional Privado y Derecho interregional», en *RGD*, núm. 622, 1996, pág. 8083. En relación con el antiguo artículo 94 de la CDCA —en la actualidad su contenido se corresponde con el del art. 102 de la LSCMA—, MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario al artículo 94 de la CDCA», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por M. Albaladejo), T. XXXIV, Vol. 1.º, EDERSA, Madrid, 1987, pág. 105, si bien hay que tener en cuenta que en este caso la apreciación estaba realizada sobre una norma emanada del legislador estatal; si bien el mismo autor la

la tesis amplia que deriva del pronunciamiento constitucional, resulta que de la aplicación de las normas del sistema español de Derecho Internacional Privado, la ley aplicable en virtud de la que ha de determinarse la validez del testamento es la ley personal del otorgante, de tal forma que materialmente se permite la aplicación extraterritorial del artículo 188 de la LDCG/2006.

La exigencia de la vecindad civil gallega como común a los testadores en el momento de otorgar el testamento mancomunado puede dar lugar a diversas situaciones a las que es preciso dar respuesta de acuerdo con el Derecho aplicable al caso. Estas distintas situaciones son las que se enuncian a continuación:

- 1.º) La vecindad civil de los otorgantes es distinta.—A su vez, dentro de esta situación, han de diferenciarse dos supuestos diversos:
 - A) Vecindad civil de los otorgantes distinta en el momento de otorgar el testamento mancomunado:
 - a) En el caso de que la ley personal de alguno de los otorgantes —no gallego— no permita —prohíba— el testamento mancomunado, no se podrá otorgar este tipo de testamento. Tienen vedado el acceso a esta forma testamentaria.
 - b) Si, por el contrario, la ley personal del otorgante no gallego permite el testamento mancomunado, éste podrá ser otorgado, surgiendo, en este caso, la duda acerca de qué ley ha de regir el régimen jurídico de este testamento mancomunado otorgado por personas de distinta vecindad civil cuyas respectivas leyes personales tienen en común el permitir que se otorguen testamentos de esta naturaleza. A efectos de dar una respuesta adecuada a esta cuestión habrá de diferenciarse la ley aplicable a la forma del testamento y la ley reguladora de la eficacia y del régimen de revocación del mismo. En cuanto a la forma de otorgamiento del testamento mancomunado, si se trata de supuestos de Derecho interregional privado, procederá la resolución de este conflicto interno en materia de ley aplicable a la forma del testamento mancomunado mediante la previsión contenida en el artículo 11.1.º del Código Civil, de acuerdo con la remisión que el artículo 16 del Código Civil hace a las normas contenidas en el Capítulo IV de su Título Preli-

mantiene también respecto del artículo 102 de la LSCMA —Ley de proveniencia autonómica— («Comentario del art. 102 de la LSCMA», *op. cit.*, pág. 102).

minar, sustituyendo el criterio de la nacionalidad por el de la vecindad civil, de donde resulta que se aplicará la ley del lugar en que se otorgue el testamento, de acuerdo con el principio plasmado en aquel precepto: *locus regit actum*. Sin embargo, es pertinente advertir que un autor proveniente del ámbito notarial y con notable autoridad en la materia, como es BLANQUER ÜBEROS, distingue lo que es la *forma* de otorgamiento y lo que son las *formalidades* también del otorgamiento. Respecto de estas últimas considera que se aplicaría la ley del lugar de otorgamiento, pero respecto de aquéllas habrían de satisfacerse los requisitos de forma exigidos por las respectivas leyes personales de los testadores cumulativamente (46). Sin embargo, tras la entrada en vigor del Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, *sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias y, en general, cualquier disposición de última voluntad*, ratificado por España, sin reservas, mediante Instrumento de 16 de marzo de 1988 [BOE, núm. 197, de 17 de agosto de 1988], puesto que se trata de un Convenio con eficacia *erga omnes* (47) es aplicable a todos los supuestos en los que concurren elementos o puntos de conexión con diversas legislaciones (incluidos, por lo tanto, no sólo los supuestos de tráfico externo, sino también los conflictos de leyes interregionales) y, en virtud de lo dispuesto en su artículo 6, la regulación de la materia contenida en el mismo sustituye o desplaza al artículo 11 del Código Civil (48). Pues bien, puesto que, de acuerdo con el artículo 1 del Convenio de La Haya,

(46) BLANQUER ÜBEROS, R., «El estatuto formal (art. 11 del CC)», en *Estudios sobre el Título Preliminar del Código Civil*, Jaén, 1977, págs. 191 a 197; seguido, en este aspecto, por MARTÍNEZ GARCÍA, M. Á., «Comentario al artículo 137 de la LDCG», en *Derecho de Sucesiones de Galicia, op. cit.*, pág. 127; *ibídem*, «Comentario del artículo 188 LDCG de 2006», en *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*, vol. I, op. cit., págs. 168 a 170.

(47) Por todos, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D./GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «Comentario al artículo 11 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), T. I, Vol. 2, EDERSA, Madrid, 1995, pág. 800; BERCOVITZ ÁLVAREZ, G. y MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Comentario al artículo 11 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil* (R. Bercovitz, coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2006 (2.ª edic.), pág. 101.

(48) Vid. ZABALO ESCUDERO, E., «Conflictos interregionales en materia de Derecho Sucesorio aragonés», en *Actas de los décimos encuentros del Foro de Derecho aragonés (Huesca-Zaragoza, noviembre de 2000)*, «El Justicia de Aragón», Zaragoza, 2001, pág. 116.

una disposición testamentaria es válida en cuanto a la forma si es conforme bien a la ley del lugar en que el testador hizo la disposición, bien a la ley de la nacionalidad —léase vecindad civil— del testador en el momento de otorgar el testamento o en el momento de su fallecimiento, bien a la ley del lugar del domicilio o de la residencia habitual del testador en el momento de testar o de su fallecimiento, bien a la ley del lugar donde estén situados los bienes inmuebles respecto de las disposiciones testamentarias que les afecte (*lex rei sitae*), bien, por último, a la ley del funcionario ante el que se otorga el acto (*lex loci actum*).

Mayores dificultades plantea, si cabe, la determinación de la ley aplicable a la eficacia y revocación del testamento mancomunado otorgado por un gallego y por otra persona de vecindad civil distinta a ésta, pero cuyo Derecho Civil propio admita el testamento mancomunado, pese a que ZABALO ESCUDERO considera que la flexibilidad de las soluciones del antes citado Convenio de La Haya, de octubre de 1961, alcanza a las formas de las disposiciones testamentarias, a la forma de su revocación (art. 2.º) y a la de las disposiciones testamentarias otorgadas por dos o más personas en un mismo documento (49). A mi juicio, aunque reviste alguna dificultad su admisión en el sistema español de Derecho Internacional Privado parece razonable pensar en la posibilidad de que en el propio testamento mancomunado los otorgantes acuerden la ley aplicable a aquellos aspectos de su régimen jurídico, lo que será viable siempre que con ello no perjudiquen derechos reconocidos a terceros no intervinientes en el testamento. Si nada han pactado al respecto, el *Convenio sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte*, hecho en La Haya el 1 de agosto de 1989 (50), prevé que se obser-

(49) ZABALO ESCUDERO, E., «Conflictos interregionales en materia de Derecho Sucesorio aragonés», *op. cit.*, pág. 117.

(50) El texto del mismo en francés e inglés, así como su traducción al holandés, puede verse en *Bulletin des Traités*, 1994, núm. 49. Entre la escasa bibliografía en español existente sobre el mismo, vid. BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «La Convention de La Haye de 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort et l'Espagne», en *E pluribus Unum, Liber Amicorum Georges A. L. Droz* (A. Borrás - A. Bucher - A. V. M. Struycken - M. Verwilghen, eds.), La Haya, 1996, págs. 7 a 23; *ibidem*, «La ratificación por Holanda del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989, sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte», en *REDI*, núm. 48, julio/diciembre de 1996, págs. 363 y 364.

ven los requisitos establecidos por las dos legislaciones que puedan resultar de aplicación. Sin embargo, además de que se trata de una solución prevista en un instrumento convencional respecto del que no tengo noticia que haya entrado en vigor en España, puede que se trate de regulaciones muy divergentes en la materia que ahora nos ocupa, lo que dificulta notablemente la aplicación práctica de la solución prevista en el instrumento normativo convencional. Es por esta razón por la que MARTÍNEZ GARCÍA preconiza la aplicación de las normas correspondientes a la vecindad civil de cada uno de los otorgantes a la revocación que pretendan efectuar (51). Sin embargo, esta propuesta no nos sirve para solucionar el caso en el que la nueva ley civil del revocante no contemple la regulación del testamento mancomunado, amén de que puede ser objeto de críticas evidentes desde la perspectiva de la necesaria seguridad jurídica que ha de darse a la posición del cootorgante no revocante. Es por ello que parece más razonable adherirse a la propuesta defendida por BETEGÓN SANZ en el ámbito del Derecho Civil aragonés, de acuerdo con la cual la revocación del testamento mancomunado requerirá el cumplimiento de los requisitos especiales que se prevean en la ley conforme a la cual se ha otorgado, con independencia de cual sea la vecindad civil que tenga el revocante en el momento de realizar la revocación (52).

- c) Cambio de vecindad civil por uno de los otorgantes o por alguno de ellos —o, incluso, por todos ellos—, una vez que el testamento mancomunado ya ha sido válidamente otorgado. Esta mutación de vecindad civil no afecta a la validez del testamento mancomunado ni a los requisitos y formalidades exigidos para su revocación que serán los exigidos por la ley civil bajo la que fue otorgado, por la en él pactada o por la del otorgante que pretenda revocar el testamento, de acuerdo con lo dicho.

- B) Otorgantes respecto de los que se acredite, en un momento posterior al acto de otorgamiento, que en aquél momento no

(51) MARTÍNEZ GARCÍA, M. Á., «Comentario al artículo 137 de la LDCG», en *Derecho de Sucesiones de Galicia*, op. cit., pág. 128.

(52) BETEGÓN SANZ, C., «Conflictos interregionales en materia de Derecho Sucesorio aragonés», en *Actas de los décimos encuentros del Foro de Derecho aragonés (Huesca-Zaragoza, noviembre de 2000)*, «El Justicia de Aragón», Zaragoza, 2001, pág. 131.

reunían las condiciones de capacidad exigidas para testar mancomunadamente.—De acuerdo con la regla general, aplicada por la jurisprudencia a estos supuestos, la contravención de las normas imperativas en materia de formalidades testamentarias conlleva la nulidad absoluta del negocio jurídico. Frente a este parecer que resulta con naturalidad de la aplicación al caso de la previsión contenida en los artículos 6.3 y 687 del Código Civil, se ha planteado en la doctrina la posibilidad de mantener la eficacia del negocio en virtud de la aplicación del principio del *favor testamentii* y de la toma en consideración de la buena fe de los otorgantes. Si ésta concurre, la aplicación de aquel principio abogaría por la admisión de la posibilidad de convertir el testamento mancomunado en dos, o más, testamentos individuales siempre que se reúnan los requisitos de capacidad y de forma que se exijan para éstos. Esta propuesta procede de la doctrina alemana (53) y si bien resulta difícilmente asumible en el Ordenamiento jurídico español, de acuerdo con el que la jurisprudencia ha sancionado la nulidad de un testamento ológrafo otorgado por dos cónyuges en el que se instituían recíprocamente herederos, escrito y firmado por el marido y con la huella digital de la mujer (la STS de 29 de enero de 1960 [RJ 1960/894] declaró la nulidad de pleno derecho de aquel testamento, sin que se admitiese la posibilidad de su conversión en dos testamentos unipersonales), como han puesto de manifiesto los propios *anotadores* del *Derecho de Sucesiones* de Th. KIPP, no encuentro óbice alguno para su admisión en aquellos Derechos Civiles que, como el gallego, admiten el testamento mancomunado. Antes al contrario, la aplicación al caso que nos ocupa de la doctrina de la conversión del negocio nulo (54) (es este, precisamente, el fundamento en que se apoya la doctrina alemana para llegar a la solución cuya aplicación al caso gallego preconizamos, si bien en Alemania la conversión cuenta con el fundamento normativo que se deriva del § 140 BGB), unida al principio *favor testamentii* —al principio de conservación del negocio en esta sede se acude incluso por los autores que lo excluyen como fundamento de la conversión material del contra-

(53) Vid. KIPP, Th., *Derecho de Sucesiones* (traducción de la 11.ª revisión por H. COING), Vol. I, Bosch, Casa Ed., Barcelona, 1976 (2.ª edic.), pág. 357 (§ 34).

(54) Sobre esta doctrina, vid., por todos, DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1985, págs. 486 y sigs. (§§ 542 a 547).

to nulo (55)— y el respeto de la voluntad de los causantes conducen a la misma solución. Por cierto, esta solución es admitida expresamente en el Código Civil español para los supuestos de testamentos cerrados nulos por no reunir las formalidades exigidas para ello que pueden ser válidos como ológrafos, siempre y cuando reúnan los requisitos que para la validez de éstos se exigen en el Código Civil (conversión formal admitida ex art. 715 del CC) (56). Pues bien, como la diversidad de las formas testamentarias no entraña una diversidad de función, la causa se muestra como irrelevante a los fines de la caracterización del negocio *mortis causa*, siendo las formalidades o solemnidades testamentarias únicamente exigidas en orden a garantizar que se cumpla la efectiva voluntad del testador, es lógico que se permita valorar el cumplimiento de éstas en función de otra forma testamentaria considerada como suficiente, pues con ello la voluntad del testador puede permanecer incólume (si se ha querido el testamento cerrado, se querría también como ológrafo) (57). Estas consideraciones tendrán virtualidad práctica especialmente si se exige la forma abierta notarial, premisa de la que, como hemos manifestado, discrepamos, en orden a permitir como testamentos ológrafos individuales el que inicialmente se pretendía mancomunado, aunque también podrían tenerla en relación con el supuesto prístino que originó estas consideraciones: testamento manco-

(55) Es el caso significativo de ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, T. I (*Introducción y Parte general*), Ed. Librería Bosch, S. L., Barcelona, 2002 (15.^a edic.), pág. 868 (§ 105.8).

(56) Entre otros, vid. TORRES GARCÍA, T. F., *El testamento ológrafo*, Ed. Montecorvo, S. A., Madrid, 1977, págs. 454 a 465.

(57) Vid. Díez SOTO, C. M., *La conversión del contrato nulo (Su configuración en el Derecho Comparado y su admisibilidad en el Derecho español)*, J. M.^a Bosch Ed., S. A., Barcelona, 1994, págs. 55 y 56. Se trata de un supuesto de «conversión formal» —la transformación no toca al negocio, que sigue siendo el mismo—, cuyo fundamento residiría en remediar los resultados injustos que puede implicar un excesivo formalismo negocial, en aplicación del principio de conservación del negocio jurídico (DE CASTRO Y BRAVO, F., «El negocio jurídico», *op. cit.*, págs. 487 a 489). La conversión de una forma testamentaria —testamento cerrado— en otra —ológrafo— operaría únicamente en el plano de los efectos que el ordenamiento vincula a la observancia de una determinada forma, entendida como estructura externa del supuesto negocial, y no en el plano de los efectos inherentes a la naturaleza y causa del propio negocio que, desde esta perspectiva, se puede considerar conservado y no tanto convertido (DÍEZ SOTO, C. M., «La conversión...», *op. cit.*, pág. 159). En efecto, en los supuestos de conversión formal, no es necesario indagar los elementos subjetivos del negocio que se convierte (por todos, CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico* [traducción del italiano, prólogo y notas de M. Albaladejo], Ed. Aguilar, Madrid, 1956, pág. 313 [§ 90]).

munado otorgado en forma abierta notarial que como tal no vale por no ser los otorgantes cónyuges gallegos —o de otra vecindad civil que admita este tipo testamentario—.

Las consideraciones realizadas que permiten fundar que sobre el testamento mancomunado otorgado por dos o más sujetos que no reunían, en el momento de otorgarlo, los requisitos subjetivos de capacidad exigidos, no recae necesariamente la sanción de nulidad absoluta, permite también argumentar la posibilidad de sanación de aquellos defectos de capacidad si en un momento posterior los otorgantes reúnen tales requisitos: adquieren la vecindad civil gallega en un momento posterior al otorgamiento del testamento. Pues bien, si se admite la distinción formulada, entre nosotros, por LACRUZ al hablar de la ineficacia del negocio jurídico testamentario entre los supuestos de falta absoluta de capacidad y, por lo tanto, de consentimiento (supuesto próximo a la inexistencia) y los supuestos en los que se aprecia un defecto no sustancial de capacidad (que conllevaría la anulabilidad), en estos últimos la aplicación del principio de conservación de los actos y negocios jurídicos que, aunque no lo diga expresamente para el negocio testamentario en general, el Código Civil sí lo reconoce de manera implícita, para ciertas hipótesis —arts. 675.2, 737, 750, 752, 753, 754, 792 y 814, entre otros—, es posible diferenciar entre nulidad total y parcial del testamento (58). Es cierto que aunque parece que el Derecho histórico español contemplaba la posibilidad de sanación, convalidación o convalencia del testamento viciado (Ley 6.^a, Título VIII de la Partida VI), el Código Civil no lo hace expresamente, si bien, fundamentalmente en aplicación del principio *favor testamentii*, la jurisprudencia así lo ha hecho en virtud de la manifestación expresa o tácita de los sucesores en orden a aceptar aquel testamento como válido (59), acudiendo en ocasiones a la teoría de los propios actos para desestimar la acción de nulidad. Acaso por esta razón la doctrina tiende a considerar que la sanación del testamento nulo se configura como una renuncia a la acción de

(58) Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos de Derecho Civil», T. V, *op. cit.* (5.^a edic.), págs. 258 y 259 (§ 49.230).

(59) Entre otras, SSTS de 25 de marzo de 1940 [RJ 1940/198], 15 de marzo de 1951 [RJ 1951/997], 26 de noviembre de 1955 [RJ 1955/3288], 20 de octubre de 1962 [RJ 1962/3980], 14 de junio de 1963 [RJ 1963/3059], 24 de octubre de 1963 [RJ 1963/4157], 14 de febrero de 1981 [RJ 1981/526], 9 de julio de 1986 [RJ 1986/4425], 28 de julio de 1986 [RJ 1986/4621] y de 26 de abril de 1995 [RJ 1995/3257].

nulidad, sin que suponga una convalidación estructural del negocio testamentario (60). Frente a esta tesis tradicional, últimamente se ha preconizado que la convalidación en estos casos conlleve no sólo el aspecto negativo derivado de la inadmisión de la acción de nulidad, sino también un contenido positivo fundado en el acuerdo convalidatorio de los interesados que justificaría el hecho de que el testamento regle las situaciones que en el futuro puedan producirse (61).

La admisión de la pluralidad de cootorgantes y la supresión del requisito de la condición de cónyuges de los mismos.—Al igual que sucede con el denominado «testamento de hermandad» del Derecho Civil navarro, que puede ser otorgado por una pluralidad de disponentes (ex Ley 199 de la CDCFN; en el caso más frecuente se tratará de varios hermanos) y parcialmente —en tanto que reduce la posibilidad de otorgar testamento mancomunado a dos personas— en el vigente Derecho aragonés que permite testar mancomunadamente a dos aragoneses sin necesidad de que entre ellos exista vínculo parental o afectivo alguno (art. 102.1 de la LSCMA) y a diferencia de la LDCG/1995, que exigía que los otorgantes tuviesen la condición de cónyuges en el momento del otorgamiento, el artículo 187.1 de la LDCG/2000 permite que el testamento mancomunado sea otorgado por una pluralidad de sujetos sin requerir la concurrencia de vínculo parental o afectivo alguno. De esta manera, pueden utilizar esta forma de ordenar la sucesión hereditaria personas unidas por vínculos parentales distintos del conyugal y, por supuesto, los integrantes de parejas que convivan *more uxorio*, lo que supone la superación de una de las críticas que se realizaban a la Ley gallega de 1995. El precepto es fruto del documento prelegislativo elevado al *Conselleiro de Xustiza, Interior e Relacións Laborais* en julio de 2001, seguramente en orden a posibilitar que las parejas estables no matrimoniales pudiesen testar, fórmula con la que se evitaba toda alusión a aquella realidad social que se desconoció por el legislador gallego hasta un momento en que ya se encontraba avanzada la tramitación parlamentaria de la

(60) En este sentido, GULLÓN BALLESTEROS, A., «La confirmación», en *ADC*, 1960, pág. 1.209; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., «La sanatoria excepcional de las disposiciones testamentarias nulas», en *RDP*, 1977, págs. 644 a 648. En la jurisprudencia la convalidación entendida al modo que lo hacen estos autores se ha aplicado normalmente a los supuestos de nulidad por vicios de forma del testamento (SSTS de 14 de febrero de 1981 [*RJ* 1981/526], 9 de julio de 1986 [*RJ* 1986/4425] y de 28 de julio de 1986 [*RJ* 1986/4621]), pero no a los casos en que existe un vicio material o cuando aquella deriva del incumplimiento de una prohibición legal (SSTS de 24 de octubre de 1963 [*RJ* 1963/4157], 25 de junio de 1990 [*RJ* 1990/4892] y SAP de Vizcaya, de 14 de mayo de 1998 [*RJ* 1998/5344]). Vid. ÁLVAREZ LATA, N., «LEA. Derecho de Sucesiones», *op. cit.*

(61) CAPILLA RONCERO, F., «Nulidad e impugnabilidad del testamento. Algunas consideraciones sobre el régimen de ineficacia del testamento inválido», en *ADC*, 1987, pág. 79.

LDCG/2006, fruto de las enmiendas de adición presentadas por los Grupos Parlamentarios del «PPdeG» y del «BNG» (62).

Como ya se ha señalado, la admisión de la posibilidad de testar mancomunadamente sin exigir la preexistencia, entre los cootorgantes, de vínculo subjetivo alguno no es una peculiaridad exclusiva del Derecho Civil gallego. El legislador aragonés así lo admitió también en sendas leyes del año 1999. En la primera de ellas, reguladora de las *parejas estables no casadas*, estableció expresamente que los miembros de la pareja estable no casada podrán testar de mancomún de conformidad con lo dispuesto en la legislación sucesoria aragonesa (art. 15 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, de *parejas estables no casadas*) (63). La segunda de aquellas leyes, cuya tramitación en las Cortes de Aragón coincidió cronológicamente con la ya citada y cuya entrada en vigor es sólo unos meses posterior, es la propia LSCMA, en cuyo artículo 102.1 se dispone expresamente que «*los aragoneses, sean o no cónyuges o parientes, pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón*». Obviamente la existencia de este precepto hace prescindible aquél, puesto que incluso la pareja no casada que no esté sometida, por no reunir los requisitos exigidos para ello (v.gr., por estar vinculados matrimonialmente con otras personas), a la ley especial reguladora de las parejas estables, pueden testar mancomunadamente. A juicio de MERINO HERNÁNDEZ, este precepto únicamente buscaba permitir el testamento mancomunado entre convivientes de hecho, pero el afán del legislador por conseguir esta finalidad lo ha llevado a consagrar una regulación subjetiva del testamento mancomunado que desvirtúa la esencia del mismo en el Derecho Civil aragonés y que supone algo no buscado por nadie —*matar moscas a cañonazos*— al permitir testar mancomunadamente a personas —eso sí, los intérpretes reducen la posibilidad a dos *cotestadores*— no relacionadas por vínculo parental alguno (64).

El requisito de la *condición de «cónyuges» de los otorgantes del testamento mancomunado para establecer disposiciones correspectivas*.—El hecho de que el legislador gallego de 2006 haya hecho abstracción del vínculo personal existente entre los cootorgantes del testamento mancomunado en orden a permitir la ordenación de la sucesión hereditaria en un único instrumento notarial tiene un límite, constituido por la previsión de disposiciones correspectivas. En efecto, al regular las *disposiciones correspectivas* en el testamento mancomunado se exige expresamente que los disponentes

(62) BOPG, núm. 98, de 10 de marzo de 2006, págs. 7384 y 7385.

(63) BOA, núm. 39, de 6 de abril de 1999.

(64) Vid. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario a los artículos 15 y 16 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), T. XXXIII, Vol. 1.º, EDESA, Madrid, 2000, págs. 751 a 754; *ibidem*, MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario del artículo 102 de la LSCMA», *op. cit.*, pág. 719.

sean esposos (art. 187.2), debiendo integrarse esta previsión con la contenida en la DA 3.^a de la propia LDCG/2006, en la que se equiparan al matrimonio «*las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia*» (64 bis). De esta manera, en la práctica, se está privando a los no casados y a quienes no tengan la condición de relación marital en los términos contemplados en la mencionada DA 3.^a, la utilización de esta forma de regular su sucesión hereditaria pues, como ya hemos visto, la peculiaridad del testamento mancomunado que constituye su razón de ser es la posibilidad de que contenga disposiciones recíprocamente condicionadas o disposiciones correspectivas.

Habiéndose establecido el requisito de que los cootorgantes del testamento mancomunado tengan la condición de cónyuges en el momento de otorgarlo, de inmediato surge la pregunta acerca de los efectos sobre el testamento mancomunado otorgado derivados de una situación de crisis matrimonial sobrevenida. Frente a la regulación expresa de la que es objeto esta situación en los Derechos Civiles propios de Navarra (Ley 201 de la CDCFN) y de Aragón (art. 123 de la LSCMA —con carácter general para todas las disposiciones correspectivas y liberalidades concedidas en testamento entre los cónyuges [lo que origina un trato discriminatorio respecto a la ruptura de las uniones de hecho] y no sólo para el testamento mancomunado—), en los que se prevé que la nulidad, la separación o el divorcio —incluyéndose, en el caso de Aragón, los supuestos en los que haya sobrevenido la muerte de uno de los cónyuges durante la tramitación de los procedimientos dirigidos a la declaración de la separación, divorcio o nulidad— determina la ineficacia de las disposiciones realizadas en el testamento mancomunado a favor del otro cónyuge y también de las correspectivas, la LDCG guarda silencio al respecto. Este silencio de la Ley gallega supone que en los supuestos de crisis matrimoniales el testamento mancomunado que haya sido otorgado válidamente mantiene su vigencia en todas sus disposiciones, incluidas las liberalidades recíprocas que pudieran haberse realizado los cónyuges, de manera que será necesaria una nueva declaración de voluntad de los otorgantes para dejarlas sin efecto. Es esta la única interpretación posible de acuerdo con el tenor actual de la regulación. Sin embargo, algunos autores que parten de la consideración de las consecuencias gravosas para los cootorgantes que, en determinados casos, puede conllevar esta regulación, han esbozado la posibilidad de acudir a algunos expedientes tendentes a evitar aquellas conse-

(64 bis) La redacción dada a esta norma por la Ley 10/2007, de 28 de junio, de reforma de la Disposición Adicional 3.^a de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia [DOG núm. 127, de 2 de julio de 2007; BOE núm. 226, de 20 de septiembre de 2007] exige la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, con carácter constitutivo. Este Registro ha sido objeto de regulación en virtud del Decreto 248/2007, de 20 de diciembre [DOG núm. 5, de 8 de enero de 2008].

cuencias. En este sentido se ha señalado la posibilidad de acudir a la aplicación analógica a este caso de las causas de revocación de las donaciones por razón de matrimonio (ex art. 116.2 de la LDCG, que implica la ineficacia en contra del cónyuge de mala fe); así como la representada por la extensión de la eficacia de la sentencia de nulidad, separación o divorcio que conllevaría la decadencia de las cláusulas recíprocamente condicionadas que contuviese el testamento mancomunado.

d) Modificación y revocación

El testamento mancomunado es naturalmente revocable. En el artículo 190 de la LDCG/2006, el legislador gallego se limita a enunciar este carácter del mismo y a señalar que la revocación del testamento mancomunado puede realizarse por los testadores también mancomunada o conjuntamente o de forma unilateral por uno sólo de ellos, si bien en este último caso, exclusivamente en lo concerniente a las disposiciones no correspectivas. Es la modificación y la revocación unilateral la que presenta mayores dificultades y por ello el legislador gallego se ha preocupado de dotarlas de un régimen jurídico propio en los artículos 191 y 192 de la LDCG/2006, tanto para el caso en que los cootorgantes vivan en el momento de realizarse como para el caso en que alguno de ellos haya premuerto o haya devenido incapaz para testar (art. 191.2 de la LDCG/2006).

i) Revocación mancomunada o conjunta

La forma usual de llevar a cabo la revocación conjunta de un testamento mancomunado será mediante el otorgamiento de un nuevo testamento mancomunado. El artículo 192.1 de la LDCG/2006, siguiendo el parecer expresado por algún autor bajo la vigencia de la Ley de 1995 (65), precisa que la revocación de un testamento mancomunado habrá de hacerse en otro testamento mancomunado posterior, otorgado en forma abierta notarial. El precepto ha de aplicarse también al caso de modificación del testamento mancomunado anterior y con independencia de que se trate de una revocación conjunta o por sólo alguno —o algunos— de los cootorgantes. El otorgamiento de este testamento mancomunado posterior producirá, como conse-

(65) Es este el parecer de GUTIÉRREZ ALLER, V., «Derecho Civil de Galicia (Comentarios á Lei 471995, do 24 de maio)», *op. cit.*, pág. 402; *ibidem*, «Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 101. En este sentido expresamente también LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 138 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 1.054.

cuencia, la ineficacia de las disposiciones revocadas, con independencia de que éstas fuesen o no recíprocamente condicionadas.

Sin embargo, no se alcanza a ver, y quienes lo proponen y defienden no aportan argumento alguno en defensa de su tesis, por qué no puede producirse la revocación a través de otras instituciones sucesorias posteriores al otorgamiento del testamento mancomunado si consta de manera indubitada la voluntad común y concordante en este sentido de los cootorgantes. Estas instituciones sucesorias pueden ser significativamente tanto el pacto de mejora como el apartamiento realizados con posterioridad a aquel testamento mancomunado, e incluso puede admitirse que la modificación de éste se lleve a cabo como consecuencia del otorgamiento de nuevas capitulaciones matrimoniales (*ex arts. 173 y 174 de la LDCG/2006*) (66).

ii) *Revocación unilateral*

De acuerdo con lo ya adelantado, la LDCG/2006, después de enunciar la posibilidad y sus límites en el inciso 2.º del artículo 190, dedica sus artículos 191 y 192 a regular los requisitos y las formalidades que se exigen en orden a la viabilidad de la revocación o modificación de un testamento mancomunado por uno sólo de los otorgantes, diferenciando el supuesto en que ambos cónyuges vivan en el momento en que aquélla tiene lugar y el supuesto en que cuando uno de ellos decida revocarlo el otro haya muerto ya. Si las disposiciones realizadas en el testamento unilateral posterior al testamento mancomunado no afectan al contenido de las cláusulas recíprocamente condicionadas previstas o disposiciones correspectivas en éste, se entiende que no ha habido voluntad de aquel testador de revocarlas y continúan vigentes, sin que para la validez de este nuevo testamento se exija la forma y la notificación prevenidas en el artículo 192.2 de la LDCG/2006 y pudiendo otorgarse tras el fallecimiento de uno de los cootorgantes del testamento mancomunado o con posterioridad al momento en que haya devenido incapaz para testar (arts. 190, inciso 2.º y 191.2 de la LDCG/2006).

En sede de consideraciones generales acerca de la revocación unilateral procede señalar también que, en Galicia, a diferencia, *v.gr.*, de lo que ocurre en el Derecho Civil propio de Aragón, por mor de la virulencia con la que en él rige el principio *standum est chartae*, no es eficaz el pacto reflejado en una cláusula testamentaria del testamento mancomunado de conformidad con el cual se prevea la validez de las disposiciones correspec-

(66) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 138 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 1.053.

tivas aun cuando medie modificación unilateral (67). La posibilidad de la modificación o revocación unilateral del testamento mancomunado, verificándose los requisitos y las formalidades que, de inmediato, paso a exponer, se perfila así como una norma de orden público cuya derogación convencional conlleva la nulidad de pleno derecho del acto de contravención (art. 6.3 del CC).

1.º) *Revocación unilateral en vida de ambos testadores*

a) *Requisitos*

Viviendo los cónyuges —o los integrantes de la pareja asimilada al matrimonio por virtud de la DA 3.ª de LDCG/2006— cootorgantes del testamento mancomunado cualquiera de ellos, de manera unilateral, puede revocarlo, produciendo la revocación la ineficacia de las disposiciones correspondientes (art. 191.1 LDCG/2006). A estos efectos, a tenor de lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 192 de la LDCG/2006, se exige la concurrencia de dos requisitos en orden a dotar de eficacia aquella revocación unilateral que afecte a disposiciones recíprocamente condicionadas:

1.º) La utilización de la forma notarial abierta.—Esta exigencia excluye que pueda revocarse un testamento mancomunado mediante la utilización de formas testamentarias no notariales —caso del testamento ológrafo—, así como las formas notariales distintas de la abierta —caso del testamento cerrado—. GUTIÉRREZ ALLER, bajo la vigencia de la Ley de 1995 y asumiendo la tesis de conformidad con la cual todo testamento mancomunado es abierto notarial, ha precisado que la revocación unilateral puede llevarse a cabo mediante la utilización de un testamento mancomunado en el que uno de los otorgantes revoca el testamento anterior y el otro no (68). En este caso, el propio acto de otorgamiento del testamento mancomunado revocatorio implica la notificación de la misma dada la ineludible presencia del otorgante no revocante en este acto. En efecto, en el caso de que la revocación unilateral se articule mediante el otorgamiento de un testamento mancomunado en forma notarial abierta, en este mismo acto se integraría el segundo de los requisitos que se exigen en el artículo 192.3.º de la LDCG/2006, pues es evidente que

(67) En el Derecho aragonés la facultad de revocar el testamento mancomunado por uno de los cónyuges cootorgantes se introduce como novedad, respecto del Derecho contenido en los Fueros y Observancias, en el Apéndice de 1925 (vid. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Apéndice foral aragonés», en *RCDI*, 1928, pág. 797).

(68) Vid. GUTIÉRREZ ALLER, V., «Derecho Civil de Galicia (Comentarios a Lei 471995, do 24 de maio)», *op. cit.*, pág. 403; *ibidem*, «Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 103.

el mismo acto de otorgamiento mancomunado implica necesariamente que el otro testador tiene conocimiento de la revocación.

2.º) La notificación de la revocación realizada al cootorgante del testamento mancomunado. La ausencia de notificación, o la notificación practicada de forma inadecuada, conlleva la nulidad del testamento revocatorio y de los ulteriormente otorgados (69).

b) Forma, contenido y plazo de la notificación de la revocación

A diferencia de las previsiones realizadas en la regulación de esta notificación en el Derecho Civil propio de Navarra, en el que se exige que conste «*de forma fehaciente*» el conocimiento de todos los demás cootorgantes de la revocación realizada (Ley 202 de la CDCFN) y en el Derecho Civil del País Vasco, en el que se exige la realización de la «*notificación fehaciente*» (art. 175.2, *in fine*, de la LDCFPV), el artículo 192 de la LDCG/2006, al establecer en su apartado 2.º que la revocación habrá de ser notificada a los otros otorgantes y, en su apartado 3.º, al someter la eficacia de la revocación de las disposiciones correspectivas a la práctica de la notificación al otorgante no revocante, no exige el carácter fehaciente de la notificación, cuya ausencia no afecta a la validez de la revocación en el caso de que no afecte a disposiciones correspectivas, supeditándose la eficacia en el caso de que sí afecte a disposiciones de esta naturaleza a que el otorgante no revocante tenga conocimiento efectivo —por cualquier medio— de la misma. Se trata de una obligación, la realización de esta notificación, que se impone no al notario autorizante —como sucedía de conformidad con el artículo 139.2 de la LDCG/1995—, sino al testador revocante que, en el caso de revocación de disposiciones correspectivas habrá de cumplirla a través de la utilización de un acta notarial de notificación autorizada por el propio notario que haya autorizado la revocación. El aludido parece ser el instrumento notarial adecuada para cumplir aquella obligación pues «*las actas de notificación tienen por objeto dar a conocer a la persona notificada una información o una decisión del que solicita la intervención notarial*» (art. 202, párr. 1.º del RNot).

Será contenido preceptivo de este acta de notificación la comunicación del hecho del otorgamiento, por el cootorgante del testamento mancomunado revocado, de un testamento revocatorio, así como la especificación de las cláusulas de aquél que hayan resultado afectadas por la revocación.

La notificación es de carácter recepticio (70) y personalísima, lo que implica que habrá de realizarse al cootorgante del testamento revocado, sin

(69) STSJ de Aragón, de 29 de mayo de 1991 [RJ 1992/7072].

(70) Frente al carácter no recepticio con el que parece configurarse en el artículo 106 de la LSCMA, según la interpretación del mismo que realiza GARCÍA VICENTE, asentada en

que sea posible entregarla a un sujeto distinto de éste. A causa de la finalidad perseguida con la exigencia de esta notificación y que no es otra que el posibilitar el conocimiento de la revocación a fin de que el cootorgante no revocante pueda adoptar las medidas que estime convenientes, en el caso de que éste se encuentre privado de capacidad en el momento de recibir la notificación y, puesto que aquellas medidas que estime convenientes presumiblemente consistirían en el otorgamiento de unas disposiciones de última voluntad distintas de aquéllas que hizo constar en el testamento mancomunado, al no poder testar nuevamente se convierte en inviable la consecución de aquella finalidad, lo que conduce a pensar en lo razonable que es asimilar esta situación a la de fallecimiento del cootorgante, como hace el artículo 191.2 de la LDCG/2006, asumiéndose así normativamente la interpretación preconizada sobre el texto de artículo 140 de la LDCG/1995 que no contemplaba esta asimilación, sino únicamente el de fallecimiento de un cónyuge (71). En efecto, comoquiera que, salvo en el excepcional supuesto del intervalo lúcido, el incapaz no puede testar y el representante legal no puede adoptar por él las medidas tendentes a reparar el equilibrio roto por la revocación unilateral del testamento mancomunado en el que se contenían disposiciones correspectivas, la solución más coherente —concordante con la asumida en la LDCG/2006— consiste en equiparar al incapaz para testar con el fallecido a estos efectos.

En cuanto al lugar en el que ha de practicarse la notificación de la revocación unilateral, el tenor literal de los apartados 2.º y 3.º del artículo 192 de la LDCG/2006, aunque no lo dice expresamente, induce a pensar que ha de realizarse en el domicilio real del cootorgante o cootorgantes del testador revocante, lo que a su vez resulta coherente con el hecho de que se exija el conocimiento efectivo del cootorgante de la revocación realizada para que, en el caso de que afecte a disposiciones correspectivas, produzca efectos. El notario la practicará en la dirección que le indique el testador revocante, así como en el indicado en el propio testamento, en el caso de que ambos no coincidan. En defecto de indicación expresa por el revocante, por desconocimiento de cuál sea el domicilio real actual, la notificación se practicará en el domicilio que, en

la consideración del deber de comunicar la revocación al cootorgante más como un deber moral que como un deber jurídico (vid. GARCÍA VICENTE, F., «Comentario al artículo 106 de la LSCMA», en *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil* [J. Delgado Echeverría, coord.], Ed. Librería General, S. A., Zaragoza, 1999, pág. 98).

(71) En este sentido, BUSTO LAGO, J. M., «La sucesión testada en el Derecho Civil propio de Galicia...», *op. cit.*, págs. 1579 y 1580. Solución esta por la que se inclinó también de manera expresa MARTÍNEZ GARCÍA (vid. MARTÍNEZ GARCÍA, M. Á., *Comentario al artículo 139 de la LDCG [El testamento abierto notarial]*, pág. 133), y que en virtud de la justificación expuesta, estimo preferible a aquella otra que entiende que en el caso de que el receptor de la notificación se encuentre incapacitado ésta habrá de practicarse a su representante legal.

su caso, se hubiese previsto en el testamento mancomunado revocado a efectos de realizar notificaciones de este tipo. Subsidiariamente podrá acudir a la dirección que aparezca como domicilio de los cootorgantes en el testamento mancomunado revocado. Si ninguna de estas tres posibilidades hace viable la práctica de la notificación personal por no coincidir ninguno de estos tres domicilios con el actual y desconocido del testador no revocante, la LDCG/2006 ha suprimido la norma de cierre contenida en el último inciso del párrafo 2.º del artículo 139 de la LDCG/1995, que permitía que la notificación se realice por medio de edictos. En efecto, la LDCG de 1995, al igual que la Ley 201.2 de la CDCFN, permitía la notificación de la revocación del testamento mancomunado por medio de edictos, si bien aquélla, a diferencia de ésta, no contenía ninguna previsión ulterior acerca de cómo había de llevarse a cabo esta notificación edictal. En efecto, en el número 2 de la Ley 201 de la CDCFN se prevé que cuando fuere ignorado el paradero de la persona a quien haya de comunicarse la revocación, podrá hacerse la notificación por edictos, previa justificación de aquella situación mediante acta notarial de notoriedad o información *ad perpetuam memoriam*, publicándose los edictos en el *BOE*, en el *BOP* y en uno de los periódicos de mayor circulación en el lugar correspondiente al último domicilio conocido del testador al que pretende hacérsele llegar la noticia de la revocación.

Ante el silencio de la LDCG/2006 al respecto, acaso haya que integrar el contenido de la notificación edictal con las previsiones al respecto de las comunicaciones mediante edictos contenidas en el artículo 164 de la LECiv/2000, en el que se prevé la publicación de la notificación bien en un Diario Oficial —de la provincia, de la CA o del Estado—, bien en algún diario de difusión nacional o provincial, a costa del testador revocante, a lo que prudentemente podría añadirse la publicación en el tablón de anuncios del Ayuntamiento del último domicilio conocido del testador no revocante.

En consecuencia, *v.gr.*, si el cotestador no revocante se encontrase en situación de ausencia, sería posible acudir a la notificación por edictos, pues se requiere que la notificación sea personal, lo que no permite que se haga a su representante o al defensor del ausente (*v.gr.*, en los supuestos de ausencia no declarada recogidos en los artículos 46 a 50 de la LDCG/2006). Por el contrario, en aquellos casos en los que proceda la declaración de fallecimiento de acuerdo con las previsiones de los artículos 193 y 194 del Código Civil, no cabe notificación edictal, si no que habrá de asimilarse esta situación a la del fallecimiento del cootorgante, situándonos entonces en el ámbito de aplicación del artículo 191.2 de la LDCG/2006 (72), a tenor del cual las disposiciones correspondientes son irrevocables.

(72) En este sentido, aunque realiza tales consideraciones a propósito del testamento de hermandad propio del Derecho Civil de Navarra, GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Comentario de la Ley 202 de la CDCFN», *op. cit.*, pág. 871.

En cuanto al plazo de que dispone el revocante para practicar la notificación de la revocación a través del notario que la haya autorizado, éste, de conformidad con lo expresamente prevenido en el propio artículo 192.3 de la LDCG/2006, es de treinta días hábiles, constituyendo el *dies a quo* del cómputo del mismo el día siguiente a aquél en que haya sido otorgado el testamento abierto revocatorio (así resulta de la aplicación de la regla sobre el cómputo civil de los plazos contenida en el art. 5.1 del CC). La previsión expresa de la exclusión de los días inhábiles del cómputo del meritado plazo civil supone una excepción de la regla general del artículo 5.2 del Código Civil.

Aunque la LDCG/2006 no lo diga expresamente, una vez practicada esta notificación por el notario, mediante *nota* hará constar en el testamento revocatorio que así lo ha hecho. En efecto, en el testamento revocatorio habrá de quedar constancia tanto de la intimación al notario para que practique la notificación, como, en *nota* posterior, del hecho de la práctica efectiva de la misma y, en su caso, de las vicisitudes relevantes que en su realización hayan tenido lugar.

c) Efectos de la notificación de la revocación y de su ausencia

La práctica de la notificación en el tiempo y en la forma indicadas no parece erigirse en *conditio iuris* de la eficacia de la revocación unilateral del testamento mancomunado realizada por uno de sus cointerferentes. En el caso de que la revocación no afecte a disposiciones correspectivas, la falta de notificación, abstracción hecha de la causa de la falta de práctica de la misma —y, por lo tanto, con independencia de que sea o no imputable al testador revocante—, no afecta a la validez de la revocación realizada en forma abierta notarial (ex inciso 2.º del art. 192.2 de la LDCG/2006). Practicada de manera fructífera, en tiempo y forma, los efectos de la misma se retrotraen a la fecha de otorgamiento del testamento abierto notarial revocatorio del mancomunado.

En el caso de que durante el periodo de treinta días hábiles de que se dispone el cointerferente revocante para realizar la notificación de la revocación que afecta a disposiciones correspectivas, el cointerferente no revocante a que ésta se dirija fallezca —asimilándose a este supuesto, como ya se ha señalado, la pérdida de su capacidad para testar—, si antes de este momento la notificación se ha practicado en tiempo y forma en su domicilio real aunque, por causas ajenas al revocante, no haya llegado a tener conocimiento efectivo de la misma, parece que ha de considerarse eficaz la revocación. Si fallece o deviene incapaz para testar durante ese plazo de treinta días hábiles y antes de que la notificación le haya sido practicada, la revocación es ineficaz,

aunque no faltan voces que reclaman —sobre el texto del art. 139 LDCG/1995, pero el argumento es trasladable al Texto de 2006— la conservación de su efectos pues en caso contrario, dicen, se estaría haciendo depender la eficacia de la revocación de un acontecimiento externo y extraño a la esfera de influencia del testador revocante, limitando su libertad testatoria (73).

La falta de notificación de la revocación si es imputable al testador revocante o al notario, por no haberse intentado, la convierte en ineficaz, con independencia de la responsabilidad civil en la que pueda incurrir el notario autorizante del testamento revocatorio ineficaz por esta causa. En los casos en que se haya intentado de manera infructuosa, fuera del caso en que la imposibilidad de practicarla sea imputable al cotestador no revocante que se niegue a recibirla, en cuyo caso la revocación deviene eficaz, la revocación es ineficaz hasta el momento en que, por cualquier medio, el testador no revocante tenga conocimiento de la misma.

En todo caso, si la notificación no ha podido llevarse a cabo personalmente en el domicilio real del cotestador no revocante por causa imputable al cotestador revocante, las consecuencias de su comportamiento habrán de recaer en su propia esfera jurídica, lo que se deriva del hecho de que la revocación del testamento mancomunado por él pretendida será ineficaz (sin que quepa además imponerle la sanción derivada de su consideración de indigno como previene para casos similares el art. 13.g) de la LSCMA). Por el contrario, si es al notario al que cabe imputar la defectuosa notificación de la revocación y que, por esta causa, la misma resulte ineficaz, éste habrá incurrido en un comportamiento generador de su responsabilidad civil. Responsabilidad civil en la que incurriría el notario tanto en el caso de que incumpla sus obligaciones de advertir al testador revocante de la necesidad de practicar la notificación, de comprobar la existencia de testamentos mancomunados anteriores, como también en el caso de que, instada la práctica de la notificación por el revocante, éste la practique extemporáneamente, si bien en este caso, de llegar a tener conocimiento real, aunque extemporáneo, el cotestador no revocante, la LDCG/2006 le concede plena eficacia a la revocación, en línea con lo que resultaba razonable mantener bajo la vigencia de la Ley de 1995.

2.º) *Revocación unilateral tras el fallecimiento o tras el advenimiento de la incapacidad para testar de uno de los testadores*

En el caso de que la revocación no afecte a disposiciones correspondientes, de lo dispuesto en el artículo 190 de la LDCG/2006 resulta que el testamento

(73) En este sentido, MARTÍNEZ GARCÍA, M. Á., «Comentario al artículo 139 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 135.

mancomunado es naturalmente revocable por cualquiera de los cootorgantes, tanto de manera conjunta por todos o por algunos de ellos, como individualmente, sin perjuicio de la aplicación del requisito de forma que resulta del artículo 192.1 LDCG/2006.

En el caso de que la revocación o la modificación afecte a disposiciones correspondientes, la lectura del artículo 191.2 de la LDCG/2006 revela que no es posible revocar o modificar las disposiciones recíprocamente condicionadas contenidas en un testamento mancomunado tras el fallecimiento de uno de los cootorgantes —de modo similar a lo que resultaba de la interpretación conjunta del párr. 1.º del art. 139 y del art. 140 de la LDCG/1995—, si bien el supérstite —viudo o exconviviente *more uxorio* con el fallecido— conserva su libertad testatoria respecto al resto del contenido del testamento. La irrevocabilidad, en este caso, de las disposiciones testamentarias correspondientes o recíprocamente condicionadas implica la ineficacia de las cláusulas testamentarias posteriores que afecten a lo que haya sido objeto de condicionalidad recíproca en el testamento mancomunado, pero no a su totalidad (ex art. 191.1 LDCG/2006). En efecto, el cotestador supérstite conserva esta libertad para otorgar testamentos posteriores meramente aclaratorios o complementarios y también para disponer *mortis causa* de bienes no comprendidos en el testamento mancomunado, así como para establecer disposiciones que carezcan de contenido patrimonial. Todo ello es viable porque las disposiciones *mortis causa* —sean o no testamentarias— posteriores que acaban de enunciarse no suponen modificación o revocación del testamento mancomunado otorgado y, en consecuencia, para ello no se exige tampoco el respeto de las formalidades prevenidas en el artículo 192.3 de la LDCG/2006.

A estos efectos, la LDCG de 2006 ha equiparado expresamente al fallecimiento de uno de los cotestadores mancomunados el supuesto en que uno de ellos haya devenido incapaz para testar —con independencia de que haya o no sido incapacitado judicialmente—, pues ello le impide adoptar las medidas necesarias para contrarrestar las disposiciones testamentarias revocadas y reestablecer el equilibrio patrimonial de éstas que el revocante pretende cambiar. Es por ser esta la razón que justifica la equiparación que se ha consagrado normativamente, por lo que se presenta como justificada la interpretación propuesta, bajo la vigencia de la Ley de 1995, por MARTÍNEZ GARCÍA en el sentido de que si la revocación pretendida por el cotestador capaz tiene como única finalidad beneficiar al que ha devenido incapaz podía reputarse eficaz (74). Frente a lo que sucedía al amparo de la legislación de 1995, la literalidad de la norma parece vedarlo ahora de manera radicalmente, si bien el fin de protección de la norma —si se quiere su espíritu y finalidad,

(74) MARTÍNEZ GARCÍA, M. Á., «Comentario al artículo 139 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 137.

ex art. 3.1 del CC— parece amparar el mantenimiento de esta posibilidad puesto que, como ya se ha avanzado, lo que con la interdicción que nos ocupa se pretende no es otra cosa que evitar que quiebre la situación de lealtad y el equilibrio patrimonial que los cotestadores han tomado en consideración en el momento de otorgar el testamento mancomunado y resulta claro que lo ordenado en un nuevo testamento para beneficiar al cotestador que incurre sobrevenidamente en situación de incapacidad para testar no conculca aquel equilibrio de una forma fraudulenta o desleal.

El legislador de 2006 ha sustituido la última previsión contenida en el inciso primero del artículo 140 de la LDCG/1995 en el que se contenía un segundo supuesto de irrevocabilidad de las cláusulas contenidas en un testamento mancomunado: aquéllas que hubiesen sido otorgadas «*en favor de persona incapaz de heredar*», que como ha puesto de manifiesto la práctica totalidad de la doctrina que se ha pronunciado sobre este aspecto (75), en su literalidad era una previsión carente de sentido, en tanto que resulta absurdo prever la irrevocabilidad de disposiciones testamentarias realizadas a favor de personas que no sean capaces de suceder *mortis causa*. Lo que el legislador gallego de 1995 parece que quiso establecer en el referido inciso (76) y que en la Ley de 2006 se ha redactado de forma adecuada, integrando el segundo inciso del artículo 191.2, fue una excepción a la irrevocabilidad de las disposiciones testamentarias recíprocamente condicionadas tras la muerte de uno de los cotestadores, cuando tiene como objeto precisamente aquéllas disposiciones realizadas a favor de personas incapaces para suceder al cónyuge premuerto, porque hubiesen sido declaradas incapaces para sucederlo, porque estuviesen incuras en causas que determinan la incapacidad para sucederlo —lo que ha de entenderse como una remisión a los supuestos de incapacidad para suceder por causa de indignidad contemplados en el art. 756 del CC y también a los supuestos de incapacidades relativas previstos en los arts. 752, 753 y 754 del CC— o porque hubiesen premuerto —lo que se cohonestaba con lo dispuesto en el art. 766 del CC— (77). Aunque el tenor

(75) La única excepción la constituye quien ha sido el primer intérprete, cronológicamente hablando, de este precepto, intentando una imposible interpretación del inciso que nos ocupa en el sentido de que el legislador gallego en él pretendiese beneficiar a los que se encuentren incapacitados judicialmente o que sean objeto de una sustitución ejemplar (CARPIO GONZÁLEZ, I., «Ley de Derecho Civil de Galicia. Estudio de la reforma», en *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 177, octubre de 1995, pág. 2734).

(76) Así, entre otros, MARTÍNEZ GARCÍA, M. Á., «Comentario al artículo 140 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 137; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 140 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 1076; PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., «El Derecho Sucesorio gallego», *op. cit.*, pág. 2054; *ibidem*, «Manual de Derecho Civil gallego» (AA.VV.), *op. cit.*, pág. 227; GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Comentario a la Ley 202 de la CDCFN», *op. cit.*, pág. 811.

(77) En efecto, en todo caso el sucesor ha de existir en el momento de apertura de la sucesión y, además, ha de sobrevivir al causante. Si premuere al causante, extinguida

literal de este inciso se refiere únicamente al cotestador supérstite y, por lo tanto, para el caso de que la irrevocabilidad de las disposiciones recíprocamente condicionadas traiga causa del fallecimiento —o de la declaración de fallecimiento— del cootorgante, podría pensarse que la previsión debe hacerse extensiva al supuesto en que uno de los cootorgantes haya incurrido sobrevinidamente en causa de incapacidad para testar, si bien comoquiera que la capacidad del sucesor ha de calificarse en el momento de apertura de la sucesión hereditaria de acuerdo con lo establecido en el artículo 758 del Código Civil, siempre estaremos en supuestos de cootorgantes premuertos.

El legislador de 2006 ha suprimido el supuesto de irrevocabilidad de las disposiciones testamentarias realizadas a favor del cotestador que premuere dejando hijos sobrevivientes —el concepto se entendía que incluía a los herederos que sean descendientes de grado ulterior—, que contemplaba segundo inciso del artículo 140 de la LDCG/1995, en el que se precisaba la aplicación de esta regla «*sin perjuicio de los derechos de representación o acrecimiento*». De acuerdo con la doctrina mayoritaria que interpretó esta previsión, el único supuesto al que podía referirse el legislador gallego de 1995 era al caso de existencia de descendientes de un descendiente no preterido, puesto que aquéllos representan a éste en la sucesión hereditaria en virtud de testamento de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3.º del artículo 814 del Código Civil (78). Fuera de este supuesto, el derecho de representación no cabe en la sucesión testada. Acaso, dado el carácter imbricado de esta interpretación, había que buscar el origen de la previsión en la Ley 202, párrafo 2.º, 1.º, de la CDCFN, en la que tiene plena relevancia pues, en Navarra, el derecho de representación se da tanto en la sucesión testada como en la intestada.

e) Disposición por actos *inter vivos* de bienes a los que afecten las cláusulas recíprocamente condicionadas

La disposición por negocio jurídico con eficacia *inter vivos* de bienes comprendidos en una cláusula testamentaria correspectiva ha sido objeto de

su personalidad, se extingue también su capacidad para suceder. La necesidad de supervivencia del sucesor o causahabiente al causante viene impuesta por lo dispuesto en los artículos 33, 190, 758 y 766 del Código Civil. En los casos de conmorienencia, en la duda sobre quién ha muerto primero entre dos personas llamadas a sucederse, se presume el fallecimiento simultáneo de ambas, de forma que no ha lugar a la transmisión de derechos hereditarios entre ambas. En consecuencia, la supervivencia del eventual sucesor ha de probarse para que tenga lugar la sucesión hereditaria. Por su parte, el artículo 766 del Código Civil, referido a la herencia testada, determina que el heredero que muere antes que el testador no transmite derecho alguno a sus herederos.

(78) En este sentido, MARTÍNEZ GARCÍA, M. Á., «Comentario al artículo 140 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 138; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 140 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 1.077.

regulación expresa en el artículo 194 de la LDCG/2006, subsanando una omisión, doctrinalmente denunciada, del Texto del año 1995, frente a los ejemplos de Derecho Interregional Comparado representados por los Derechos Civiles propios de Navarra y de Aragón.

En efecto, el supuesto enunciado cuenta con una regulación expresa en las Leyes 203 y 204 de la CDCFN, diferenciando en función de si la disposición por actos *inter vivos* se realiza a título gratuito u oneroso. Respecto al primer supuesto, salvo previsión testamentaria expresa o anuencia de todos los cotestadores, se establece la prohibición (79); mientras que se permite expresamente la disposición a título oneroso de los propios bienes, de los bienes recibidos del cotestador premuerto, salvo cláusula expresa en contra, y en el caso de que el testamento lo fuese con institución recíproca y designación de heredero común, con prohibición de enajenar, ésta sólo se referirá a los bienes que el supérstite reciba del cotestador premuerto (80). También se regula expresamente en la LSCMA, cuyo artículo 107, sobre el establecimiento del principio general que permite la libre disposición de los bienes afectados aun cuando en el testamento mancomunado se hubiese establecido lo contrario, diferencia las consecuencias del acto de disposición en función de si se realiza en vida de ambos otorgantes o tras el fallecimiento de uno de ellos. Si la disposición se realiza en vida del otro cotestador, aquélla implica la ineficacia de la disposición correspondiente y si la disposición tiene lugar tras el fallecimiento del otro cotestador, la disposición es válida pero se aplica el principio de subrogación —salvo si el instituido consiente en la disposición y excepción hecha de los regalos módicos de escasa importancia en relación con la fortuna del donante (81) y de las donaciones remuneratorias (arts. 619 y 622 del CC), respecto de las que deberá reducirse el montante de lo satisfecho por el donatario, debiendo actualizarse el importe de la «carga» si fue realizada hace tiempo o consistía en una prestación periódica (82)—, de manera que el sujeto a favor del que constase la atribución testamentaria del bien en cuestión puede pedir a los donatarios —o a sus herederos— el valor actualizado del bien en cuestión, si la disposición ha sido realizada a título lucrativo y si la disposición tuvo lugar a título oneroso, podrá reclamar de los herederos del disponente el valor actualizado del bien objeto de la disposición.

(79) GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Comentario a las Leyes 203 y 204 de la CDCFN», *op. cit.*, pág. 907.

(80) GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Comentario a las Leyes 203 y 204 de la CDCFN», *op. cit.*, pág. 903 y sigs.

(81) GARCÍA VICENTE, F., «Comentario al artículo 107 de la LSCMA», en *Ley de Sucesiones. Comentarios breves...*, *op. cit.*, págs. 100 y 101.

(82) MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario del artículo 107 de la LSCMA», *op. cit.*, pág. 771.

Como ya se ha adelantado, la LDCG/1995 guardaba silencio respecto de este supuesto (83), siendo su regulación una necesidad constatada por la doctrina y de la que se ha hecho eco el legislador de 2006, siguiendo el modelo elaborado por la comisión prelegislativa constituida en Galicia con miras a la posible reforma de la LDCG de 1995 que se inspiró en la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte. Así, en el artículo 194 de la LDCG/2006, inmediatamente después de que el artículo precedente —el art. 193— enuncie la regla general de la libre disponibilidad, tanto mediante negocio jurídico con eficacia *inter vivos*, como *mortis causa* de los sujetos que hayan otorgado testamento mancomunado respecto de los bienes de que sean propietarios, establece como sanción para el caso de que el acto de disposición *inter vivos* afecte a bienes comprendidos en una cláusula testamentaria recíprocamente condicionada o correspectiva la ineficacia de la misma si el cootorgante —cónyuge— del disponente vive en el momento en que se realiza aquel acto, sin necesidad de que se realice la notificación de la realización de la disposición. De esta manera, la ineficacia de la cláusula testamentaria correspectiva establecida respecto de bienes objeto de disposición por uno de los cootorgantes —si la disposición se realiza de común acuerdo, el efecto previsto no tiene lugar— se produce *ipso iure*, sin necesidad de notificación. La duda nos asalta de inmediato, ¿es que acaso se necesita notificar al cónyuge no disponente por actos *mortis causa* para que

(83) La doctrina consideraba que, puesto que las limitaciones dispositivas se referían en la Ley de 1995 sólo a las disposiciones *mortis causa*, parece que respecto de los actos *inter vivos* no recaía ninguna prohibición o limitación respecto a la facultad de disponer, produciendo el acto de disposición todos los efectos traslativos que le sean propios, sin que frente al adquirente en virtud de aquel negocio de disposición pudiese alegarse efecto alguno derivado de la existencia de cláusulas testamentarias recíprocamente condicionadas en las que el bien en cuestión fuese contemplado como objeto de las mismas. En efecto, en todo caso el acto de disposición *inter vivos* realizado por un cotestador mancomunado era plenamente eficaz, siempre que estuviese legitimado para disponer del bien de que se trate (normalmente las excepciones provendrían del hecho de que la disposición recayese sobre un bien de naturaleza ganancial, en cuyo caso la nulidad o la anulabilidad del acto de disposición, en función de su carácter gratuito u oneroso se derivaba de las previsiones de los arts. 1.378, 1.322 y 1.301 *in fine* del CC). Sin embargo, parecía razonable entender, pues el interés que se pretendía proteger —el fin de protección de la norma— era el mismo, que sobre el disponente por acto con eficacia *inter vivos* recaía la misma obligación de notificación que en el caso de que se revocase el testamento mancomunado, provocando su ausencia la ineficacia de la cláusula testamentaria que afecte al bien en cuestión, así como de las disposiciones otorgadas a favor del disponente en el testamento mancomunado (vid. MARTÍNEZ GARCÍA, M. Á., «Comentario al artículo 140 de la LDCG», *op. cit.*, págs. 138 y 139. El parecer era compartido por GARCÍA-GRANERO. A juicio de este autor, del principio de irrevocabilidad plasmado en el artículo 140 de la LDCG/1995 para las disposiciones *mortis causa* habrá que deducir la prohibición de todos aquellos actos *inter vivos* a través de los cuales uno de los cónyuges pretenda, unilateralmente, revocar o modificar de modo fraudulento las disposiciones conjuntamente ordenadas por ambos cónyuges [cfr. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Comentario a las Leyes 203 y 204 de la CDCFN», *op. cit.*, pág. 902]).

se produzca la ineficacia de las cláusulas correspectivas afectadas? ¿No querrá decir el legislador gallego que si se notifica en los mismos términos que cuando se revoca el testamento mancomunado y el no disponente no actúa en consecuencia, se mantiene, en lo posible, la eficacia de aquella cláusula? En estudios anteriores planteé abiertamente esta duda inspirada en el documento prelegislativo del año 2001, clamando tempestivamente y, a la postre, de manera baldía, al legislador gallego la adecuación de la redacción de esta previsión antes de que el designio del prelegislador se convirtiese en sacrosanta letra impresa en el DOG (84). En el caso de que el disponente por negocio jurídico con eficacia *inter vivos* se encuentre en estado de viudedad —desconozco el término sinónimo para el caso del conviviente *more uxorio* cuya pareja haya fallecido, pero mi ignorancia no impide la aplicación de la regla a este supuesto—, al beneficiario de la disposición testamentaria correspectiva que afectaba al bien de que ha dispuesto se le concede un derecho de crédito, sometido su ejercicio a un plazo de caducidad de tres años del que constituye el *dies a quo* el momento de apertura de la sucesión del cotestador supérstite disponente, por el valor actualizado de aquel bien con cargo a la herencia del disponente. El legislador no precisa como ha de procederse a la actualización de valor del bien objeto del negocio dispositivo, si bien no parece descabellado pensar en que ésta tenga lugar mediante la capitalización del valor con el interés legal del dinero, de manera análoga a la previsión que, v.gr., para el caso de estimación de las acciones de reintegración en el supuesto en que no sea posible la reintegración del bien objeto de la misma a la masa del concurso, contempla en el artículo 73.2 de la LC.

f) Derecho a la copia del testamento mancomunado

El artículo 195 de la LDCG/2006 preceptúa que «*fallecido uno de los otorgantes, los interesados en su sucesión tendrán derecho a copia del testamento mancomunado*», si bien, en orden a salvaguardar la privacidad del contenido de las disposiciones de última voluntad de los demás cotestadores, precisa que «*la copia sólo podrá contener las disposiciones que afecten a la sucesión abierta*», de modo que el notario que facilite a los interesados la copia del testamento mancomunado del cotestador fallecido, habrá de excluir del contenido de las mismas disposiciones testamentarias de los demás cotestadores. A efectos de integrar el concepto de «*interesados en la sucesión*» que utiliza el referido artículo 195 de la LDCG/2006, habrá de tomarse en consideración lo dispuesto en el artículo 226 del RNot., a tenor

(84) Así lo hice en «La sucesión testada en el Derecho Civil propio de Galicia...», *op. cit.*, págs. 1587 y 1588; y en «Régimen sucesorio (I): La sucesión testada...», *op. cit.*, pág. 190.

del cual tienen derecho a obtener la copia del testamento, una vez haya fallecido el testador, los herederos instituidos y sus representantes, los legatarios, los albaceas, los contadores y las demás personas a quienes se reconozca algún derecho o facultad; así como los parientes que, en el caso de no existir testamento o de ser este nulo o no haber sido instituidos herederos forzosos (a estos efectos ha de tenerse en cuenta el artículo 238 de la LDCG/2006, en el que se enuncian quienes tienen la condición de legitimarios en régimen sucesorio que instaura), serían llamados en todo, o en parte, a la herencia del causante, así como los instituidos en testamento revocado, siendo aplicable también el derecho a obtener copia del testamento no a la representación del Estado en el caso de un testador cuya sucesión se rija por el Derecho Civil propio de Galicia, sino por la representación de la Comunidad Autónoma gallega, pues así resulta del artículo 267 de la LDCG/2006. Ha de tenerse en cuenta también la precisión que establece el apartado final del artículo 241 del RNot., de manera que, en las copias, habrá de hacerse constar por el Notario que le consta el fallecimiento del testador y, en su caso el parentesco de los peticionarios del que se deriva el derecho a obtenerlas, en el caso de que este derecho no resulte de las propias disposiciones testamentarias.

4. LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD TESTATORIA (EL LLAMADO «TESTAMENTO POR COMISARIO»)

A) *Consideraciones preliminares sobre el contenido de los artículos 196 a 202 de la LDCG/2006*

En los artículos 141 a 143 de la LDCG/1995 y bajo la rúbrica «*del testamento por comisario*», se regulaba la delegación por el testador de la facultad de mejorar (85), acogiendo así la denominación que algunos autores han utilizado para referirse al contador-partidor nombrado en testamento al que se refiere el artículo 1.057 del Código Civil o a la persona que se encarga de la ejecución y cumplimiento total del testamento, absorbiendo las facultades del albacea y del contador-partidor, así como todas las demás necesarias para cumplimentar la voluntad del testador hasta distribuir los bienes

(85) Este hecho no deja de sorprender incluso a autores formados en el Derecho Civil Territorial Común, como es el caso de RIVAS MARTÍNEZ, quien manifestaba su sentimiento con las siguientes palabras: «*Leyendo este artículo [se refiere a los arts. 141 a 143 de la LDCG de 1995] pensamos que el legislador gallego ha perdido una magnífica oportunidad de dotar al Derecho Civil gallego de una verdadera regulación del testamento por comisario y se ha limitado casi a reproducir el artículo 831 del Código Civil, que no es un testamento por comisario*» (RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones. Común y foral*, T. I, Ed. Dykinson, Madrid, 1997 [2.ª edic.], pág. 456).

entre los herederos y darles el destino ordenado en el testamento (86). Institución ésta —la del *testamento por comisario*— que no es ajena al Derecho Civil Territorial Común (art. 831 del CC), si bien sí lo era la pretenciosa —por no decir incorrecta— rúbrica bajo la que se recubrían aquellos preceptos de la Ley de 1995 y que encabeza la Sección 3.^a del Capítulo III de su Título VIII. En efecto, el contenido de los preceptos que se incluían en la referida sección no respondían, en nada, a lo que la rúbrica que los encabezaba daba a entender y que supondría, de corresponderse la regulación que en esta sede se contenía con ella, el establecimiento de una quiebra del personalismo material —no del formal— del acto de testar plasmado en el artículo 670 del CC (87) —encontrando su correlato en el art. 830 del mismo Código Civil en tanto que, como regla general, excluye la delegación de la facultad de mejorar: «*la facultad de mejorar no puede encomendarse a otro*»— (88), si bien, como enseguida veremos, la redacción vigente del artículo 831 del Código Civil introduce una nueva excepción a aquella regla general, largamente reivindicada por los autores que del Derecho Civil gallego han tratado desde la Codificación a la LDCG de 1995 (89).

(86) Vid. GITRAMA, M., *La administración de la herencia en el Derecho español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950, pág. 149.

(87) STS de 15 de octubre de 1990 [RJ 1990/7868]. En efecto, esto es así si por *comisario testamentario* se entiende, en palabras de J. ESCRICHE, «*el sujeto a quien otro comete la facultad de hacer testamento en su nombre, otorgándole al efecto el correspondiente poder con las mismas solemnidades que se requieren para el testamento nuncupativo*» (ESCRICHE, J., Voz «Comisario testamentario», en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Librería de Rosa y Bouret, París, 1863, pág. 458). Sin embargo y sin poner en tela de juicio que es éste el significado técnicamente adecuado de testamento por comisario, no puede dejar de señalarse que algún prestigioso autor de principios del siglo XX utilizaba el término *comisario* para referirse al cónyuge a quien había sido delegada la facultad de mejorar en capitulaciones matrimoniales, ex artículo 831 del Código Civil (VALVERDE y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, T. V, Valladolid, 1926 [3.^a edic.], pág. 292).

(88) Disposición que veda al testador el establecimiento de cláusulas testamentarias en las que se atribuya a cualquier otro sujeto, incluido el propio heredero mejorado, la facultad que a aquél otorga el artículo 829 del Código Civil de señalar la cosa cierta que haya de pagarse (STS de 18 de mayo de 1983 [RJ 1983/2846]).

(89) En especial, por tratarse quizá de los dos estudiosos del Derecho Civil propio de Galicia más representativos en los años intermedios del siglo XX, FUENMAYOR, bajo la significativa rúbrica de «*las piezas no acogidas en la Compilación*», contemplaba, entre ellas, la delegación de la facultad de designar *petrucio* a favor del cónyuge viudo que contaba, en la fecha en que fue escrita, con el único y, entonces, angosto cauce del artículo 831 del Código Civil en su redacción original y cuya previsión era deseable en orden a lograr la conservación indivisa de las unidades agrarias (vid. FUENMAYOR CHAMPÍN, A. DE: «El Derecho Sucesorio en la Compilación de Galicia», en *Foro Gallego*, núms. 135-136, 1967, pág. 278 [también en *Estudios de Derecho Civil*, T. II, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1992, págs. 1301 a 1328]), y PAZ ARES (vid. PAZ ARES, J. C., *La Compilación de Derecho Civil especial de Galicia (Notas críticas)*, Salamanca, 1964, pág. 53). Sobre el testamento por comisario como fórmula testamentaria que habría de ser restaurada por ser

En efecto, la expresión utilizada en la rúbrica de la sección de que vengo hablando significa, en su sentido prístino, la designación de una persona —el comisario— que haga testamento por otra —que lo ha designado a esos efectos—. Sin embargo, en el contenido de la regulación, el legislador gallego de 1995 frustraba las expectativas que aquel título despertaba, ya que lejos de recoger la institución a la que éste hace referencia (acogida y regulada en otros Derechos Civiles Territoriales) (90), únicamente regulaba la delegación de la facultad de mejorar, de manera que al fiduciario, que necesariamente era, además, el cónyuge supérstite, únicamente se le podía conceder la facultad de distribuir la herencia del cónyuge premuerto y, además, sólo entre los hijos comunes del testador y del viudo supérstite.

La supresión del testamento por comisario como consecuencia de la Codificación supuso una quiebra respecto al Derecho hasta entonces vigente en Castilla representado en este ámbito por la disposición contenida en la Ley 7.^a del Título V del Libro III del *Fuero Real* y en la Ley XXI de las de Toro (posteriormente acogida como Ley 1.^a, Título XIX del Libro X de la *Novísima Recopilación*) (91) que, a su vez, supusieron la introducción de una relevante novedad respecto al carácter personalísimo del acto testamentario que se acogió en *Las Partidas* (Ley 11 del Título III de la Partida 6.^a), herederas directas, también en esta materia del Derecho romano (D. 32, 5, XXVIII) (92). En efecto, la precitada Ley contenida en el *Fuero Real* dispo-

conforme con los principios sociológicos propios del Derecho Civil gallego, vid. LORENZO FILGUEIRA, V., «Realidad e hipótesis de futuro del Derecho Foral de Galicia», *op. cit.*, págs. 76 y 77.

(90) En especial en los artículos 32 a 48 de la LDCFPV, en los que se regula la delegación del poder testatorio al comisario; pero también, en una u otra medida, Leyes 281 a 288 de la CDCFN, bajo la forma de fiduciarios-comisarios; y en los artículos 18 a 21 de la CDCB, bajo la fórmula de heredero-distribuidor.

(91) De su aplicación en el momento temporal anterior al Código Civil nos dan cuenta, entre otros, JORDÁN DE ASSO y DEL RÍO, I./DE MANUEL y RODRÍGUEZ, M., *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, Madrid, 1792 (5.^a edic.), págs. 113 y sigs. (edic. facsímil, Lex Nova, S. A., Valladolid, 1984); SALA, J. DE: *Ilustración del Derecho Real de España*, T. I, Madrid, 1820 (2.^a edic.), págs. 144 y sigs. (expresivamente inicia la exposición de esta cuestión con las siguientes palabras: «*En España tenemos la singularidad de que la facultad de testar se puede cometer á otro...*»); GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., «Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español», T. III, *op. cit.*, págs. 204 y sigs.; DOMINGO DE MORATÓ, D. R., *El Derecho Civil español con las correspondencias del romano, tomadas de los Códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto romano hispano de D. Juan Sala*, T. II, Valladolid, 1877, pág. 47 (en la que expresamente señala que en el otorgamiento de poder para testar por comisario, han de observarse las mismas solemnidades exigidas por las leyes en los testamentos nuncupativo ó cerrado, según que para el otorgamiento del poder se haya preferido una ú otra de estas formas) y pág. 200 y sigs., en las que se exponen los presupuestos y las facultades de los comisarios.

(92) DOMINGO DE MORATÓ, D. R., «El Derecho Civil español con las correspondencias del romano», *op. cit.*, pág. 47.

nía que «*si alguno no quisiere ó no pudiere ordenar por si la manda que ficiere de sus cosas è diere su poder à otri, que el que la ordene, é dé, é la dé en aquellos lugares onde él tuviere por bien, puédalo facer: è lo que èl ordenare ò diere, vala así como si lo ordenase aquel que diò el poder*». La disposición de los Reyes Católicos fijaba los límites del poder para testar y fijaba las facultades que podían atribuirse al comisario, siendo la cuestión más dudosa que surgía en su interpretación la relativa a la posibilidad de que éste, cuando se le ha facultado para nombrar heredero a una determinada persona, pudiese desheredar o mejorar si el testador no le hubiese indicado qué sujetos habían de serlo. La amplitud derivada de los términos excesivamente generales de la disposición contenida en el Fuero Real que amparaba abusos cometidos por el comisario se intentaron corregir con la norma contenida en la Ley XXXI de las de Toro. Sin embargo, su redacción abstrusa produjo numerosas dudas e incertidumbres entre los intérpretes de la misma que nunca fueron objeto de un entendimiento uniforme (93).

La institución de la delegación de la facultad de mejorar fue acogida en el Código Civil en su artículo 831, heredero de la previsión contenida en el artículo 663 del *Proyecto* de GARCÍA GOYENA, con la finalidad de hacer menos sensible «*a las provincias forales*» las innovaciones que el propio Código introducía en materia de legítimas (significativamente en relación con la libertad testatoria propia de Navarra) (94). Sin embargo, en la versión original del precepto del Código Civil precitado, vigente hasta que la Ley 11/1981, de 13 de mayo, le dio la redacción vigente hasta la reforma del mismo llevada a cabo por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad*, la delegación de la facultad de mejorar únicamente podía ser pactada en capitulaciones matrimoniales y para el caso de delación sucesoria intestada del cónyuge premuerto a favor del supérstite que se mantuviese en estado de viudedad y a favor de los hijos comunes, con los límites derivados del respeto a las legítimas y a las mejoras que el cónyuge premuerto pudiese haber ordenado en vida. Ciertamente el precepto constituía un angosto cauce en orden a posibilitar algún mecanismo mediante el cual el cónyuge supérstite pudiese participar en la ordenación sucesoria del premuerto. Esta situación condujo a que en el ámbito notarial se acudiese a fórmulas imaginativas que permitían superar estas limitaciones. De su utilización nos da cuenta FUENMAYOR al señalar las «*fórmulas notariales sobre designación indirecta de petrucio*». Estas fórmulas consistían bien en que el

(93) Sobre esta cuestión y las respuestas doctrinales y jurisprudenciales que, en su momento, recibió, vid., entre otros, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., «*Codigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*», T. III, *op. cit.*, pág. 206 y sigs.; FUENMAYOR CHAMPÍN, A. DE: *Voz «Derecho Civil de Galicia*», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. I, Ed. F. Seix, S. A., Barcelona, 1985, pág. 262 y sigs.

(94) GARCÍA GOYENA, F., «*Concordancias, motivos y comentarios del artículo 663*», en *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, *op. cit.*, pág. 357.

testador mejorase al hijo que, a su vez, lo fuese por el cónyuge supérstite —o designando directamente al hijo mejorado bajo reserva de confirmación por el cónyuge supérstite—, o bien en el establecimiento de la mejora a favor del hijo que se casase «para la casa petrucial» (95). Sin embargo, el TS, al amparo del carácter personalísimo del testamento, ex artículos 670 y 830 del Código Civil, negando la eficacia de las costumbres gallegas tendentes a la protección de la indivisibilidad de la «casa petrucial» invocadas por el recurrente declaró la nulidad de la cláusula testamentaria en la que se establecía la mejora a favor del hijo que, a su vez, fuese mejorado por el cónyuge supérstite (STS de 16 de marzo de 1932 [RJ, T. II 1932-33/965]), si bien en la anterior STS de 31 de enero de 1899 [CJ, T. 86, § 35], argumentando sobre el espíritu del artículo 831 del Código Civil había sancionado la validez de una cláusula testamentaria en la que se establecía la mejora de tercio a favor de aquél de los nietos del testador que se case, con el consentimiento paterno, para la casa petrucial.

Es precisamente por razón de su fundamento y de su finalidad que la institución encaja plenamente con los principios informadores del Derecho Civil propio de Galicia en tanto que su fundamento radica en el fortalecimiento de la cohesión de la familia nuclear mediante la subrogación del viudo en la posición del «petrucio» (aspecto éste que resulta con toda nitidez de la regulación gallega en tanto que elector del mejorado sólo puede serlo el cónyuge viudo que no haya contraído nuevas nupcias y elegido como mejorado exclusivamente los hijos comunes de delegante y delegatario) a través de la potenciación de la autoridad del cónyuge viudo (96), al tiempo que persigue evitar la división de los patrimonios familiares —en especial de las explotaciones agrícolas, ganaderas o industriales— que puede tener lugar como consecuencia de división de la herencia realizada intempestivamente (97), constituyendo la delegación de la facultad de mejorar el complemento ideal de la mejora de labrar y poseer.

(95) Vid. FUENMAYOR CHAMPÍN, A. DE: Voz «Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 257 y sigs. De la aplicación en Galicia hasta la entrada en vigor del Código Civil, de las cláusulas testamentarias estableciendo la delegación de la facultad de mejorar, nos da cuenta, a propósito de las costumbres de la comarca de Bergantiños, STOLLE y ÁLVAREZ (vid. STOLLE y ÁLVAREZ, V., «De la compañía gallega», en *RGLJ*, T. 68, 1886, pág. 57).

(96) En efecto, el paisano gallego valora la capacidad de trabajo y la vocación de cada uno de sus hijos durante varios años en orden a elegir como *vinculeiro* al más indicado para hacerse cargo de la llevanza de la *casa*. En este sentido, LORENZO FILGUEIRA escribe: «En Galicia nuestros paisanos siempre demandan una fórmula testamentaria por la que “o que viva dos dous que sexa o dono de todo hasta que morra”, con lo que se trataba de delegarle una facultad de testar, disponer y mejorar en la forma que considerase oportuna —o con límites— y que los juristas no podían atender por impedirlo las leyes patrias» (LORENZO FILGUEIRA, V., «Realidad e hipótesis de futuro del Derecho Foral de Galicia», *op. cit.*, pág. 77).

(97) FUENMAYOR defendía la conveniencia de conservar en Galicia las fórmulas de los dos tipos señaladas en el texto —la que subordina el nombramiento del mejorado a la

B) *La delegación al cónyuge viudo de la facultad de mejorar en la LDCG/1995*

El artículo 141 de la LDCG/1995 preveía la posibilidad de nombrar al cónyuge como delegatario de la facultad de mejorar que correspondía al premuerto, lo que podía realizarse en testamento o, *incluso*, en capitulaciones matrimoniales. Caso, este último, que no suponía ninguna novedad respecto a lo previsto en el artículo 831 del Código Civil en su redacción fruto de la Ley 11/1981 —y ni siquiera respecto de su redacción original— y tampoco suponía una excepción al principio del personalismo —formal— del negocio testamentario sentado en el artículo 670 del Código Civil (98). En concordancia con esta previsión, el artículo 113.2 de la LDCG/1995 preveía que las capitulaciones matrimoniales podían contener cualquier estipulación relativa al régimen sucesorio y, en el inciso final del artículo 129 de la misma Ley de 1995, a propósito de la regulación del denominado «*pacto de mejora*» (99), se aludía expresamente a la delegación de la facultad de mejorar hecha en capitulaciones matrimoniales. En efecto, esta previsión podía formar parte del contenido del negocio capitular, con independencia del momento temporal en que aquéllas se hubiesen otorgado —antes o después de contraer matrimonio (recuérdese, en relación con el primer caso, que el art. 1.334 del CC dispone la ineficacia de las capitulaciones otorgadas si transcurre más de un año desde este momento a aquél en que efectivamente se contraiga matrimonio)— y sin que sea exigible reciprocidad alguna en el nombramiento. En el caso de que el negocio utilizado para nombrar al delegatario de la facultad de mejorar fuese el testamento, la disposición que nos ocupa podía formar parte del contenido de cualquier tipo testamentario.

condición de que se case para la casa, y la que faculta al padre o a la madre del posible petrucio para elegirlo en nombre del causante, resultando esta última indispensable en el caso de que el causante muera prematuramente sin haber podido designar al mejorado, por ser los descendientes de poca edad, fallezca después de dicho causante el que debe dar su consentimiento al casamiento para la casa del descendiente, sin haberlo podido dar tampoco, por la poca edad de todos los descendientes o por cualquier otra circunstancia— en orden a la designación de petrucio que permita la continuidad de la casa petrucial (FUENMAYOR CHAMPÍN, A. DE: Voz «Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 261). En este sentido y con carácter y ámbito general, PEÑA señalaba que con esta institución se pretende dar mayor virtualidad a la voluntad del cónyuge supérstite previo encargo del causante y con la finalidad de lograr la indivisión de la herencia durante la menor edad de los descendientes (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «La conservación de las unidades agrarias», en *ADC*, 1959, pág. 1014).

(98) En este sentido, vid. ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *Designación de sucesor a través de tercero*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, pág. 100; *ibidem*, «Dos temas de reflexión en torno al “testamento por comisario” de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Doctor J. L. Lacruz Berdejo*, Vol. II, J. M.^a Bosch, Ed., Barcelona, 1993, pág. 889.

(99) Vid. BELLO JANEIRO, D., *Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia*, Ed. Montecorvo, S. A., Madrid, 2001, pág. 247 y sigs.

C) *La atribución de la facultad testatoria al cónyuge superviviente en la LDCG/2006*

a) Concepto de testamento por comisario

Con carácter general, por testamento por comisario se entiende el otorgado haciendo uso del poder testatorio que previamente le ha otorgado un sujeto a otro, facultándole para que otorgue testamento con posterioridad a su fallecimiento. El artículo 196 de la LDCG/2006 señala que se denomina testamento por comisario al que uno de los cónyuges otorga en ejercicio de la facultad testatoria concedida por el otro. Acaso la primera precisión que convenga realizar es la que resulta de la toma en consideración la equiparación al matrimonio de «*las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia*» que establece la DA 3.^a de la LDCG/2006. La designación de comisario habrá de recaer entonces necesariamente en el cónyuge —al que se equipara, el conviviente *more uxorio* que cumpla los requisitos que contempla el apartado 2.º de la DA 3.^a de la LDCG/2006 (100)— del designante o atribuyente.

La segunda precisión que se deriva naturalmente del precepto referido, integrándolo especialmente con el conjunto de facultades que respecto de la atribución de los bienes del difunto designante o atribuyente le confiere el artículo 200 de la LDCG/2000, es que se ha confirmado la quiebra o la ruptura del personalismo formal y material del acto de testar que, en el ámbito del Derecho Civil Territorial Común se acoge en el artículo 670 del Código Civil y a tenor del cual el único que puede intervenir en el acto de declaración de voluntad *mortis causa* del testador es el propio testador —personalismo formal—; al tiempo que el contenido del testamento debe ser ordenado en su totalidad por el testador —personalismo mate-

(100) En el ámbito de los estudiosos del Derecho Civil propio de Galicia, se han mostrado decididamente partidarios de la equiparación, a efectos de ser delegatario de la facultad de mejorar contemplada en la LDCG de 1995, del conviviente *more uxorio* superviviente al cónyuge viudo, CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.^a J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, págs. 148 y 149; frente al parecer en contra que preconiza PÉREZ ÁLVAREZ amparándose en las presuntas dificultades técnicas que ello provocaría en un Ordenamiento en el que no existe un concepto normativo de «pareja de hecho» (vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., «Comentario a los artículos 141 y 142 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 1103, nota núm. 48). Argumento este último sobre el que volveré en el último de los epígrafes de esta exposición. Sobre el asunto que nos ocupa mantiene una posición ecléctica BELLO JANEIRO, reconociendo que se trata de una opción de política legislativa (vid. BELLO JANEIRO, D., «Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 251, nota núm. 65). Sobre esta equiparación, teniendo en cuenta la redacción originaria de la DA 3.^a, vid. BUSTO LAGO, J. M., «Elementos para una interpretación no perturbadora de la equiparación al matrimonio de las relaciones *more uxorio* realizada por la DA 3.^a de la LDCG/2006», *AJA*, núm. 726, 19 de abril de 2007, págs. 1 a 8.

rial— (101). Con todo, también en el Derecho Civil Territorial Común existen ciertos supuestos que se califican como quiebras del formalismo material del testamento: la sustitución ejemplar o pupilar (de conformidad con la tesis amplia de la misma), la facultad de mejorar atribuida al cónyuge en el artículo 831 del Código Civil, la conmutación en metálico de la legítima (art. 841 del CC), así como el encargo a un tercero de la distribución de cantidades que el testador deje a clases determinadas, permitido por el artículo 671 del Código Civil.

b) Designación y revocación

i) Forma de la designación

La designación del comisario puede realizarse en capitulaciones matrimoniales —así resulta expresamente del art. 197 de la LDCG/2006, pero también de su art. 174— y también en testamento, cualquiera que sea su forma y, por supuesto, en testamento mancomunado que constituye un instrumento idóneo para establecer esta previsión, ya sea recíprocamente o no (102).

ii) Pérdida de eficacia y revocación de la designación realizada

Si la designación del cónyuge como comisario ha sido realizada en testamento, su revocación se regirá por las normas generales de revocación de las disposiciones testamentarias. Por lo tanto, dado el carácter esencialmente revocable del testamento, la revocación de aquella previsión podrá realizarla el otorgante utilizando cualquiera de los medios de revocación de los testamentos. En aplicación de estos principios generales resulta que si en un testamento se prevé la designación de comisario y en uno posterior no se dispone nada al respecto, la aplicación de la disposición contenida en el

(101) REGLERO CAMPOS, L. F., *Institución de herederos: designaciones erróneas, genéricas e inciertas*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 190.

(102) Así se admitía por la doctrina incluso bajo la vigencia del artículo 141 de la LDCG de 1995 que se refería, con una expresión que adolecía de una notable corrección técnica, al entonces delegatario de la facultad de mejorar como el «cónyuge no testador» (vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., «Comentario a los artículos 141 y 142 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 1116). La libertad de la forma testamentaria en la LDCG/1995 utilizada era compartida por la generalidad de la doctrina que sobre esta cuestión se ha pronunciado, vid. también, CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.^a J., «Del testamento por comisario», en *Derecho de Sucesiones de Galicia*, *op. cit.*, pág. 146; DÍAZ FUENTES, A., *Derecho Civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995)*, *op. cit.*, pág. 275.

artículo 739 del Código Civil implica que aquella previsión queda también revocada por el testamento ulterior perfecto (103).

En el caso de que la designación se haya instrumentado en capitulaciones matrimoniales, la revocación de aquella previsión exigirá los mismos requisitos que se requieren, de acuerdo con las reglas generales, para la modificación de este negocio jurídico. Como es sabido, la modificación del negocio capitular exige la concurrencia de voluntades de los otorgantes del mismo —en otras palabras, exige el concurso de voluntades de los cónyuges intervinientes— (art. 1.331 del CC) y el uso de la misma forma pública que se exige para el otorgamiento. En efecto, la aplicación de la previsión contenida en el artículo 1.331 del Código Civil implica que necesariamente haya de concurrir el concurso de voluntades de los cónyuges otorgantes para poder modificar aquella designación, de manera que la aplicación de este precepto determina la irrevocabilidad de la delegación de la designación en el caso de que el delegatario se niegue a otorgar capitulaciones modificativas. En este caso, el cónyuge designante o atribuyente, aunque lo desee, no puede revocar aquella designación formalmente, viéndose constreñido a acudir al expediente de dejar sin contenido material aquella designación mejorando y distribuyendo todos sus bienes en el testamento que otorgue (104). Una interpretación posibilista y plausible ha sido ensayada desde el notariado gallego a propósito de la delegación de la facultad de mejorar, permitiendo que la designación sea destruida, aun habiendo sido otorgada en capitulaciones matrimoniales, por la sola voluntad del cónyuge designante, dada la identidad de razón que existe entre este supuesto y aquél en que se establece en testamento, caso en el que puede destruirse mediante el otorgamiento de un testamento posterior (105).

(103) A propósito de la delegación de la facultad de mejorar contemplada en la Ley de 1995, no faltan entre los autores gallegos quienes pretenden flexibilizar en este aspecto el rigor de aquel precepto con apoyo en el último inciso del propio artículo 141 de la LDCG/1995, en el que se disponía expresamente el respeto a las legítimas y mejoras que instituya el propio causante delegante (en este sentido, CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.^a J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, pág. 147).

(104) Esta solución es la que propone, siguiendo a VALLET DE GOYTISOLO («Comentario al art. 831 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* [dirigidos por M. Albaladejo], T. XI, EDERSA, Madrid, 1982 [2.^a edic.], pág. 408); PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., «Comentario a los artículos 141 y 142 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 1120.

(105) CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.^a J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, pág. 147. En el Derecho Civil Territorial Común, Díez-PICAZO y GULLÓN sostienen que el poder es revocable libremente por el cónyuge otorgante, tanto si lo ha hecho en testamento como en capitulaciones matrimoniales, pues en este último caso no hay por qué seguir las reglas establecidas para su modificación al no ser aquella una estipulación relativa al régimen económico-matrimonial (DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, *op. cit.* [7.^a edic.], pág. 469).

En el caso de que exista un testamento anterior a la fecha de otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales en las que se contiene la designación de comisario, ésta quedará vacía de contenido, salvo que se trate del supuesto de partija de la herencia otorgada en documento público posterior a aquel testamento (106).

c) Condiciones subjetivas del comisario

De acuerdo con lo ya dicho, el comisario habrá de ser necesariamente cónyuge del designante —o, como ya se ha precisado, conviviente *more uxorio* (ex DA 3.^a LDCG)—. Esta exigencia —compartida en el Derecho Civil Territorial Común para el caso de la delegación de la facultad de mejorar que contempla el art. 831 del CC—, hunde sus raíces en la necesaria confianza que funda la designación y que se vincula a la *affectio maritalis*. También es compartido en el Derecho Civil Territorial Común, tras la reforma de que ha sido objeto el artículo 831 del Código Civil por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, que la denominada facultad de mejorar se pueda conceder al cónyuge del testador y a la pareja no casada —siquiera sin necesidad de convivencia y sin exigencia de relación de afectividad análoga a la matrimonial— con la que haya una descendencia común (ex art. 831.6 del CC). Con ello el fundamento de la delegación se ha desplazado de la *affectio maritalis*, que encubría institucionalmente y sentaba el fundamento de la presunción de la relación de confianza entre los cónyuges, a la existencia de una relación de confianza entre los progenitores del descendiente común, incardinándose la institución plenamente en el ámbito de la fiducia sucesoria, debiendo fundamentarse las causas de pérdida sobrevenida de eficacia o de vigencia de la delegación concedida en la quiebra de la confianza (107).

No se requiere que el cónyuge designado comisario sea usufructuario universal de la herencia. Es evidente que si lo es también puede concurrir en él la titularidad de la condición que nos ocupa. Se exige, por lo tanto, la preexistencia de un vínculo matrimonial válido entre designante y comisario. En consecuencia, el nombramiento decae en los casos de nulidad y de divorcio, pero también, aun cuando subsiste el vínculo matrimonial, en los supuestos de separación de los cónyuges, aun cuando se trate simplemente de una separación de hecho y ello no por no reunir el vínculo subjetivo cuya presencia resulta pre-

(106) CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.^a J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, pág. 148.

(107) Vid. FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar concedida al cónyuge superviviente por el testador: el nuevo artículo 831 del Código Civil», en *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados* (D. Bello, Ed.), Ed. EGAP - Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2005, pág. 140.

ceptiva, sino porque así lo dispone el artículo 202.1.2.º de la LDCG/2006, al enunciar los supuestos en los que decae la eficacia de la designación de comisario o la atribución a éste de la denominada facultad testatoria. La previsión es razonable pues es claro que en estos casos ha quebrado el principio de confianza entre designante y comisario que funda aquella designación (108), de manera que no puede sino compartirse que la Ley de 2006 haya previsto expresamente que tanto la separación de hecho, como la judicial —desde el mismo momento en que se presenta la demanda ejercitando las acciones de separación, divorcio o nulidad del matrimonio—, provoquen la pérdida de la eficacia *ipso iure* de la delegación que se convertirá en definitiva cuando haya sentencia estimatoria de la separación, del divorcio o de la nulidad (al igual que sucede ex párr. 2.º del art. 106 del CC con los demás poderes y consentimientos que se hayan otorgado entre sí los cónyuges constante el matrimonio).

Acaso aquella razón en la que se sitúa el fundamento de la institución es la que justifica también que, tanto en la LDCG/2006 —así resultaba también del último inciso del art. 142 de la LDCG/1995—, como en el Código Civil (art. 831.5), el hecho de que el cónyuge supérstite permanezca en estado de viudo se establezca como condición subjetiva cuya no concurrencia determina la pérdida de la facultad que le ha sido atribuida, salvo dispensa expresa del atribuyente. En efecto, si el viudo designado comisario contrae nuevas nupcias tras el fallecimiento de su cónyuge y antes del ejercicio de las facultades que le han sido atribuidas, las pierde (ex art. 202.1.3.º de la LDCG/2006). Similar es la regulación que se contiene en el artículo 284.2 de la LDCG/2006, en el que se prevé que el cónyuge al que le haya sido atribuida la facultad de realizar la partija de la herencia, por haber sido nombrado contador-partidor —lo que es posible si sólo se le ha asignado el usufructo universal de la herencia, sin perjuicio de las facultades que se le puede atribuir como comisario—, sólo podrá ejercitar las facultades que esta designación conlleva mientras que permanezca en estado de viudedad. Sin embargo, como es únicamente el estado civil de viudo el que se tiene en cuenta en

(108) Bajo el imperio de la LDCG de 1995, comoquiera que la separación —ni de hecho, ni de derecho— se consideraban como causas de ineficacia sobrevenida de la delegación de la facultad de mejorar, se había preconizado la conveniencia de pensar en posibilistas soluciones que no resultaban del tenor literal de los preceptos reguladores de esta categoría, pero sí de otros que pueden ampararlas fundadamente. En esta dirección algunos autores (en el Derecho Civil Territorial Común a propósito del art. 831 del Código Civil, entre otros, DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, *op. cit.* [7.ª edic.], pág. 469) han propuesto la aplicación al caso del artículo 102.2.º del Código Civil en el que, amparándose en la desaparición del fundamento fiduciario que los justificaba, se previene que la simple admisión judicial de la demanda de separación determina automáticamente la revocación de todos los poderes y consentimientos que los cónyuges se hubiesen otorgado entre sí. Puesto que el fundamento de la delegación de la facultad de mejorar desaparece también con la separación de hecho, parece razonable considerar que en este supuesto decae también su eficacia.

orden a mantener o perder la titularidad de las facultades a que aluden los artículos 197 y concordantes de la LDCG/2006, se da la paradoja de que el hecho de que el viudo conviva *more uxorio* con otra persona no determina aquella consecuencia, siendo un supuesto éste en el que a todas luces concurren las mismas razones que justifican ésta. Es por esta razón por la que resultan más adecuadas previsiones como las contenidas en el artículo 48.4 de la LDCFPV en el que, a propósito de la extinción del poder testatorio atribuido al cónyuge supérstite en testamento por comisario, se previene la extinción del mismo, además de cuando contraiga ulteriores nupcias, cuando «lleve vida marital de hecho o tenga un hijo no matrimonial», de manera que se incluyen expresamente las uniones no matrimoniales como causa de extinción de aquella atribución también basada indudablemente en la confianza recíproca entre los cónyuges. Es cierto que la asimilación resultante de la DA 3.^a de la LDCG/2006 permitiría fundar la aplicación de una solución similar a la prevista en la Ley vasca, pero también lo es que cuando el legislador gallego de 2006 ha querido dotar expresamente de eficacia a la convivencia marital, equiparando sus efectos con el matrimonio, lo ha hecho expresamente, como se pone de manifiesto si se trae a colación el elenco de causas de extinción del usufructo del cónyuge viudo y, en particular, la enunciada en el número 2.º del párrafo 1.º del artículo 236 de la LDCG/2006, a tenor del cual, el usufructo del cónyuge viudo se extingue, entre otras causas, por «contraer la persona usufructuaria nuevas nupcias o vivir maritalmente con otra persona».

Siguiendo precisamente el modelo representado por el precepto citado de la LDCFPV —luego incorporada, salvadas las distancias, en el inciso final del art. 831.5 del CC— el legislador gallego de 2006 ha dado expresa respuesta a una cuestión que suscitaba la Ley de 1995 y que no encontraba en ésta una solución explícita, lo que conducía a la no admisión de la dispensa por el atribuyente de que el cónyuge supérstite contrajese nuevas nupcias conservando el poder testatorio (en la Ley de 1995, simplemente la facultad de mejorar) (109). La posibilidad de que expresamente el cónyuge atribuyen-

(109) La inexistencia en la Ley de 1995 de tal previsión, de manera que la preunción del legislador de que las nuevas nupcias perjudican —o pueden perjudicar— la labor del delegatario, defraudando de alguna manera la confianza en él depositada por el causante, justificaba que, en todo caso, el matrimonio ulterior del cónyuge delegatario extingue la delegación si es que ésta no se ha ejercitado con anterioridad a estas nuevas nupcias. Se trataba de una norma de carácter imperativo (con carácter general puede decirse que la naturaleza imperativa de este tipo de normas que determinan la extinción de un poder fiduciario encomendado al viudo se explica fácilmente en aquéllas en las que se atribuyen al fiduciario o al comisario amplias facultades —es el caso, v.gr. de los Derechos Civiles propios de Aragón y del País Vasco—, en virtud de las cuales se le posibilite que los bienes respecto de los que puede ejercerlas reviertan en personas que no forman parte del núcleo familiar integrado por el causante delegante y el propio supérstite. Sin embargo, aun en aquellos Derechos Civiles Territoriales en los

te dispense de la interdicción de contraer nuevas nupcias que recae sobre el cónyuge superviviente si quiere conservar la facultad testatoria es admitida expresamente en el inciso primero del artículo 202.1.3.º de la LDCG/2006. En efecto, el legislador gallego —al igual que, con anterioridad, hizo el vasco (ex art. 48.4 de la LDCFPV)— expresamente ha dispuesto que, en el testamento por comisario, la extinción del poder testatorio como consecuencia de las nuevas nupcias por el viudo comisario puede dispensarse mediante previsión expresa en contrario, de manera que el nombramiento subsista pese a las nuevas nupcias.

No resulta aplicable a la extinción de la atribución de la potestad testatoria la causa contemplada en el párrafo 2.º del artículo 236 de la LDCG/2006 como causa de extinción del usufructo viudal: el «grave y reiterado incumplimiento de los deberes familiares».

d) *Ejercicio de la facultad «testatoria» atribuida al cónyuge superviviente*

i) *Carácter personalísimo de la facultad atribuida*

Se trata de una facultad personalísima en virtud del fundamento que la justifica. Es por ello que no cabe subdelegación o subfiducia por el viudo designado comisario, quien tampoco puede designar contador-partidor de la herencia, aunque en su función sí puede auxiliarse con técnicos en la materia o peritos, fundamentalmente en orden a la realización de algunas actuaciones que exigen determinados conocimientos especializados, como son fundamentalmente la realización del inventario de los bienes sobre los que cabe el ejercicio de la facultad testatoria atribuida y el imprescindible avalúo o tasación de los mismos. Por la misma razón la facultad no es susceptible de integrar el patrimonio hereditario del delegatario transmisible *mortis causa*, aunque, como veremos, sí es susceptible de ser ejercitada mediante negocio jurídico con eficacia *mortis causa* (ex art. 200.1.2.º de la LDCG/2006).

que esto es así se permite que mediante disposición expresa del cónyuge causante, se permita al superviviente contraer nuevas nupcias sin que ello determine la extinción de las facultades fiduciarias que le hayan sido encomendadas [arts. 28.4 de la LDCFPV y 147.e) de la LSCMA] y por lo tanto no es susceptible de derogación negocial singular. De esta naturaleza de la norma que nos ocupa no parece caber duda —otra cosa es que fuese deseable que revistiese otro carácter (en este sentido se habían pronunciado, v.gr., CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.ª J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, pág. 151)— y ello fundamentalmente porque cuando el legislador gallego de 1995 ha querido que los efectos de una determinada previsión fuesen disponibles convencionalmente, así lo ha establecido expresamente [es el caso significativo de la previsión contenida en el art. 127.b) de la LDCG/1995, a propósito de la extinción del usufructo viudal universal por nuevo matrimonio, causa respecto de la que admite expresamente *pacto o disposición en contrario*].

Existiendo viudo comisario al que se haya atribuido la facultad testatoria y no habiendo concurrido causa alguna que determine la extinción de la atribución realizada, los herederos mayores de edad o menores emancipados no pueden acudir a la vía que para distribuir la herencia de su causante común les habilita el artículo 782 de la LECiv/2000 y cuya posibilidad determinaría el dejar sin contenido objetivo la facultad atribuida.

ii) Contenido objetivo de la facultad testatoria

1.º) *Elenco de facultades ínsitas en la denominada facultad testatoria*

a) Facultad de designación de heredero o legatario del atribuyente

El artículo 197 de la LDCG/2006 establece que la designación del cónyuge como comisario atribuye a éste la facultad de designar heredero o legatario entre los hijos o descendientes comunes, así como la facultad de asignar bienes concretos y determinar el título por el que se recibirán.

De conformidad con lo dispuesto en el precepto invocado en el párrafo precedente, el comisario, en el ejercicio de la facultad que le ha sido atribuida, puede instituir heredero o herederos del atribuyente, así como designar legatarios de los bienes del difunto atribuyente, siempre que se trate de descendientes comunes del atribuyente y del comisario, realizándolo a su prudente arbitrio, con los límites constituidos por el respeto a las legítimas (art. 198, inciso primero, de la LDCG/2006, lo que supone una remisión a las disposiciones en esta materia que se contienen en los arts. 238 a 266 de la LDCG/2006), así como por las disposiciones que, en su caso, haya realizado, el cónyuge atribuyente, entre las que se pueden contener la institución de herederos, la designación de legatarios o las atribuciones *mortis causa* de bienes propios que hubiese constituido el causante. La LDCG/2006 no prevé expresamente la sanción para el caso de que el comisario no respete los derechos legitimarios de algún descendiente común o, en su caso, la cuota de participación en los bienes relictos que hubiere ordenado el causante, pudiendo aplicarse a este caso la prevista expresamente en el párrafo 2.º del artículo 831.3 del Código Civil, en la redacción vigente, cual es la posibilidad de que el legitimario puede pedir la rescisión de los actos de disposición realizados por el comisario en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.

Si el atribuyente no ha instituido herederos, el comisario puede atribuir los bienes a título de herencia o de legado, de manera que, en este caso, dentro de sus facultades se integra la de instituir herederos siempre dentro del ámbito subjetivo acotado por los descendientes comunes del atribuyente y del comisario.

El comisario puede actuar en la partición y en la distribución de la herencia del atribuyente como podría haberlo hecho este mismo de acuerdo con las previsiones sobre la partición de la herencia realizada por el propio testador, contenidas en los artículos 273 a 282 de la LDCG/2006. El artículo 248 de la LDCG/2006 le faculta expresamente para pagar la legítima o su complemento. Este mismo precepto precisa, en su inciso 2.º, que sólo a los herederos les corresponde la opción de pagar la legítima en metálico extrahereditario —es más, el art. 246.1 de la LDCG/2006 precisa que el pago en metálico extrahereditario de la legítima exige acuerdo entre los herederos, si es que el causante no ha asignado la legítima en bienes determinados—, de manera que el tenor literal de la norma excluye la posibilidad que esta opción sea ejercitada por el comisario, quien debería pagar las legítimas con metálico hereditario, lo que no se compadece demasiado bien con la amplitud de la facultad testatoria que puede atribuírsele y con la posibilidad de adjudicar a los herederos o legatarios bienes gananciales, computándose por la mitad de su valor. Pese a ello, comoquiera que el artículo 201.2 de la LDCG/2006 limita las facultades de disposición por el comisario del metálico existente en la herencia del causante —incluyéndose en este concepto los depósitos bancarios—, en tanto que sólo puede disponer del mismo para el pago de las exequias fúnebres del causante, es razonable pensar que habiendo metálico en la herencia, las legítimas se paguen con éste.

De lo expuesto se deriva con claridad que el cónyuge designado comisario únicamente recibe del causante una titularidad de disposición sobre los bienes en los que puede instituir o distribuir entre los hijos o descendientes comunes (110). Es por ello que su posición jurídica es subsumible en el supuesto contemplado en el párrafo 4.º del artículo 20 de la LH, de manera que, de acuerdo con las prescripciones de éste, no es necesaria la inscripción o anotación registral a favor del mismo, como persona que *«con carácter temporal actúa como órgano de representación y dispone de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes»*. Mientras el cónyuge supérstite no ejercite la facultad testatoria que le ha sido atribuida, los sucesores del causante delegante no adquieren el poder de disposición sobre los bienes hereditarios, sino que tienen una mera expectativa sobre los mismos (RDGRN de 11 de marzo de 1929) (111).

(110) Expresión utilizada por ASÚA GONZÁLEZ, C. I., «Designación de sucesor a través de tercero», *op. cit.*, pág. 129. La RDGRN de 18 de diciembre de 1916 [CJ T. 138, § 142] ha declarado que el cónyuge viudo sobre quien recae la facultad de mejorar o distribuir los bienes, no tiene titularidad alguna sobre los mismos, que pertenecen colectivamente a los hijos comunes, aunque la determinación de la porción abstracta que a cada uno de éstos haya de corresponderle está sometida *«a la potestad conferida a la viuda de distribuir los bienes como mejor le plazca»*.

(111) En efecto, respecto a si los coherederos pueden enajenar su cuota o bienes concretos de la herencia, la DGRN, en Resolución de 11 de marzo de 1929 [CJ T. 188,

Entre las facultades que no puede ejercitar el cónyuge designado comisario merece ser destacada la improcedencia, con carácter general, de que por sí mismo liquide la sociedad de gananciales, habiendo de concurrir a este acto necesariamente los herederos del cónyuge premuerto, acudiendo, si es el caso, al procedimiento contemplado en los artículos 806 a 811 de la LECiv/2000 para la liquidación del régimen económico matrimonial. Aunque la LDCG/2006 no se pronuncia expresamente, el apartado 2.º de su artículo 2.000 precisa que las adjudicaciones que realiza el comisario en el ejercicio de su facultad testatoria pueden comprender tanto bienes privativos del causante atribuyente, como bienes de naturaleza ganancial, si bien, en este caso, se imputará su valor por mitad al patrimonio del atribuyente y del comisario. Lo dispuesto en este precepto viene a equivaler a que las legítimas de los descendientes comunes del causante atribuyente y del comisario, así como las disposiciones específicas de aquél a favor de alguno o de algunos de los descendientes comunes han de considerarse respetadas si el comisario ha dispuesto bienes que representen un valor suficiente para integrarlas, aunque en todo o en parte los bienes objeto de disposición tuviesen la naturaleza de gananciales o, incluso, aunque fuesen privativos del comisario.

La norma es distinta de la prevista para el caso de partija conjunta y unitaria realizada por ambos cónyuges, en cuyo caso la validez de los actos de disposición que tengan por objeto tanto los bienes del cónyuge premuerto incluidos en la partición, como bienes comunes requiere el concurso y del consentimiento del cónyuge supérstite y de los herederos del causante (art. 278 de la LDCG/2006); así como para el caso de partición realizada por contador-partidor, en cuyo caso, éste puede liquidar la sociedad ganancial con el concurso del cónyuge supérstite o sus herederos, salvo que se trate de un contador-partidor de la herencia de ambos cónyuges, en cuyo caso podrá prescindir de la liquidación de la sociedad ganancial, salvo si esta liquidación es necesaria para el cumplimiento de la voluntad testamentaria de cualquiera de ellos (art. 293 de la LDCG/2006). Pues bien, comoquiera que las facultades atribuidas al comisario son notablemente mayores que las del contador-partidor razonable es pensar que el comisario pueda prescindir también de la liquidación de la sociedad ganancial, lo que resultara innecesario en el caso de que existan únicamente descendientes comunes de ambos cónyuges, pero no así cuando existen descendientes legitimarios no comunes.

§ 64] consideró que *«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»*.

b) Facultad de administración de los bienes del causante

Mientras el comisario no ejercita las facultades de disposición de los bienes del causante ínsitas en la facultad testatoria que le ha sido atribuida, por cualquiera de los negocios que le permite el artículo 200 de la LDCG/2006, ostenta la condición de administrador de la herencia del causante que le ha atribuido la condición de comisario.

De lo dispuesto en el artículo 201 de la LDCG/2006, se deriva que el comisario tiene atribuidas *ex lege* y en tanto no ejercite su facultad testatoria, las siguientes facultades (que lo convierten en una especie de albacea general de la herencia del atribuyente):

- a) Pagar los gastos de entierro y funeral del causante, pudiendo disponer a estos efectos del metálico existente en el caudal relicto, integrándose este concepto con los fondos existentes en depósitos bancarios, así como con los contratos similares existentes con entidades de crédito y que permitan su realización y disponibilidad inmediata.
- b) Pagar, con los mismos fondos, las deudas de la herencia, así como las que se originen como consecuencia de la apertura de la sucesión hereditaria.
- c) Tomar las precauciones necesarias para la adecuada conservación y custodia de los bienes hereditarios, adoptando todas las medidas de conservación que tengan por finalidad evitar la pérdida o deterioro del caudal hereditario. En el marco de esta atribución ha de incluirse la representación de la herencia para ejercitar las acciones que a ésta competan y contestar a la demandas que se interpongan contra la misma, de conformidad con lo preceptuado en el párrafo 2.º del artículo 1.026 del Código Civil a propósito de las funciones del administrador de la herencia, con independencia de que lo sea un heredero u otra persona distinta (112).

El comisario, en su condición de administrador de la herencia, está obligado a tomar la posesión de todos los bienes del caudal relicto cuando sean poseídos por un tercero. En efecto, corresponde al administrador la legitimación activa para el ejercicio de la acción dirigida a hacer efectivas las titularidades hereditarias poseídas por terceros a título de heredero o sin título alguno y a la cual son aplicables todas las normas de la petición de herencia, excepto la cosa juzgada sobre la condición de heredero; así como la legitimación activa para el ejercicio de las acciones posesorias en defensa de los bienes y derechos que integran la herencia o que eran poseídos por el causante.

(112) Vid., ampliamente, GÍTRAMA, M., «La administración de la herencia en el Derecho español», *op. cit.*, pág. 168 y sigs.

La LDCG/2006 no faculta al comisario para disponer de los bienes del causante, más que en el caso del metálico y de los depósitos y fondos depositados en entidades bancarias y de crédito, preordenados estos actos de disposición al pago de las exequias del causante y de las deudas hereditarias. En consecuencia el comisario no puede realizar otros actos de disposición sobre los bienes del causante en orden a su enajenación a terceros, de manera que la validez de este tipo de negocios exigirá la concurrencia de la voluntad del propio comisario y de los legitimarios del causante.

Eso sí, el comisario está obligado a *rendir cuentas de su gestión* una vez ésta ha concluido (art. 201.3 de la LDCG/2006). La rendición de cuentas, entendida como un límite a las facultades y poderes del comisario es inherente a cualquier cargo de gestión (STS de 13 de abril de 1993 [RJ 1993, 3103]) y se realizará ante los herederos (el art. 907 del CC prevé esta obligación de rendir cuentas, bien ante los herederos, bien ante el Juez, para el caso de los albaceas) en el momento de finalización de su gestión. Por rendir cuentas debe entenderse la presentación, en sentido estricto de las cuentas de su gestión como administrador de la herencia y no únicamente como exigencia de dar cuenta del desempeño de su función. Sin embargo, la indefinición de la norma es total, pues ni se precisa plazo, ni ante quien ha de realizarse dicha rendición de cuentas, si bien parece razonable pensar que será ante los herederos del causante. El principal problema acaso se suscite en aquellos supuestos en los que la facultad testatoria se ejercite por el comisario precisamente mediante un acto o negocio con eficacia *mortis causa*. Los herederos del comisario parece razonable pensar que se subrogaran en esta obligación o posición pasiva de su causante.

Lo que sí parece poder afirmarse con mayor grado de certidumbre es que estamos en presencia de una norma de carácter imperativo, del que se deriva la ineficacia del acto de dispensa de esta obligación realizado por el atribuyente.

2.º) *Bienes sobre los que puede ejercitarse*

En orden a dar respuesta a la cuestión atinente a qué bienes se extiende la facultad testatoria atribuida al comisario, el artículo 200 de la LDCG/2006 no nos proporciona elementos que permitan una solución perfectamente cerrada. En efecto, en este precepto únicamente se dice que al comisario puede atribuírsele la facultad de adjudicar a los herederos o legatarios «*los bienes del difunto*», precisándose, en el apartado 2.º del mismo precepto, que las adjudicaciones de bienes o derechos realizadas por el comisario, pueden comprender bienes de naturaleza ganancial —bienes integrantes de la disuelta, por consecuencia del fallecimiento del atribuyente, sociedad de gananciales—, debiendo ponerse en relación esta previsión con la disposición general contenida en el artículo 205 de la LDCG/2006.

El comisario puede realizar atribuciones y distribuciones desiguales de los bienes del causante entre sus hijos y descendientes, en virtud de negocios jurídicos con eficacia *inter vivos* y *mortis causa*, quedando limitadas sus facultades atributivas y distributivas por el necesario respeto de las legítimas —la distribución igualitaria entre los descendientes del mismo grado de la cuarta parte del haber hereditario líquido (*ex art. 243 de la LDCG/2006*)— y de las disposiciones expresas que, en su caso, hayan sido realizadas por el propio causante. Esta parece ser la interpretación adecuada de acuerdo con la *ratio* del precepto que no es otra, como queda dicho, que potenciar la autoridad del viudo en orden a mantener la cohesión del núcleo familiar, permitiéndole realizar la distribución de los bienes hereditarios de la forma más favorable para el patrimonio familiar.

Por último, no debe olvidarse que los legitimarios pueden exigir del comisario la *formalización de inventario* de la herencia del causante, con valoración de los bienes que integran y su protocolización ante notario (*ex art. 249.2 de la LDCG/2006*).

3.º) *Ámbito subjetivo de ejercicio del poder testatorio*

De manera similar a lo que se contemplaba en el artículo 141 de la LDCG/1995, a propósito de la delegación de la facultad de mejora atribuida al cónyuge supérstite y cuya redacción estaba recogida, en este aspecto, directamente del artículo 831 del Código Civil, el viudo comisario puede ejercitar la facultad de atribuir y distribuir los bienes respecto de los hijos y descendientes comunes habidos entre él mismo y el causante atribuyente y ello con independencia de que puedan existir otros hijos o descendientes del cónyuge atribuyente o del propio cónyuge supérstite designado comisario. Esta precisión no resulta discutible. La redacción del artículo 197 de la LDCG/2006, de forma similar al artículo 831.3 del Código Civil tras la redacción que le ha dado la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, ha venido a aclarar si en la expresión «*hijos comunes*» utilizada por el legislador de 1995 se comprendían también como posibles destinatarios de las atribuciones realizadas en el ejercicio de la facultad de mejorar delegada, a los descendientes comunes de ulterior grado, aun viviendo los de grado intermedio (113), al

(113) La respuesta adecuada exigía distinguir tres posibles supuestos, prescindiendo de la interpretación literalista de la expresión (la interpretación literalista era sostenida, en el ámbito del Derecho Civil Territorial Común, por un reducido grupo de autores, entre los que se encuentran, SÁNCHEZ-ROMÁN, F., «Estudios de Derecho Civil», T. VI, Vol. 2.º, *op. cit.*, pág. 1.219; ALPAÑES, E., «La delegación de la facultad de mejorar», en *RGLJ*, núm. 194, 1953, pág. 307):

1.º) En el caso de que haya premuerto el descendiente común de grado intermedio (es el caso de los nietos en el supuesto de que haya fallecido su progenitor que tuviese

precisar que la facultad testatoria consistente en la posibilidad de designar heredero o legatario abarca a los «*hijos o descendientes comunes*». Nueva-

la condición de hijo del delegante y del delegatario), los descendientes comunes de grado ulterior pueden ser destinatarios de la mejora realizada por delegación, pues representan en la herencia del causante a su ascendiente premuerto. En efecto, incluso aquellos autores que interpretan la expresión *hijos comunes* del artículo 831 del Código Civil en el sentido más restrictivo de los que es susceptible, admiten la posibilidad de ejercicio de la facultad de mejorar por el delegatario de la misma a favor de los descendientes de los hijos comunes premuertos. En este sentido se ha pronunciado en la literatura jurídica reciente, MILLÁN SALAS, F., *Instituciones sucesorias en el Código Civil que conservan íntegra una explotación agrícola*, EDIASA, Madrid, 1999, págs. 97 a 100. Se une así este autor a aquella corriente doctrinal encabezada por la opinión de un autor que le aporta grandes dosis de autoridad como es LACRUZ (vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, T. V [Derecho de Sucesiones], J. M.^a Bosch Ed., Barcelona, 1993 [5.^a edic.], pág. 382 [§ 65.314]) que considera que en la expresión *hijos comunes* del artículo 831 del Código Civil deben comprenderse a los descendientes de los hijos comunes pero sólo cuando no existen descendientes de primer grado y en la que también militan, entre otros, F. ORTEGA LORCA (Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil comentado...*, T. XIV, Ed. Reus, Madrid, 1944 [4.^a edic.], pág. 599 y sigs.), SECO CARO (SECO CARO, E., «Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo», *op. cit.*, pág. 152), PUIG BRUTAU (PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, T. V, Vol. 3.^o, Ed. Bosch, Barcelona, 1964, págs. 65 y sigs.) y, aunque éste de forma titubeante, SANZ URANGA (SANZ URANGA, F., «La nueva interpretación del artículo 831 del Código Civil», en *RDN*, núm. 92, 1976, pág. 392).

2.^o) En el caso de que vivan los progenitores del descendiente común de grado ulterior (vive el padre/madre, que tienen la condición de descendiente común, del nieto que pretende mejorarse por su ascendiente —abuelo/a— delegatario/a) la respuesta no ha concitado la opinión unánime de la doctrina, a diferencia de lo que sucede en el caso anterior. En efecto, si bien el carácter excepcional —mejor sería decir, especial— de la norma contenida en el precepto que nos ocupa milita como argumento en contra de la admisión del ejercicio de la facultad de mejorar delegada a su favor, existen argumentos, a mi juicio decisivos, que fundan una respuesta afirmativa a la cuestión suscitada (asumida en el Derecho Civil propio de Galicia por autores que siguen la generalizada, aunque no sin importantes excepciones, entre otros, por CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.^a J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, pág. 152; PILLADO MONTERO, A., «Los pactos sucesorios en la LDCG», en *RXG*, núm. 13, 1996-2.^o, pág. 50; PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., «Comentarios a los artículos 141 y 142 de la LDCG», *op. cit.*, págs. 1111 a 1113; BELLO JANEIRO, D., «Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 253. En efecto, la opinión generalizada en la doctrina gallega concuerda con la también mayoritaria en el ámbito del Derecho Civil Territorial Común que se pronuncia a propósito del artículo 831 del Código Civil; MANRESA y NAVARRO, J. M.^a, *Comentario del Código Civil español*, T. VI, Vol. 1.^o, Ed. Reus, Barcelona, 1973, pág. 827; SECO CARO, E., «Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo», *op. cit.*, pág. 200 y sigs.; DÍAZ FUENTES, A., «Excepciones legales al personalismo de las disposiciones *mortis causa*: II. Sobre el artículo 831 del Código Civil», en *ADC*, T. XVIII, 1965, pág. 894; GARRIDO DE PALMA, V. M., «Visión notarial del artículo 831 del Código Civil», en *Libro homenaje a R. M.^a Roca Sastre*, Madrid, 1977, pág. 379 y sigs.; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al artículo 831 del Código Civil», *op. cit.* (2.^a edic.), pág. 419; DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, *op. cit.* (7.^a edic.), pág. 469; REY PORTOLÉS, J. M., «Comentario a “vuela pluma” de los artículos de Derecho Sucesorio reformados por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio», en *RCDI*, 1982, págs. 586 y 587; DOMÍNGUEZ RODRIGO, M., «El artículo 831 del Código Civil ante la doctrina de la *ratio*

mente la disposición ha de integrarse con el contenido de la DA 3.^a de la LDCG/2006, de manera que la facultad de designar heredero o legatario se extiende a los hijos o descendientes comunes, tanto si son matrimoniales como extramatrimoniales.

En el caso de que concurren hijos comunes del causante atribuyente y del cónyuge supérstite designado comisario con hijos de aquél exclusivamente —subsiste también si concurren con hijos exclusivamente del comisario—, la facultad testatoria del viudo subsiste pero únicamente en relación con el

decidendi», en RGD, 1983, págs. 973 y 974; ALBALADEJO GARCÍA, M., «La mejora del nieto», en *Act. Civ.*, 1997, 4, pág. 947 y sigs.; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Comentario al artículo 831 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil español* (I. Sierra Gil de la Cuesta, dir.), T. IV, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 700; ZURILLA CARIÑANA, M.^a Á., «Comentario al artículo 831 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil* (R. Bercovitz, dir.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 987.): 1.º En el tenor literal de la expresión «hijos comunes» cabe con naturalidad la inclusión de los descendientes comunes de ulterior grado; 2.º En el caso de que el causante delegue en el cónyuge supérstite la facultad de realizar la partija de la herencia, nombrándole contador-partidor, puede además delegar la facultad de mejorar y, en este caso, el propio legislador gallego (art. 159.2 de la LDCG/1995) explícita que podrá mejorar a los hijos o descendientes comunes; 3.º De igual manera, a propósito de la regulación del pacto de mejora en la LDCG/1995, se prevé expresamente que puede ser objeto del mismo la mejora a favor de cualquiera de los hijos o descendientes, pudiendo pactarse entre los cónyuges en capitulaciones matrimoniales la delegación de la facultad de mejorarlos (arts. 128 y 129 de la LDCG/1995); 4.º El nieto es, con carácter general, mejorable, viviendo sus padres (los descendientes de grado ulterior son mejorables aun cuando no sean legitimarios); 5.º Por último, el canon histórico de interpretación conduce a este mismo resultado. En efecto, si se tienen en cuenta los precedentes históricos del artículo 831 del Código Civil, del que, como venimos repitiendo, el artículo 141 de la LDCG no es sino mera reproducción, se observa que se trata de una reproducción casi literal del artículo 633 del Proyecto de Código Civil de 1851. Pues bien, en el comentario de este precepto realizado por GARCÍA GOYENA, éste pone de relieve que con él se trata de aproximar la legislación castellana a la *foral*, de manera que los antecedentes del mismo estarían más próximos al testamento por comisario de las legislaciones *forales* que al propio del Derecho castellano (en efecto, GARCÍA GOYENA, en sus *Concordancias motivos y comentarios...*, al art. 663 de su Proyecto de Código Civil [*op. cit.*, pág. 357] señala que «el amor de padre ó madre, el mas puro é intenso de los buenos afectos, merece bien esta distinción. Por estas consideraciones se ha consignado en el artículo la loable costumbre de las provincias de Fueros, esperando que se generalizarán los mismos felices resultados»). Este dato cobra radical importancia en tanto que la amplitud de las facultades del comisario en aquél son de mayor amplitud, siendo posible que designe heredero entre los descendientes del testador y no sólo entre sus hijos. Podría argumentarse también sobre los datos suministrados por el Derecho interregional comparado vigente, en los que la posibilidad que nos ocupa se admite expresamente (v.gr., art. 164.3 de la LDCFPV a propósito del testamento por comisario). Es por estas razones que los argumentos históricos, como señalara MENÉNDEZ-VALDÉS, pugnan a favor de la interpretación amplia en este aspecto del precepto que nos ocupa (al igual que sucede en el caso de que se aplique la norma del Derecho Civil Territorial Común si el cónyuge fiduciario es usufructuario de toda la herencia al amparo de la previsión contenida en el párrafo 3.º del artículo 820 del Código Civil o de una *cautela Socini* dispuesta testamentariamente. En este sentido, expresamente ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, T. II, Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 1997 [2.^a edic.], pág. 257).

caudal hereditario atribuido por el propio testador, o tras la realización de las oportunas operaciones particionales, a los hijos y descendientes comunes. En el caso de la delegación de la facultad de mejorar contemplada en el artículo 831 del Código Civil, en el párrafo 2.º de su apartado 4.º se precisa expresamente que las facultades del delegatario subsisten también en el caso de que haya habido una preterición no intencional en la herencia del delegatario, no pudiendo menoscabar la parte legitimaria que le corresponde al descendiente preterido en el caso de que haya disposiciones testamentarias en este sentido, siendo esta una disposición que resulta de difícil aplicación al caso del comisario, pues éste tiene atribuida expresamente la facultad de instituir herederos, de manera que el olvido no intencional de un legitimario en las eventuales disposiciones testamentarias del atribuyente debe subsanarlo el comisario instituyéndole o atribuyéndole por cualquier título, al menos, la parte que le corresponde como legitimario.

4.º) Momento de ejercicio de la facultad testatoria atribuida al comisario

El legislador gallego prescribe que para determinar el plazo en el que el cónyuge designado comisario habrá de ejercitar su función se estará, en primer lugar, en caso de haberla, a la previsión expresa que en este sentido pueda haber realizado el causante, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 199 de la LDCG/2006, el atribuyente puede señalar plazo para el ejercicio de la facultad atribuida al cónyuge (así sucede también en el Derecho Civil Foral del País Vasco, ex art. 48.1 de la LDCFPV). Se trata de una previsión que revela el pleno carácter dispositivo de esta precisión por el causante atribuyente, sin que existan otras limitaciones legales respecto de la fijación de este plazo. Subsidiariamente, para el caso de que no se haya señalado plazo, el comisario podrá ejercitar la facultad testatoria mientras viva, de donde se deriva que la atribución tiene, naturalmente, carácter vitalicio, pues con ella no se infringe el principio de la intangibilidad cuantitativa de la legítima en tanto en cuanto cada uno de los legitimarios puede reclamar su legítima (art. 249 y concordantes de la LDCG/2006). La atribución con carácter vitalicio de la delegación de la facultad de mejorar no supone una limitación de lo establecido en el artículo 1.051 del Código Civil, pues con ella no obliga a los coherederos a permanecer en la comunidad hereditaria indivisa mientras la facultad atribuida al comisario no es ejercitada. Podría pensarse que la designación de comisario, de conformidad con las previsiones contenidas en los artículos 197, 199 y concordantes de la LDCG/2006, sí supone una limitación de aquella regla, en tanto que tratándose de una atribución que puede ejercitar el comisario en virtud de su propio testamento, los herederos del atribuyente

no podrían ejercitar la acción de petición de su herencia, en tanto no se abra la sucesión del comisario. El sometimiento de la herencia del atribuyente a la administración del comisario se presenta como un argumento que milita en este sentido. Sin embargo, el principio de respecto a las legítimas, aun en el caso de designación de comisario que establece con nitidez el artículo 198 de la LDCG/2006, es un argumento definitivo en el sentido contrario.

Pendiente el ejercicio de la facultad testatoria atribuida al comisario, la administración y llevanza en general del caudal relicto corresponde al cónyuge comisario. En el caso de que el cónyuge atributivo de aquella facultad tenga, además, la condición de usufructuario universal de la herencia, le corresponde el ejercicio de las facultades enunciadas en el artículo 233 de la LDCG/2006 (114). Si éste no es el caso, los herederos «presuntos» administrarán los bienes hereditarios de acuerdo con las normas reguladoras de la comunidad de bienes. El problema que se suscita en estos casos es que como todavía no haya fijación de cuotas hereditarias a los distintos sucesores, no es posible determinar cuando se reúne el consenso de la mayoría de los copartícipes, en el caso de que no requiera la unanimidad —en este caso LACRUZ ha propuesto la utilización como criterio de la cuota que a cada sucesor correspondería si la herencia se defiriese *abintestato*— (115). En este último caso la única solución proviene de la posibilidad de designar un administrador de la herencia. Los frutos que los bienes hereditarios produzcan en este intervalo temporal se incorporan al caudal partible (116).

En todo caso, si tras el fallecimiento del atribuyente y antes de que el cónyuge supérstite ejercite la facultad testatoria delegada, muere uno de los hijos comunes de ambos y su progenitor se convierte en su heredero, lo que sucederá siempre que muera intestado, soltero, viudo, divorciado o separado y sin descendientes, la designación decae pues en estos casos surgiría un evidente conflicto de intereses entre el cónyuge supérstite designado comisario y los restantes posibles beneficiarios de la herencia del causante delegante y ello con independencia de que los bienes recibidos *iure hereditatis* por el viudo, afirmación que resulta corroborada por el hecho de que dichos bienes ya no puedan ser objeto de la reserva lineal a favor de los hijos comunes

(114) Al igual que sucede en el caso de que se aplique la norma del Derecho Civil Territorial Común si el cónyuge fiduciario es usufructuario de toda la herencia al amparo de la previsión contenida en el párrafo 3.º del artículo 820 del Código Civil o de una *cautela Socini* dispuesta testamentariamente. En este sentido, expresamente ROCASASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, T. II, Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 1997 (2.ª edic.), pág. 257.

(115) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, T. V, *op. cit.* [5.ª edic.], pág. 383 [§ 65.314].

(116) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, T. V, *op. cit.* [5.ª edic.], pág. 383 [§ 65.314].

supérstites ex artículo 811 del Código Civil (117), en tanto que la obligación de reservar ha sido abolida por el artículo 182 de la LDCG/2006.

La extinción del poder testatorio determina la ineficacia de los actos de ejercicio de esta facultad por el comisario, sin perjuicio de que haya de mantenerse la eficacia de los actos dispositivos referidos a los bienes del propio comisario, aun cuando se ejerciten ambas facultades en un mismo instrumento, como ha precisado la *STS de 10 de octubre de 1977* [RJ 1977/3895], en relación con un supuesto sometido al Derecho Civil propio del País Vasco (el entonces vigente art. 20 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava de 1959).

5.º) *Modo de ejercicio de la facultad testatoria*

La facultad testatoria puede ejercitarla el cónyuge viudo comisario tanto mediante actos con eficacia *inter vivos* —y ello aunque la denominación «testamento por comisario» pudiese hacer pensar, *prima facie*, en la imposibilidad de este tipo de negocios, el art. 200.1.1.º de la LDCG/2006 contempla expresamente este tipo de negocios como forma de ejercitar la facultad que le ha sido atribuida en orden a adjudicar los bienes del atribuyente—, como *mortis causa* (118). En el primer caso, esto es cuando el comisario adjudique bienes de su cónyuge premuerto mediante actos particionales con eficacia *inter vivos* cabe que la adjudicación de los bienes que se atribuyan a cada heredero o legatario se haga en un solo acto o que tenga lugar esta adjudicación sucesivamente en varios negocios parciales de atribución hasta completar la cuota hereditaria que haya de serle asignada. En todo caso, el artículo 200.1.º de la LDCG/2006 precisa que las adjudicaciones realizadas por el comisario en virtud de actos de esta naturaleza son irrevocables, precisando que la transmisión de la propiedad se produce en el momento en que recaiga la aceptación del hijo o del descendiente beneficiado, lo que supone una precisión de las reglas generales que en materia de aceptación de las donaciones por el donatario resultan de los artículos 623, 629 y 630 del Código Civil. La perfección de la atribución, naturalmente gratuita, se produce cuando concurre la aceptación del hijo o del descendiente y, desde este momento, el acto de atribución es irrevocable, produciéndose los efectos de

(117) DÍAZ FUENTES, A., *Dereito civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995)*, *op. cit.*, pág. 281. Este autor pone de relieve cómo en este caso se manifiesta con toda virulencia la distinción entre la delegación de la facultad de mejorar atribuida al cónyuge viudo que ha regulado el legislador gallego y la delegación de la facultad testatoria prevista, v.gr., en los artículos 164 y sigs. de la LDCFPV.

(118) *Vid.*, por todos, para el caso de la delegación de la facultad de mejorar contemplada en los artículos 141 a 143 de la LDCG/1995, DÍAZ FUENTES, A., *Dereito Civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995)*, *op. cit.*, págs. 277 a 279.

transmisión de la propiedad de los bienes o derechos atribuidos, con independencia de su naturaleza mueble o inmueble. La regla se ha hecho extensiva también a la posesión de los bienes atribuidos en virtud de negocio de la naturaleza que nos ocupa y que ha de entenderse como una forma de integración de los modos de adquisición de la posesión de los bienes y derechos a los que remite el último inciso del artículo 438 del Código Civil. La regla no difiere de la contenida en el párrafo 3.º del artículo 831.1 del Código Civil, a tenor de la cual las disposiciones del cónyuge delegatario de la facultad de mejorar que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir al hijo o descendiente favorecido la propiedad de aquellos bienes, le confieren también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que expresamente se prevea otra cosa y que ha sido interpretado como un supuesto de atribución de la posesión civilísima, ex artículo 440 del Código Civil, del bien (119). El precepto así interpretado determina que si la atribución de un bien por el comisario a favor de un descendiente lo es en concepto de legado, este legatario recibiría también la posesión civilísima, en tanto que el artículo 440 del Código Civil prevé la adquisición de esta posesión únicamente en relación con el heredero, lo que supondría además, la extensión de la legitimación activa a este legatario en orden a ejercitar el tradicionalmente denominado «interdicto de adquirir la posesión» al que se refiere el artículo 250.1.3.º de la LECiv/2000, al precisar el ámbito del juicio verbal y de conformidad con el cual, se ventilarán a través de los referidos cauces procesales las demandas en virtud de las que se pretenda que *«el tribunal ponga en posesión de bienes a quienes los hubiere adquirido por herencia si no estuvieren poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario»*. Por otra parte, comoquiera que, con carácter general, el legado se adquiere de manera automática por el legatario, el precepto introduce una exigencia adicional, cual es la aceptación extraña al funcionamiento de la transmisión de la propiedad del bien legado que solo puede encontrar su razón de ser en el hecho

(119) ZURILLA CARIÑANA, M.ª Á., «Comentario del artículo 831 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil* (R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Dir.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2006 (2.ª edic.), pág. 1021. Esta interpretación es sugerida también por ABALADEJO, aun sin pronunciarse de manera rotunda: *«[...] las disposiciones del viudo que otorguen al mejorado bienes específicos y determinados, le conferirán no solamente la propiedad de ellos sino «también la posesión por el hecho de la aceptación», precepto que podría (adonde no llegase el art. 440) alcanzar a otorgar al mejorado una posesión civilísima, pero tema, éste, imposible de ahondar aquí»* (cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M., *La mejora*, Ed. Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003, pág. 486); ya con firmeza, precisando que el mejorado, aun no instituido como heredero, sino como legatario, recibe la posesión civilísima a pesar de no ser heredero, en un caso al que no se aplica el artículo 440 del Código Civil, vid. ALBALADEJO GARCÍA, M., «El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona», en *RDP*, enero-febrero de 2005, pág. 21. Puede verse también, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El artículo 831 del Código Civil», en *ADC*, T. LVIII, fasc. III, julio/septiembre de 2005, págs. 1139 y 1140.

de que, aunque por el título singular que nos ocupa, la atribución se realiza en virtud de un acto particional con eficacia *inter vivos* realizado por el comisario.

Como ya se ha adelantado, es posible también el ejercicio de la denominada facultad testatoria en virtud de un negocio jurídico con eficacia *mortis causa*, si bien el número 2.º del artículo 200.1 de la LDCG/2006 se refiere exclusivamente al testamento y precisando que éste puede ser tanto el otorgado por el comisario disponiendo, a la vez, de sus propios bienes, como un testamento otorgado por el comisario exclusivamente en este concepto y disponiendo sólo de los bienes respecto de los que recae la facultad testatoria que le ha sido atribuida por su cónyuge premuerto (120). Sorprende, en todo caso, que no se haya previsto expresamente la posibilidad de su ejercicio a través de pactos sucesorios como el de mejora (ex arts. 214 a 218 de la LDCG/2006). Con todo, en la doctrina elaborada con ocasión de la regulación del testamento por comisario en el Derecho Civil Foral del País Vasco, del que constituye una de las instituciones típicas del Derecho vizcaíno, se ha destacado que el testamento por comisario determina que la herencia del causante se defiera de un forma compleja, a través de la concurrencia de dos voluntades, cuales son la del causante atribuyente y la del comisario, de donde se infiere la improcedencia de canalizar la ordenación del destino de la herencia del atribuyente por el comisario, que es irrevocable y que produce efectos inmediatos, mediante un acto bilateral como son los pactos sucesorios (121).

En el caso de que el comisario muera sin ejercitar su facultad testatoria, se abrirá la sucesión intestada del premuerto o se deferirá la herencia a los llamados en el testamento del cónyuge atribuyente. Esto mismo sucederá en el caso en que el comisario haya ejercitado la facultad testatoria en un testamento propio posteriormente revocado por otro en el que no ejercita

(120) Esta regla se compadece con las previsiones normativas resultantes de los artículos 46.2 y 47 de la LDCFPV, pues de ellas resulta que si bien al comisario no le es vedado el ejercicio del poder testatorio mediante testamento, éste no podrá ser su propio testamento, salvo cuando, tratándose del cónyuge comisario, éste ejercite la facultad que le ha sido conferida para disponer exclusivamente a favor de los hijos y de los descendientes comunes. *Vid.* ANGOITIA GOROSTIAGA, V./GALICIA AIZPURÚA, G., «Las legítimas y la libertad de disposición en la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco», en *Derechos Civiles de España* (R. Bercovitz/J. Martínez-Simancas), Vol. I, Ed. Aranzadi - BSCH, Madrid, 2000, pág. 406.

(121) En este sentido se ha pronunciado expresamente ASÚA GONZÁLEZ, C. I., «Las formas de designar sucesor en bienes. El artículo 27 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 22, julio/diciembre de 1996, págs. 271 y sigs.; en parecer compartido por BELLO JANEIRO, D., *Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia*, Ed. Montecorvo, S. A., Madrid, 2001, pág. 225, nota núm. 29. En sentido contrario se ha pronunciado CELAYA IBARRA, A., *Derecho Civil vasco*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1993, pág. 132.

aquella facultad. El inciso final del artículo 200.1.2.º de la LDCG/2006 precisa expresamente que las adjudicaciones hechas por el comisario en testamento serán revocables, debiendo precisarse que la revocación habrá de tener lugar a través de las formas de revocación de los testamentos admitidas en Derecho.

D) *Tributación en el impuesto de sucesiones de los bienes hereditarios que son objeto de la facultad testatoria*

A falta de una norma expresa, tanto en la Ley reguladora del impuesto de sucesiones (Ley 29/1987, de 18 de diciembre) —en adelante LISD—, como en su Reglamento, que contemple la situación creada cuando se atribuye al cónyuge superviviente la facultad de mejorar a los descendientes comunes a efectos de tributación en este impuesto de la transmisión *mortis causa* de los bienes integrantes de la herencia del delegante, bajo el imperio de la Ley de Derecho Civil de Galicia de 1995, por el notariado gallego se ha preconizado la posibilidad de aplicar analógicamente a este supuesto la norma prevista en el artículo 54.8 del *Reglamento del impuesto sobre sucesiones y donaciones* (Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre) para la tributación de la fiducia aragonesa (122). La aplicación del artículo 54.8 del RISD descansaría sobre la semejanza de la situación que se crea tras el fallecimiento del causante en el caso de que se haya delegado la facultad de mejorar al cónyuge superviviente y la que se crea en los supuestos en que, de acuerdo con los Derechos civiles propios de Aragón o de Cataluña se haya nombrado un distribuidor de la herencia. La norma reglamentaria citada permite practicar liquidaciones provisionales que se efectuarán como si el patrimonio hereditario se distribuye por partes iguales entre todos los herederos y, una vez concretado el reparto de la herencia entre ellos, se realizarán las liquidaciones complementarias y las devoluciones que procedan (123).

(122) En este sentido se manifiestan CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.ª J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, págs. 156 y 157.

(123) Artículo 54.8 del RISD: «*En la fiducia aragonesa, sin perjuicio de la liquidación que se gire a cargo del cónyuge superviviente, en cuanto al resto del caudal, se girarán otras, con carácter provisional, a cargo de todos los herederos, con arreglo a sus condiciones de patrimonio y parentesco con el causante y sobre la base que resulte de dividir por partes iguales entre todos la masa hereditaria. Al formalizarse la institución por el comisario se girarán las liquidaciones complementarias si hubiere lugar, pero si por consecuencia de la institución formalizada las liquidaciones exigibles fueren de menor cuantía que las satisfechas provisionalmente, podrá solicitarse la devolución correspondiente*». En relación con este precepto ha de tenerse en cuenta que la Disposición Adicional Única de la Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de *sucesiones por causa de muerte*, exhortaba al ejecutivo aragonés para que, en el plazo de un año a contar desde la fecha de su entrada en vigor, aprobase un proyecto de ley regulador de las particula-

Sin embargo, la propuesta no nos parecía adecuada por varias razones. La fundamental de ellas es que, como es sabido, en materia tributaria rige con toda su virulencia el principio de tipicidad que, como una derivación del principio de legalidad, impediría la aplicación analógica de la norma reglamentaria que nos ocupa (124) y ello sin perjuicio de que ésta norma pueda considerarse que infringe el principio de jerarquía normativa, en tanto que se trata de una norma reglamentaria que no de dicta en desarrollo o ejecución de ninguna de rango legal, sino que, antes al contrario, aparece enfrentada con la previsión realizada en el artículo 24.3 de la LISD (125). Es precisamente en el supuesto de hecho de esta norma en la que, a mi juicio, ha de

ridades fiscales de la sucesión *mortis causa* en Aragón, atendiendo a las peculiaridades del Derecho Foral y a la realidad socioeconómica. De acuerdo con estas previsiones, en el *Preámbulo* de la Ley 13/2000, de 27 de diciembre, *de medidas tributarias y administrativas*, se señala que «*el legislador aragonés trata de dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, regulando aquellos aspectos tributarios de las instituciones forales sobre los que la limitada capacidad autonómica tiene cabida. Y así, despejando las dudas que la nueva normativa civil pudiera haber provocado sobre la tributación de la fiducia, se reconoce la aplicación de cualquier tipo de beneficio fiscal en la liquidación provisional que procede en estos casos en el momento de fallecimiento del causante* [en particular han de tenerse en cuenta las reducciones previstas en los arts. 9 y 11 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, *de modernización de las explotaciones agrarias*]. *Para coadyuvar a solventar el principal problema fiscal de la fiducia —hacer tributar a quien ni siquiera puede considerarse llamado a la sucesión— se arbitra la solución de posibilitar el pago de su deuda con cargo al caudal relicto pendiente de ejecución fiduciaria. Con ello, al no trasladar la carga tributaria al patrimonio del sujeto pasivo, se eliminan buena parte de los supuestos que la doctrina científica venía denunciando como injustificables*». Estas medidas, contempladas en el artículo 1.7 de la precitada Ley aragonesa, como nos explica GARCÍA GÓMEZ, no alteran el régimen sustantivo de la fiducia aragonesa en el impuesto de sucesiones —tampoco podría hacerlo el legislador aragonés por tratarse de un impuesto estatal cuyos rendimientos se ceden a las CCAA, de manera que la determinación de los hechos imposables gravados y la definición de los sujetos pasivos está vedada a los legisladores autonómicos en atención a las previsiones contenidas en la LOFCA y en la Ley de Cesión de Tributos a las CCAA—, si bien alivian en algunos casos la situación concreta de algunos contribuyentes (vid., ampliamente, GARCÍA GÓMEZ, A. J., «La fiscalidad sucesoria de la fiducia aragonesa. Una cuestión pendiente», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 18, junio de 2001, págs. 275 a 301; POZUELO ANTONI, F., «Aspectos fiscales de la fiducia», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* [dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart], T. XXXIV, Vol. 1.º [arts. 1 a 148 de la LSCMA], EDERSA, Madrid, 2002, especialmente las págs. 1050 y sigs.).

(124) En consecuencia, el artículo 54.8 del RISD sólo es aplicable a la fiducia aragonesa, pero no a situaciones de dependencia o indeterminación subjetiva y/o objetiva de la herencia que surgen como consecuencia de instituciones contempladas en los Derechos Civiles Territoriales, tales como la institución de heredero por fiduciario regulada en los artículos 148 y sigs. del CSCMC o el comisario del Derecho Civil vasco o balear.

(125) SOLCHAGA LOITEGUI, J., «Comentarios tributarios a los artículos 110 a 118 de la CDCA», en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón* (dirigidos por J. L. Lacruz Berdejo y J. Delgado Echeverría), Vol. III, Ed. Gobierno de Aragón, Zaragoza, 1984, pág. 499.

encuadrarse la tributación de la transmisión hereditaria en el caso en que exista un delegatario de la facultad de mejorar en tanto ésta no sea ejercitada. Este precepto, al regular el devengo del impuesto de sucesiones, después de establecer como regla general que en las adquisiciones por causa de muerte el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante, en su párrafo 3.º establece una excepción en la que es subsumible el supuesto que nos ocupa, en tanto que dispone que «*toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida por la existencia de una condición, un término, un fideicomiso o cualquier otra limitación, se entenderá siempre realizada el día que dichas limitaciones desaparezcan*».

Pues bien, creada una situación de pendencia o indeterminación objetiva del *quantum* que definitivamente haya de corresponder a cada uno de los sucesores del causante delegante, parece coherente aplazar las liquidaciones del impuesto sucesorio hasta el momento en que las cuotas hereditarias se concreten y no hacer coincidir el devengo del impuesto con el momento del fallecimiento del causante. La solución, en su día propuesta para la tributación de los bienes adjudicados por el delegatario en ejercicio de la denominada facultad de mejorar, es aplicable, con mayor razón, en el caso de bienes que sean objeto de un testamento por comisario, pues en el momento del fallecimiento del causante atribuyente no es posible determinar cuáles de los bienes relictos integrarán el patrimonio de cada uno de sus sucesores, pendiendo esta decisión hasta el momento en que el comisario ejercite su potestad testatoria.

Frente a esta propuesta bien podría argumentarse que el artículo 8 del RISD ha restringido los supuestos de aplazamiento del devengo del impuesto a aquéllos casos en los que concurra una condición suspensiva en sentido estricto y, en el caso del artículo 141 de la LDCG/1995 —o, v.gr., del art. 831 del CC—, los sucesores *mortis causa* lo son desde el mismo momento en que fallece el causante delegatario, tratándose así de una situación equiparable a la de la herencia yacente pues se sabe quienes son los sucesores, pero no la porción en la que sucederán, sin que este hecho difiera el devengo del impuesto ni permita, de acuerdo con las normas tributarias, aplazar el pago del impuesto pues no se trata de un supuesto de causahabientes desconocidos (ex arts. 75 y 84 del RISD). Admitida esta crítica, sólo resta la opción de subsumir el supuesto que nos ocupa, a efectos tributarios, en el artículo 26 de la LISD, en el que se establecen las normas especiales para la tributación del derecho de usufructo, sustituciones, reservas, fideicomisos e «*instituciones sucesorias forales*» (126). La propuesta parece acertada para

(126) En este sentido, para el caso de todos los supuestos de herencias de confianza en los distintos Derechos Civiles Territoriales, aun sin pronunciarse expresamente sobre el supuesto que nos ocupa, por razones evidentes, BALLESTER GINER, E., *Derecho de Sucesiones. Aspecto civil y fiscal*, EDERSA, Madrid, 1988, pág. 338.

todos aquellos casos, que se me antojan frecuentes en el Derecho Civil propio de Galicia, en los que en el cónyuge comisario concurra también la condición de usufructuario universal de la herencia. Si esto no es así, la aplicación del artículo 26 de la LISD resulta más controvertida.

III. LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS ESPECIALES

En la Sección 4.^a del Capítulo II («De los testamentos») del Título X («De la sucesión por causa de muerte») de la LDCG/2006, bajo la rúbrica «*de las disposiciones testamentarias especiales*» e integrada por los artículos 203 a 208, se contienen una serie de previsiones acerca de la validez, o no, de determinadas disposiciones testamentarias, realizadas a favor de persona incierta, a favor de quien cuida al testador, bajo condición de cuidar y asistir al testador o a su familia, las que tienen por objeto bienes gananciales, así como la pérdida de eficacia, como regla general, de las que se hayan hecho a favor del cónyuge que, en el momento de abrirse la sucesión, se encuentre separado de hecho o judicialmente, haya sido declarado el divorcio o la nulidad matrimonial o se encuentre en tramitación cualquier procedimiento que tenga alguno de estos objetos: la separación, el divorcio o la nulidad matrimonial.

1. NULIDAD DE LA DISPOSICIÓN A FAVOR DE PERSONA INCIERTA

El apartado 1.º del artículo 203 de la LDCG/2006 sanciona con la nulidad de pleno derecho toda disposición testamentaria hecha a favor de persona incierta, exceptuándose del ámbito de aplicación de esta sanción el supuesto en el que, por algún evento, «*pueda resultar cierta*». El precepto es una reproducción literal del artículo 750 del Código Civil (con la salvedad de que la expresión codicial «*en favor de*», se ha sustituido por la más correcta desde la perspectiva gramatical de «*a favor de*»). Con estas previsiones se viene a significar que la validez y eficacia de la institución de heredero depende no sólo de la capacidad del instituido para suceder, sino también de la posibilidad de su identificación. A tenor de la referida previsión normativa, se exige que el heredero instituido esté identificado o sea identificable, ya sea nominativamente o por sus circunstancias, ya sea en el momento del otorgamiento o posteriormente debido a la concurrencia de algún evento. Como señala la STS de 2 de julio de 1977 [RJ 1977/3526], a propósito del artículo 750 del Código Civil, es preceptivo que por la designación se venga en conocimiento del heredero.

Con ello no se quiere decir, y así se considera generalmente en relación con el sistema codicial, que se instaure el principio formalista en la designa-

ción de heredero; sin perjuicio de que la disposición suponga mostrar cierta preferencia por la forma nominativa, que es la forma «normal» de designación en expresión de OSSORIO (127). No puede olvidarse que en el Código Civil, el artículo 772 prescribe que *«el testador designará al heredero por su nombre y apellidos, y cuando haya dos que los tengan iguales deberá señalar alguna circunstancia por la que se conozca al instituido»*; pero tampoco que, de manera cónsone con la idea de que la designación nominativa es sólo una opción, el artículo 772, párrafo 2.º, del Código Civil declara que la omisión de nombre y apellidos no invalidan la institución en el caso de que el testador haga el nombramiento de modo que no pueda dudarse de quién se trata. En palabras de la STS de 4 de mayo de 1966 [RJ 1966/2290], *«tanto para instituir como para desheredar se requiere la designación nominativa de los herederos [...] sin que esta exigencia, como la doctrina científica advierte, suponga una consignación del nombre, sino simplemente una determinación clara, precisa y en todo caso individualizada, que notoriamente muestre cómo el designado fue contemplado singularmente al hacer la declaración de voluntad [...]»*.

En definitiva, tanto en el Derecho Civil propio de Galicia, como en el sistema codicial o en el Derecho Civil Territorial Común, la designación nominal del heredero o por circunstancias serán válidas en tanto determinen expresa y singularmente a la persona o personas designadas. Entre estas circunstancias que han sido admitidas por la jurisprudencia, en aplicación del Derecho Civil Territorial Común, pueden enunciarse las que siguen: la referencia a una profesión o puesto específico (SSTS de 21 de enero de 1895 [CL, núm. 33, pág. 116]; de 27 de junio de 1991 [RJ 1991, 4629], en la que se instituye a los *«servidores particulares»* de la testadora), al apodo del designado o a su nombre o diminutivo familiar (SSTS de 8 de junio de 1918 [JC 1918, núm. 107]; de 30 de enero de 1997 [RJ 1997/159]), a una cualidad o comportamiento que lo individualice (SSTS de 21 de diciembre de 1920 [JC 1920, núm. 147]; de 11 de junio de 1960 [RJ 1960/2583]). Mayores problemas es susceptible de provocar la designación de heredero según circunstancias o vínculos de parentesco y, en especial, el de *«cónyuge»*, en los supuestos en que varíe la situación matrimonial del testador sin que se modifique el testamento. Precisamente a este tipo de designación o institución viene a dar respuesta la disposición contenida en el artículo 208 de la LDCG/2006.

(127) OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, Ed. Comares, Granada, 2001 [reedic. de la de Madrid, IEP, 1957], pág. 158.

2. PÉRDIDA DE EFICACIA SOBREVENIDA DE LA DISPOSICIÓN A FAVOR DEL CÓNYUGE EN LOS CASOS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

De conformidad con el inciso primero del artículo 208 de la LDCG/2006, «salvo que del testamento resulte otra cosa, las disposiciones a favor del cónyuge no producirán efecto si al fallecer el testador estuviera declarada judicialmente estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación, o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a este fin». El segundo inciso del mismo precepto, precisa que aquellas disposiciones tampoco producirán efecto en los casos de separación de hecho entre los cónyuges.

Este precepto viene a resolver, en parte, el problema suscitado por la eficacia de disposiciones testamentarias en el caso en que, de manera sobrevenida al otorgamiento del testamento en el que se contienen, los cónyuges se separen, de hecho o judicialmente, se divorcien o el matrimonio sea declarado nulo. La norma no constituye una singularidad en el panorama representado por los Derechos civiles territoriales comparados, pues el problema de que se ocupa ha sido regulado también, de forma similar, en el artículo 132 del CSCM de Cataluña, en virtud del cual se presumen revocadas, como regla general, las disposiciones ordenadas en favor del cónyuge en caso de nulidad, divorcio o separación posterior al otorgamiento (128).

En el sistema codicial, carente de una disposición similar a la que ahora comentamos, habrá de estarse a la interpretación del testamento realizada de conformidad con las reglas generales contempladas en el artículo 675 del Código Civil, en las que también se desplaza el centro de gravedad a la voluntad del testador, de manera que cobrará protagonismo esencial la prueba extrínseca como medio de interpretación en orden a deducir la voluntad del testador. La Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado, de 26 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 8541], a propósito de una disposición testamentaria realizada a favor del cónyuge, contiene algunas precisiones importantes; a saber (129): 1.^a) Del hecho de que la disposición en cuestión se refiera a «esposa» y añada el nombre y los apellidos de ésta, no puede concluirse que haya una clara expresión del motivo de la institución, pues pudiera interpretarse como un elemento más de identificación de la persona favorecida, aplicándose, por tanto, el artículo 767 del Código Civil. 2.^a) En orden a interpretar la verdadera voluntad del causante, no debe

(128) Vid. CASÁS VALLÉS, R., «Las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge y las vicisitudes del matrimonio (sobre el art. 132 del Código de Sucesiones de Cataluña)», en *ADC*, 1993-4, pág. 1747 y sigs.

(129) Puede verse el comentario de esta RDGRN en MESTRE RODRÍGUEZ, M. L., «Comentario a la RDGRN de 26 de noviembre de 1998», en *CCJC*, núm. 50, 1999, págs. 645 y sigs.

descartarse que la relación matrimonial y su persistencia se convierta en un presupuesto de la validez de la institución, debiendo realizarse esta interpretación con un criterio subjetivista, empleando unitariamente las reglas de hermenéutica y haciendo uso, con las debidas precauciones, de los llamados medios de prueba extrínsecos, o circunstancias exteriores o finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta. 3.ª) Al apreciar la eficacia o ineficacia de la institución no debe valorarse la voluntad ulterior de mantener la institución por parte del causante, precisando especialmente que no siempre puede ser concluyente la mera inactividad del testador que no revoca la disposición.

La norma que ha establecido el legislador gallego supone que, como regla general, instituido el cónyuge como heredero en el testamento, o conteniéndose en el mismo disposiciones, patrimoniales o no (piénsese, v.gr., en objetos carentes de valor patrimonial, pero de valor afectivo, como pueden ser cartas, fotografías, recuerdos de familia, etc.), a su favor, éstas pierden sobrevenidamente su eficacia en el momento en que se produce la separación de hecho de los cónyuges o se interpone, por uno de ellos, la demanda instando la separación, el divorcio o la nulidad matrimonial, sin que se requiera que, en el momento de fallecimiento del cónyuge causante el procedimiento matrimonial, incoado con anterioridad, haya concluido. Aunque difícilmente se producirá en la práctica, la duda que plantea el precepto es la relativa al supuesto en que, pendiente un proceso matrimonial de nulidad en el momento de producirse la apertura de la sucesión del cónyuge disponente, este concluyese con desestimación de la demanda y el consiguiente mantenimiento del vínculo matrimonial, siempre que no hubiese una previa separación de hecho. El sentido y la finalidad de la norma se erigen en argumentos hermenéuticos decisivos en orden a argumentar la pérdida de oficio, aun en este caso, de la disposición. El tenor literal del precepto avala que la pérdida de ineficacia de las disposiciones testamentarias que nos ocupan se produzca por el mero hecho de haberse instado la adopción de las medidas provisionales a que se refiere el artículo 771 de la LECiv/2000. La excepción, que determina la persistencia de la eficacia de las disposiciones testamentarias realizadas a favor del cónyuge, se producirá en aquellos supuestos en los que las mismas se hagan sin atender al vínculo matrimonial o la convivencia y, por supuesto, en aquellos casos de disposiciones testamentarias realizadas en el momento en que ya se haya producido la separación de hecho o esté en curso el procedimiento matrimonial de que se trate.

En el caso de reconciliación de los cónyuges entre los que haya mediado una separación previa, no tiene lugar la aplicación de la sanción de ineficacia que contempla el artículo 208 de la LDCG/2006. De esta manera, la solución es similar a la que prevé el artículo 835 del Código Civil a propósito de los derechos legítimos del cónyuge viudo. Este precepto del Código Civil

contempla la reconciliación —declaración de hecho bilateral y recíproca, que puede ser expresa o derivada de hechos concluyentes, con trascendencia social y familiar que exige la reanudación general de la vida en común— como un acto que permite a los cónyuges en trance de separación, conservar o recuperar —en el caso de que ya se haya producido la separación de hecho y antes de la sentencia de divorcio— sus recíprocos derechos sucesorios. Se ha suprimido, en virtud de la Ley 15/2005, de 8 de julio, la referencia al perdón, o voluntad unilateral de uno de los cónyuges que no requería la recuperación de la convivencia mediante, el que el cónyuge inocente podía evitar la pérdida de los derechos legitimarios de su consorte— y ello porque su virtualidad se explicaba en un sistema de separación basado en la culpa. En el caso de existencia de separación judicial —o en el caso de que ésta esté *sub iudice*—, la reconciliación la deja sin efecto, si bien los cónyuges la habrán de poner en conocimiento del Juez que conozca o haya conocido del caso (ex art. 84.I del CC) y hacerla constar en el RC (art. 76 de la LRC) para que pueda oponerse a los demás interesados en la herencia (130).

Se echa en falta en la Ley gallega de 2006 una previsión específica respecto de la pérdida de la condición de legitimario del cónyuge supérstite que, en el momento de abrirse la sucesión del causante se encontrase en alguna de las situaciones contempladas en su artículo 208. Pese a ello debe defenderse la aplicación y la extensión de la privación de la legítima que le corresponde ex artículos 253 y 254 de la LDCG/2006, en función de si concurre, o no, a la herencia con descendientes del causante.

En el caso de la sucesión intestada —no regulada en estos aspectos por la LDCG/2006, debiendo remitirnos entonces a las previsiones codiciales, como resulta de lo dispuesto en el art. 267 LDCG—, ha de tenerse en cuenta que, la previsión del legislador gallego para el supuesto de sucesión testada en el caso de cónyuges separados de hecho, se cohonesta con la que resulta, para el supuesto de los derechos del cónyuge supérstite en la sucesión intestada, de lo dispuesto en el artículo 945 del Código Civil, en la redacción que le ha dado la Ley 15/2005, de 8 de julio y a tenor del cual, no tiene lugar el llamamiento a favor del cónyuge supérstite, en el caso de ausencia de descendientes y descendientes, si media separación de hecho o judicial entre los cónyuges.

(130) Vid. BUSTO LAGO, J. M., «Comentario del artículo 835 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil* (R. Bervovitz, Dir.), *op. cit.* (2.ª edic.), pág. 1026.

3. LA DISPOSICIÓN A FAVOR DE QUIEN CUIDE AL TESTADOR Y LA HECHA BAJO ESTA CONDICIÓN

A) *La disposición a favor de quien cuida al testador*

El apartado 2.º del artículo 203 de la LDCG/2006 contempla expresamente la validez de la disposición testamentaria realizada «a favor de quien cuida al testador». En puridad el precepto contempla el caso de disposición testamentaria realizada a favor de una persona indeterminada en el momento en que se realiza y que habrá determinarse en el momento de apertura de la sucesión en atención a la persona que haya cuidado al testador. Las dificultades que puede presentar la determinación de la identidad de la persona que ha cuidado al testador, entendiéndose por ésta aquella que la haya asistido no sólo desde la perspectiva material, sino especialmente afectiva durante su vejez o enfermedad, son evidentes. Acaso consciente de ello, el legislador gallego, en el inciso segundo del referido precepto, prevé expresamente la posibilidad de que el propio testador establezca las previsiones respecto a cómo ha de determinarse la identidad de la persona que ha cuidado al testador, abriendo al tiempo la posibilidad de que sean varias —«*persona o personas*»—, de modo que ha de admitirse que aunque la disposición por el testador lo haya sido en singular, finalmente revierta en una pluralidad de sujetos; y previendo subsidiariamente la atribución *ex lege* a favor del denominado «*testamenteiro*» en la versión en gallego de la Ley (131) y «*testamentero*», en su versión en castellano, desconociéndose así la que sería traducción adecuada que no es otra que la de «albacea» (132). Repárese a estos efectos en la institución del «*testamenteiro*» que se regula en los artículos 2.320 a 2.334 del *Código Civil portugués* de 1966. La remisión de esta atribución al «*testamentero*»/albacea resulta adecuada si se repara en que el albacea es el ejecutor del testamento nombrado por el testador y sobre la base de una especial confianza en él depositada (ex art. 911 del CC). Al albacea le corresponde disponer los sufragios y funerales del causante; vigilar y velar por la ejecución del testamento; entregar los legados, cuando menos los pecuniarios; defender la validez del testamento y tomar las medidas

(131) De conformidad con la definición contenida en el Diccionario de la Real Academia Galega, «*testamenteiro -a: s. m. Persoa que o testador designa para que se encargase de facer cumprilo seu testamento*».

(132) Se recupera así el clásico término de «*testamentero*» (Título 19, Libro 10 de la *Novísima Recopilación*), como persona encargada de cumplir la voluntad del testador. DOMINGO DE MORATÓ diferenciaba al *testamentero* del *comisario* precisamente en que éste era el encargado de *manifestar* la voluntad del causante, mientras que el primero era el encargado de *cumplirla* (cfr. DOMINGO DE MORATÓ, D. R., «El Derecho Civil español con las correspondencias del romano», *op. cit.*, pág. 200). El Código Civil utiliza el término «*testamentario*» como sinónimo de «albacea», como resulta, con toda nitidez, del título de la Sección 11.ª, del Capítulo II, del Libro III, «*De los albaceas o testamentarios*».

necesarias para la conservación y custodia de los bienes. En el caso de que el testador así lo prevea, le serán atribuidas además, las facultades de ejecución personal del testamento, administrar los bienes entretanto no los entregue a los herederos, representar a la herencia, partirla y distribuirla —el art. 249.2 de la LDCG/2006, contempla la posibilidad de que el causante faculte al «testamentero» —*rectius*, «testamentario»— para pagar la legítima, en cuyo caso los legitimarios podrán exigir la formación de inventario, con valoración de los bienes de la herencia y protocolización notarial—. Dicho de otro modo, el albacea habrá de llevar a término la voluntad *mortis causa* del testador expresada en el testamento, en la que han de reconocerse tanto las directrices como los límites por los que habrá de regirse su actuación. Como manifestó el TS en sentencia de 13 de abril de 1992 [RJ 1992/3103], «*el albaceazgo es un cargo especial testamentario en el que predominan las funciones tuitivas y gestoras amplias y tiende a la ejecución de la voluntad del de cuius designante, reflejada en correspondiente testamento, como plan y proyecto que sujeta su actuación, para culminar la testamentaria y en la mayoría de los supuestos, con funciones acumuladas de contadores-partidores, con la liquidación, división y adjudicación de los bienes a los coherederos y sucesores; concurriendo en el mismo las características de ser un cargo de confianza entre su causante y su ejecutor [...]*».

B) *La disposición bajo condición de cuidar y asistir al testador*

Distinto del supuesto contemplado en el epígrafe anterior, cuyo objeto está constituido por una designación indeterminada en el momento de ser realizada, es el acogido en el artículo 204 de la LDCG/2006, en el que afirma la validez de la disposición o de la institución realizada a favor de persona determinada, pero sometida a «*la condición de cuidar y asistir al testador, sus ascendientes, descendientes o cónyuge*».

Resulta dudosa la calificación jurídica que haya de merecer la estipulación testamentaria realizada en virtud de la que se instituye o se dispone bajo la condición o modo de asistir y cuidar al testador —o, en su caso, a su familia—, pues si bien la jurisprudencia del TS ha calificado tradicionalmente como obligaciones *sub modo* las de «*asistir y cuidar al testador y funerarle*» (STS de 2 de enero de 1928 [JC T. 180, § 4]), «*asistir al testador y a ciertos de sus parientes hasta su fallecimiento, funerarlos y pagar sus deudas*» (STS de 13 de noviembre de 1929 [JC T. 191, § 32]), «*estar en su compañía, cuidándoles y atendéndoles, hasta la muerte del testador y de su esposa*» (STS de 18 de diciembre de 1953 [RJ 1954/675]), «*la de mantener a sus padres mientras viviesen, sanos o enfermos, siempre que trabajasen y ayudasen, al heredero, en el negocio de panadería y comercio que tenía la testadora mien-*

tras pudiesen» (STS de 9 de junio de 1971 [RJ 1971/3158]) (132 bis); en la más reciente de las Sentencias en la que se ha pronunciado acerca de la naturaleza jurídica de tales previsiones testamentarias, la de 9 de mayo de 1990 [RJ 1990/3696], el TS califica como condición suspensiva —además de positiva y potestativa— la de atender «*al cuidado y asistencia de la testadora hasta su fallecimiento, y la obligación de abonar los gastos de entierro y funerales*».

En puridad, desde la perspectiva dogmática quizá lo correcto sería diferenciar en la estipulación testamentaria que nos ocupa una condición potestativa y una carga modal. La condición consiste en el cuidado y convivencia con el testador hasta el momento de su fallecimiento, en tanto que se trata de un acto anterior al momento en que se causa la herencia que suspendería la efectividad de la institución en tanto no sea apreciado su cumplimiento. Por el contrario, la obligación de cuidar a la viuda del testador es una actividad que se realiza después del momento de la muerte del causante, en tanto que ésta le sobrevivió y la efectiva realización de la misma se vincula a la previa eficacia de la institución, pues mal podría el instituido tenerla en su compañía en la casa petrucial y cuidarla en ella si no le fuese atribuida. Así, si se comparte el criterio de la STS de 18 de diciembre de 1965 [RJ 1965/5898], «*el modo implica, siempre, una actividad del sujeto a realizar después de la muerte del causante*». Sin embargo, como se ha visto, el TS parece aceptar que el gravamen pueda imponerse para ser cumplido en vida del instituyente, especialmente en los casos en los que consiste en la obligación de cuidar y atender en sus necesidades al propio causante hasta que fallezca.

Por otra parte, ha de ponerse de manifiesto que, superadas algunas opiniones divergentes, parece que nada obsta el establecimiento de cargas modales en beneficio de una tercera persona determinada —en este caso, la viuda del testador— (133). En particular, tratándose de la «carga» de cuidar a la viuda del testador y de tenerla en su compañía, ni siquiera si se mantiene la opinión contraria puede dejar de considerarse como un «modo», pues no puede hablarse de *legado* —en efecto, la tesis negadora de la posibilidad de la existencia de un modo a favor de persona determinada o determinable afirma la existencia de un *legado* en estos casos— de alimentos al faltar la institución que traiga causa del testador. Por último, no ha de olvidarse que en la duda acerca de la calificación como carga modal o condición, el Código Civil establece la presunción de que se trata de modo y no de condición (ex art. 797 del CC).

(132 bis) Doctrina jurisprudencial acogida, v.gr., por la SAP de Asturias, Sección 7.ª, de 4 de septiembre de 2003 [JUR 2004/47199].

(133) TORRALBA SORIANO, V. O., *El modo en el Derecho Civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1967, págs. 183 y 236.

En todo caso, aunque es obvio que la calificación como condición o como modo implica importantes consecuencias pues su régimen jurídico es diverso —suele decirse que la *condición* suspende pero no constriñe, mientras que el *modo* constriñe pero no suspende—, en el caso y a los efectos que nos ocupan la importancia de la calificación se eclipsa en tanto que jurisprudencia (ya desde la STS de 5 de diciembre de 1865; también expresamente la STS de 3 de junio de 1967 [RJ 1967/3267]) y doctrina consideran que el párrafo 2.º del artículo 798 del Código Civil es aplicable tanto a las obligaciones modales testamentarias como a las condiciones: «*Cuando el interesado en que se cumpla, o no, impidiere su cumplimiento sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, se considerará cumplida la condición*» (134). El precepto, aun en sede de obligaciones testamentarias *sub modo*, habla de «condición» y establece un supuesto de lo que ha dado en llamarse cumplimiento *ficcionario* de la condición o del modo: casos en los que éstos pueden entenderse cumplidos y, por lo tanto, la institución desplegar sus efectos, aun sin haberse realizado objetivamente el hecho establecido como condición o como modo por causa no imputable al heredero.

También en el supuesto que contempla el artículo 204 de la LDCG/2006, una de las principales dificultades que suele presentarse es la de determinar si se ha cumplido o no la «condición» que constituye su objeto de regulación y también en este caso, se contempla la atribución de la facultad de la determinación del cumplimiento a favor del «*testamentario*» —o albacea— si se ha designado.

En la jurisprudencia que ha aplicado el artículo 798.II del Código Civil se observa una tendencia ininterrumpida en el sentido de entender cumplida la condición o el modo aun cuando objetiva o fácticamente no haya sido así por causa no imputable al obligado (son supuestos en los que el modo se considera cumplido en aplicación del art. 798.II del CC), aun sin que tenga lugar la realización efectiva del mismo; y ello con independencia de que esta disposición haya de interpretarse de acuerdo con el principio *favor debitoris* (135). Sirvan como ejemplos paradigmáticos de esta doctrina jurisprudencial los que seguidamente son objeto de elenco:

1.ª) En la *sentencia de 2 de enero de 1928 [JC T. 180, § 4]*, el TS consideró cumplida la obligación modal impuesta a la heredera consistente en «*cuidar y asistir al testador, con verdadero afecto, en todas sus enfermedades*»

(134) OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada, op. cit.*, pág. 169; TORRALBA SORIANO, *El modo en el Derecho Civil, op. cit.*, pág. 236; ALBALADEJO, «De la institución de heredero y del legado condicional o a término», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. X, Vol. 2, EDERSA, Madrid, 1984, pág. 401; LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones*, J. M.ª Bosch Ed., Barcelona, 1993 [5.ª edic.], pág. 285.

(135) En este sentido, LUNA SERRANO, «Disciplina del modo testamentario imposible», en *ADC*, 1968-I, pág. 131.

des y, una vez ocurrido su fallecimiento, funerarle con arreglo a su estado y posición social», aplicando el artículo 798 del Código Civil cuando era evidente que la heredera no cumplió tales cargas, puesto que en el momento de la enfermedad y posterior fallecimiento del causante vivía en América.

2.^a) En la *sentencia de 13 de noviembre de 1929 [JC T. 191, § 32]*, el TS consideró que la existencia de pleitos entre el instituido y los beneficiados por la obligación modal, que incluso habían sido desahuciados de la vivienda que habitaban, no eran suficientes para entender incumplida la obligación modal impuesta al heredero consistente en «*asistir a la testadora, a su hermana Manuela, y a su cuñado Eustasio F., en todas sus necesidades hasta el fallecimiento de los tres, funerándolos con arreglo a su condición y pagando todas sus deudas*».

3.^a) La *sentencia de 18 de diciembre de 1953 [RJ 1954/675]* resuelve el supuesto planteado como consecuencia de que la viuda del testador contrajese nuevas nupcias y abandonase el hogar en el que convivía con su sobrina, instituida heredera si bien gravada con la carga modal de que estuviese en compañía del testador y de su viuda, asistiendo a ambos hasta su muerte. El TS entendió cumplida la obligación impuesta a la heredera que había convivido con el testador hasta su fallecimiento y con la viuda de éste hasta cuatro días antes de que contrajese nuevas nupcias y dejaran de vivir juntas tía y sobrina al abandonar aquélla el hogar que compartían para ir a vivir al nuevo hogar conyugal junto con la sobrina de su nuevo marido.

4.^a) En la *sentencia del TS de 9 de junio de 1971 [RJ 1971/3158]*, se declara que, en aplicación del artículo 798 del Código Civil, hecha imposible la convivencia entre el gravado y los beneficiados por la obligación modal, se entiende cumplida ésta, consistente en «*mantener a sus padres mientras viviesen, sanos o enfermos, siempre que trabajasen y le ayudasen, al heredero, en el negocio de panadería y comercio que tenía la testadora mientras pudiesen*», por el hecho de que el instituido pasase a los beneficiarios una pensión en metálico. La naturaleza de institución con cláusula modal atribuida a aquéllas determina que su incumplimiento no provoque la ineficacia de la institución, sino la posibilidad de exigir su cumplimiento coactivamente, bien en los mismos términos en los que se ha establecido, bien en otros similares, en virtud de lo preceptuado en el artículo 798 del Código Civil.

5.^a) La *STS de 10 de mayo de 1991 [RJ 1991/9815]* consideró viable el cumplimiento de la obligación modal de modo análogo o equivalente al querido por el testador en un supuesto en el que el cumplimiento de aquélla en sus propios términos había devenido imposible sin culpa de la Congregación instituida heredera (en similar sentido se había pronunciado la STS de 9 de febrero de 1948 [RJ 1948/275], en un caso en el que la testadora creaba una fundación benéfica a favor de una determinada Congregación, imponiendo a ésta la realización de determinadas labores de enseñanza, siendo asumi-

da ésta, calificada como obligación *sub modo* por una de las dos ramas de aquella Congregación).

6.^a) Pero acaso la más importante resolución de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la materia que nos ocupa es la constituida por la *sentencia de 9 de mayo de 1990 [RJ 1990/3696]*. Los hechos que dan lugar a esta STS son los siguientes: *a*) El proceso trae causa del testamento otorgado el día 25 de noviembre de 1977 ante el Notario de Corcubión, por doña Melania L. L., en el que, entre otras cláusulas, figuran las que literalmente dicen: «Segunda.—Mejora a su nieto Manuel S. S., hijo de su hija Ramona, en el tercio de este nombre, y lo instituye heredero en el de libre disposición; bajo condición de que atienda al cuidado y asistencia de la testadora hasta su fallecimiento, y la obligación de abonar los gastos de entierro y funerales. Tercera.—En el remanente instituye herederas por partes iguales a sus dos expresadas hijas, con sustitución a favor de sus descendientes respetivos por estirpes». *b*) Doña Melania falleció y fue enterrada en Dumbría, siendo atendida por su hija Ramona en su propia casa durante los últimos días, donde falleció, por lo que, entendiéndose ésta y su hermana que no se cumplió la condición expresada en el testamento, presentaron demanda cuyo suplico contiene la petición de que se declare nula, sin valor ni eficacia jurídica alguna, la cláusula segunda, dado el incumplimiento por parte del demandado Manuel S. S. allí mejorado y legatario, y que se le condene a que reconozca, acate y consienta, en virtud de tal nulidad, pérdida de valor e ineficacia de tal cláusula, que las únicas herederas de la causante son sus hijas, las actoras doña Dolores y doña Ramona S. L. *c*) El Juzgado desestimó la demanda por entender cumplida la condición, y la sentencia confirmatoria que dictó la Audiencia en apelación se impugna».

EL TS consideró que no había lugar al recurso de casación interpuesto fundamentalmente en atención a que la condición de atender y cuidar a la testadora hasta su fallecimiento no se cumplió y, *«como se trata de una condición potestativa cuya introducción en el negocio testamentario permite el artículo 790 del Código Civil y es exigible su cumplimiento para adquirir el derecho, al fallar la condición los derechos hereditarios corresponden a las hijas. Para decidir la cuestión, se tuvo en cuenta que el testamento, como negocio jurídico o declaración de voluntad no recepticia, y mortis causa, no despliega su eficacia hasta que la sucesión se abre, y cuando, como en este caso, la voluntad del causante se subordina al cumplimiento de una condición, es preciso analizarla. Su lectura revela que se trata de condición suspensiva, que impide adquirir el derecho si no se cumple, y que consiste en hechos pasados, puesto que han de tener existencia antes de que el testamento despliegue su eficacia. Además es potestativa, puesto que su cumplimiento depende de la voluntad de la persona del favorecido bajo condición (también de la voluntad de la causante). Así pues, siendo potestativa y de hechos*

pasados, naturalmente ha de conocerla el obligado a cumplirla para que su voluntad pueda determinar el cumplimiento. El Código prevé la hipótesis de condición suspensiva consistente en hechos posteriores a la muerte del causante y, además, potestativas (art. 795), pero no contempla la condición suspensiva potestativa de hechos pasados. Por ello, en el caso de autos, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 798, conforme al cual si el interesado en que se cumpla, que lo es, se presume, la causante, por propia voluntad cambia su domicilio, no por ello ha de entenderse que no se ha cumplido la condición, pues es él quien lo impidió y habrá de tenerse por cumplida y, por tanto, subsistente la disposición de bienes condicional, que, como bien dice la sentencia recurrida en calidad de obiter dicta, de haber querido la causante que perdiera eficacia habría revocado el testamento con otro posterior. Si la interesada en que no se cumpla, que son, también se presume, las hijas recurrentes, con su conducta produjeron el incumplimiento, también ha de tenerse por cumplida según el repetido artículo 798. Es la correcta conclusión, la obtenida por las sentencias de instancia, acorde con la doctrina tradicional, con la declaración testamentaria en la que se advierte concordancia entre la voluntad expresa de la testadora y con la voluntad tácita que se desprende del mantenimiento del testamento. También con los hechos probados e indiscutidos de que el nieto cuidó de la abuela mientras ésta quiso» (FD 3.º).

De esta sentencia resulta, por lo tanto, que *en los supuestos de incumplimiento de la condición* —y lo mismo cabe decir, con mayor razón respecto al modo, pues en este caso el art. 798 del CC no se aplica analógicamente, sino que es, precisamente, el caso que contempla— *sin culpa ni hecho propio del heredero, sino por haberlo impedido el testador u otros sujetos distintos* —en el caso que resuelve la STS de 9 de mayo de 1990, otras hijas instituidas en el remanente de la herencia y en el nuestro la conducta de la viuda sobre la que recaía el modo al que estaba obligado el instituido—, *debe admitirse el cumplimiento ficticio o legal a favor del heredero condicional*. La ausencia de culpa del gravado —que engloba tanto el caso fortuito como el incumplimiento imposible por hecho de un tercero— es el presupuesto de aplicación del artículo 798 del Código Civil, bien a efectos de posibilitar el cumplimiento análogo, bien el cumplimiento *ficticio*. Por otra parte, el llamado «*cumplimiento ficticio*» es aplicable tanto a la obligación condicional como a la simplemente modal y a la misma conclusión que la que acaba de enunciarse se llega por aplicación del artículo 1.119 del Código Civil previsto para los casos de incumplimiento de la condición imputable al obligado (136). En

(136) ALBALADEJO, M., «Comentario de los artículos 795 y 796 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. X, Vol. 2.º, EDERSA, Madrid, 1984, pág. 469.

relación con éste, la STS de 23 de mayo de 1996 [RJ 1996/4006] ha precisado que no hay que probar ningún tipo de conducta maliciosa no negligente, siendo suficiente que la conducta del demandado haya dado lugar a que no se pueda cumplir la condición.

En la doctrina este pronunciamiento del TS, últimamente citado, ha convalidado un apoyo generalizado. El único escrúpulo doctrinal que se le ha puesto se deriva de la aplicación analógica del artículo 798 del Código Civil a un caso como el que resuelve en el que es el propio testador el que impide voluntariamente el cumplimiento de la condición por él impuesta (137). Escrúpulo que desaparece completamente en nuestro caso: el testador convive con el beneficiario obligado y éste cumple con su obligación de asistencia hasta el momento de su fallecimiento. Tras éste continúa viviendo y cuidando a la viuda del testador hasta que ésta decide, por su voluntad trasladarse a casa de sus parientes de sangre. Esta voluntad resulta incontrolable por el obligado y ni siquiera puede decirse que esté obligado a evitarlo, pudiendo en su caso, transformarse su carga modal en una obligación distinta —quizá de alimentos, si los necesitase— si es que, pongo por caso, la convivencia fuese difícil, como ha admitido el TS en casos similares ya enunciados (en particular el contemplado por la STS de 9 de junio de 1971 [RJ 1971/3158]).

En esta misma línea jurisprudencial, claramente favorable a considerar cumplida la condición —o el modo— cuando la causa del incumplimiento no sea imputable al obligado, se sitúa la *STS de 18 de diciembre de 1965* [RJ 1965/5898]. En ella se ventilaba el cumplimiento o no de la condición impuesta por la testadora a su nieta para la eficacia del legado de una casa, de manera que incumpléndose aquélla, éste se reduciría a la mitad, acreciendo a la heredera universal. La condición consistía en la obligación de «*servir a la testadora en todas sus necesidades, tanto en caso de salud como de enfermedad y conviviendo con ella, sirviéndola personalmente*». La condición resultaba dudosamente cumplida, en tanto que fue puesta en el testamento otorgado el día uno de agosto de 1958, residiendo la testadora en un municipio de Mallorca, mientras la nieta beneficiaria residía en Nantes. El día 28 de agosto de 1958, la nieta se desplaza al lugar de residencia de la abuela testadora, de manera que falleciendo ésta pocos días después, el 8 de septiembre de 1958, la nieta está presente cuidándola en su última enfermedad. Consta la voluntad de la testadora de retornar a Francia y ser éste el sentido de aquella previsión, pues así podría ser atendida por la nieta beneficiaria, el TS entiende cumplida la condición, que sólo se cumplió formalmente pero por causas temporales no imputables al beneficiario.

(137) GORDILLO CAÑAS, A., «Testamento: institución condicional de heredero. Modo testamentario (Comentario a la STS de 9 de mayo de 1990)», en *CCJC*, núm. 23, 1990, pág. 638 [§ 609].

Frente a este elenco de SSTS de las que se extrae sin lugar a dudas aquel principio favorable a entender cumplida la condición o la carga modal impuesta al instituido cuando el incumplimiento de ésta no sea imputable a un comportamiento culposo suyo (esto es, lo ocurrido en el caso resuelto por la STS de 20 de febrero de 1928 [JC T. 181, § 91]: se trataba de un legado realizado a favor de la sirvienta bajo la condición/modo —el TS no entra en el análisis de esta cuestión— de que ésta continuase mientras viva al servicio doméstico del testador y del hermano de éste que con él convivía y les cuidase a ambos y siempre que les sobreviviese. Fallecido el testador, la sirvienta abandona la casa. Se discute en el caso la razón de este abandono, entendiendo que se debió a la intención de la gravada de casarse con el hermano superviviente del testador, reclamando a éste el pago de los servicios prestados al finalizar el contrato de trabajo que les vinculaba; o en la STS de 27 de noviembre de 1972 [RJ 1972/4663], en la que se considera probado que no se cumplió el modo consistente en cuidar a un hermano incapaz del legatario e hijo del testador), pueden encontrarse algunas resoluciones en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en las que se entiende incumplida la condición testamentaria de convivencia con el causante. En ese grupo de pronunciamientos puede resultar paradigmático el realizado por la SAP de Asturias, de 15 de febrero de 1993 [AC 1993/671]. En ella se entiende incumplida la condición impuesta por el testador al instituido que consistía en vivir en su compañía hasta el momento del fallecimiento de aquél. Declarado probado que el instituido abandonó por su propia voluntad el domicilio que compartía con el testador y que éste murió solo, la condición es claro que se ha incumplido por un comportamiento sólo imputable al beneficiario. Sin embargo, en aquellos casos en los que el incumplimiento de la condición de vivir en la casa y en compañía del otorgante se incumple por causas no imputables al instituido gravado no puede entenderse incumplido el deber impuesto. Así lo razona adecuadamente, v.gr., la SAP de Pontevedra (Sección 1.ª) de 16 de mayo de 2001 [AC 2001/1865], en un supuesto en el que aquella obligación se imponía al legatario, nieto del testador, en beneficio del propio otorgante, de su esposa y de la madre del beneficiario. En ella se declara que el hecho, motivado por las necesidades que mueven a la emigración, de que durante un periodo de tiempo aquella convivencia exigida no tuviese lugar no determina el incumplimiento de la condición impuesta.

En el caso de asistencia prestada por varias personas simultáneamente y en defecto de previsión testamentaria, la atribución se hará por iguales partes (art. 765 CC) (137 bis). En el caso de cumplimiento por uno sólo de los llamados, la SAP de A Coruña, Sección 6.ª, de 5 de mayo de 2006

(137 bis) Sobre la compatibilidad de los cuidados prestados por los dos llamados, vid. SAP A Coruña, Sección 3.ª, de 5 de mayo de 2006 [JUR 2006, 162403].

[JUR 2006, 132402] aplicó el régimen propio de las obligaciones solidarias (137 ter), desconociendo la cuestión de si estamos en presencia de una condición o de una institución «submodo».

4. LA DISPOSICIÓN DE UN BIEN GANANCIAL

Los artículos 205, 206 y 207 de la LDCG/2006 regulan la validez y eficacia de las disposiciones testamentarias que tengan por objeto un bien de naturaleza ganancial. La primera precisión que se introduce es acaso la más relevante, pues permite la disposición con eficacia *mortis causa* de un bien ganancial —para determinarla habrá de estarse a las normas contempladas en los arts. 1.347 y sigs. del CC y 178.1 de la LDCG/2006, en el que se atribuye este carácter a los bienes donados a los cónyuges por razón del matrimonio realizada sin designación de partes— tanto si el objeto de disposición es la cotitularidad o copropiedad sobre el mismo, transformándose en este caso, la ganancialidad en una comunidad ordinaria, como si lo es el valor que sobre el mismo representa el derecho del disponente como integrante de la sociedad ganancial. Esta idea se expresa del modo que sigue: «*La disposición testamentaria de un bien ganancial podrá realizarse como de cosa ganancial o como del derecho que al testador le corresponda en el mismo*» (art. 205.1 de la LDCG).

En el sistema codicial, el artículo 1.379 del Código Civil establece que cada cónyuge podrá disponer por testamento de la mitad de sus bienes gananciales, como una disposición genérica de los bienes gananciales que existan en la sociedad en el momento de la muerte del testador, como bienes que integran, en este momento, la denominada comunidad postganancial que surge tras la disolución de la sociedad de gananciales y que se extinguirá con su liquidación y adjudicación de la mitad de los bienes y derechos gananciales concretos, que constituyan el activo neto del consorcio, al cónyuge superviviente y a la herencia del difunto, determinándose entonces los bienes gananciales concretos que serán adjudicados al beneficiado por la disposición testamentaria de «*la mitad de los gananciales*». En realidad, de lo que puede disponer cada cónyuge por testamento no es de la mitad de los bienes que integran la sociedad ganancial, refiriendo el acto de disposición a los mismos bienes, sino de su parte en el patrimonio ganancial, que es lo que corresponda a su liquidación, una vez deducido el pasivo (138). Entonces, la disposición de la

(137 ter) Vid. la fundada crítica a esta solución en RUEDA PÉREZ, J. M.^a, «Comentario de los artículos 203 y 204 LOCG», en *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*, T. I, págs. 288 a 290.

(138) En este sentido, PRETEL SERRANO, J. M.^a, «Comentario al artículo 1.379 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 723.

mitad de los bienes gananciales es también válida y eficaz con arreglo al sistema codicial, siempre que en la liquidación de la sociedad de gananciales exista activo o, lo que es lo mismo, existan bienes gananciales partibles.

El apartado 2.º de este precepto de la LDCG/2006, antes referido, aclara que, en caso de duda, se entenderá que la disposición realizada lo es del derecho que al testador disponente le corresponde en el bien ganancial, de manera que esta es la regla general. El establecimiento de esta regla general se compadece con la prevista en el artículo 864 del Código Civil, a tenor del cual cuando el testador tenga sólo un derecho o una parte en la cosa legada, se entenderá limitado el legado a esta parte o derecho, a menos que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero.

A su vez, el artículo 206 de la LDCG/2006 prescribe que cuando el testador disponga por entero de un bien ganancial habrá de hacerse constar expresamente este carácter, supeditándose la eficacia de esta disposición que abarca la totalidad del bien a que éste sea adjudicado a la herencia del testador en la liquidación de la sociedad ganancial (138 bis). En caso contrario, esto es, en el caso de que el bien sea adjudicado en la liquidación al otro cónyuge, se entenderá que se ha legado el valor que tuviera el bien en el momento de fallecimiento del testador. La disposición es una transcripción, con alguna precisión poco trascendente, del artículo 1.380 del Código Civil. En efecto, aunque en el momento de otorgar el testamento, vigente la sociedad ganancial, la regla general prescribe que la disposición de los bienes gananciales deba realizarse conjuntamente, siendo nulos los actos dispositivos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges (*ex art. 1.378 del CC*), el artículo 1.380 del Código Civil introduce una excepción a esa general, admitiendo expresamente la disposición testamentaria, por uno de los cónyuges, de bienes gananciales concretos. De esta manera, la cláusula testamentaria donde se ordene un legado no es nula en atención al carácter de ganancial del objeto del legado. También se admite en el sistema codicial la validez y la eficacia del legado de cosa ganancial ordenado por ambos cónyuges y ello sobre el argumento constituido por que la ley permite la disolución y liquidación convencional de la sociedad de gananciales en vida de ambos cónyuges, de modo que, de acuerdo con el Código Civil, estos pactos son válidos y eficaces. En el ámbito del Derecho Civil, propio de Galicia, puede ser una disposición contenida en un testamento mancomunado y también, como ya hemos visto, el contenido de una adjudicación realizada por el comisario (art. 200.2 de la LDCG/2006). Esta es, además una previsión expresa de la LDCG/2006. El artículo 207.2.2.º de dicha norma general es-

(138 bis) La satisfacción del carácter expreso del legado de cosa ganancial por entero requiere que la voluntad del legatario sea clara en este sentido: *vid.* FERNÁNDEZ-CASQUEIRO DOMÍNGUEZ, C. M., «Comentario de los artículos 205 a 208 LDCG», en *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*, T. I., *op. cit.*, pág. 306.

tablece que la disposición de un bien ganancial se entenderá referida no a la mitad de su valor, sino a la mitad indivisa del mismo —se dispone y el atribuyente adquiere la copropiedad sobre el bien o la cotitularidad sobre el derecho objeto de disposición—, en aquellos casos en los que ambos cónyuges hubieran realizado la disposición de forma coincidente y ambas herencias estuvieran deferidas. Esta previsión ha de entenderse poniéndola en relación con la regla general enunciada en el artículo 207.1 LDCG/2006, a tenor de la cual, cuando se adjudica o lega el derecho que corresponde al testador en un bien ganancial, la disposición se entenderá —referida sólo a la mitad de su valor: o lo que es lo mismo, se cumplirá por equivalencia, frente al cumplimiento en forma específica, a través de la entrega de la mitad indivisa en los dos supuestos enunciados en su apartado 2.º, como excepciones a la regla general (138 ter).

El legado de cosa ganancial puede quedar sin efecto si el testador y su cónyuge enajenan el bien legado por cualquier causa o si éste perezca, vigente la sociedad ganancial (*ex arts.* 869.2 y 869.3 del CC). En el caso el bien legado permanece en el patrimonio conyugal a la muerte del testador, formando parte del activo de la comunidad postganancial disuelta como consecuencia de aquel óbito, el problema que surge consiste en establecer si la disposición del testador es vinculante a la hora de liquidar y repartir el activo neto de la sociedad de gananciales, de manera que deba adjudicarse necesariamente a la herencia del testador para que su disposición pueda cumplirse en los exactos términos señalados por éste.

En el sistema del Código Civil, la mayor parte de los autores consideran que la disposición del testador es vinculante para sus herederos, tanto si se trata de herederos voluntarios como de «herederos forzosos», siempre y cuando no perjudique las legítimas de estos últimos; si bien no es vinculante para el cónyuge viudo (139). Los herederos forman parte de la comunidad postganancial por derecho sucesorio y su derecho a que la mitad del remanente neto ganancial se integre en la herencia del difunto, es un derecho sucesorio; en cambio, el cónyuge viudo forma parte de la comunidad postganancial por derecho propio y su derecho a la mitad del remanente neto ganancial es un derecho propio. Los herederos deben pasar por los actos que realizó su causante en vida, salvo que tales actos perjudiquen su legítima; en cambio el cónyuge viudo no tiene ninguna obligación, en su condición de tal, de respetar lo que su difunto consorte estableció en su testamento en relación con los bienes gananciales. De este modo, si el cónyuge viudo desea cumplir la

(138 ter) Vid. FERNÁNDEZ-CASQUEIRO DOMÍNGUEZ, C. M., «Comentario de los artículos 205 a 208 LDCG», *op. cit.*, pág. 307.

(139) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La liquidación de la sociedad de gananciales (Doctrina y Jurisprudencia)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 85.

voluntad del testador, los herederos no podrán negarse a que el bien legado sea adjudicado a su herencia; en cambio, el cónyuge viudo puede solicitar que el bien se incluya en su lote, lo que se producirá, en todo caso, si sobre el bien legado ostenta un derecho de atribución preferente (*ex art. 1.406*) o si invoca el respeto a la igualdad cualitativa de los lotes (art. 1.061 del CC, en relación con el art. 1.401, también del CC), pues aunque la jurisprudencia haya sostenido que el principio de la igualdad cualitativa de los lotes a que alude el artículo 1.061 del Código Civil tiene el carácter de «*recomendación subordinada a la posibilidad de cumplirla*» (STS de 23 de junio de 1998 [RJ 1998/4745]) y ha puesto de manifiesto su carácter «*más bien facultativo y orientativo que de imperativa observancia*» (sentencias del TS de 7 de enero de 1991 [RJ 1991/110] y de 15 de marzo de 1995 [RJ 1995/2654]) (140), no parece razonable imponer la disposición testamentaria de uno de los cónyuges sobre la voluntad del otro, recibiendo éste un lote donde falten determinado tipo de bienes (141).

En ausencia de aceptación del cónyuge superviviente o de los herederos de éste —en cuyo caso, esto es, de concurrir, la disposición se entenderá referida a la mitad indivisa del bien ganancial (*ex art. 207.2.1.º de la LDCG/2006*)—, el objeto de la disposición habrá de referirse a la mitad del valor del bien ganancial objeto de disposición (art. 207.1 de la LDCG), en lo que constituye la regla general en la fase comprendida entre la apertura de la sucesión del disponente y la liquidación de la sociedad de gananciales o la apertura de la sucesión del cónyuge superviviente.

RESUMEN

SUCESIÓN TESTADA EN GALICIA

El contenido de este artículo está constituido por la exposición del régimen jurídico de la sucesión testada que resulta de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia. La nueva

ABSTRACT

TESTATE SUCCESSION IN GALICIA

This article is an exploration of the legal framework for testamentary succession under Act 2/2006 of 14 June of Galicia on Civil Law. The new act significantly modified testamentary institutio-

(140) Vid., entre otros, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Comentario de los artículos 1.061 a 1.066 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. I, *op. cit.*, pág. 2501; BUSTO LAGO, J. M., «Aspectos sustantivos de las operaciones particionales de la herencia», en *La división judicial de patrimonios: Aspectos sustantivos y procesales* (J. L. Seoane Spiegelberg, Dir.), Ed. CGPJ, Madrid, 2004, pág. 385 y sigs.

(141) Ha de tenerse en cuenta que la sentencia del TS de 13 de abril de 1956 [RJ 1956/1930] ha excluido del ámbito de aplicación del principio de igualdad cualitativa de los lotes que establece el artículo 1.061 del Código Civil, la cuota legitimaria que corresponde al cónyuge viudo.

Ley ha supuesto la introducción de relevantes modificaciones en instituciones testamentarias ya reguladas en el Derecho Civil propio de Galicia, como el testamento mancomunado (se posibilita su otorgamiento por dos o más personas, sin que medie vínculo subjetivo alguno entre ellas, sin perjuicio de que se establezcan específicas consecuencias para el caso de que los otorgantes sean cónyuges o convivientes de hecho), al tiempo que se reconoce una auténtica delegación de la facultad testatoria a través del testamento por comisario, superando la mera delegación de la facultad de mejorar que acogía, aun bajo aquella denominación, la derogada Ley de 1995. Asimismo, se incorpora una serie de disposiciones comunes relativas a la sucesión testamentaria —relativas al idioma del testamento notarial, a la intervención de testigos instrumentales en su otorgamiento—, así como la regulación de las denominadas disposiciones testamentarias especiales: nulidad de la disposición realizada a favor de persona incierta, la pérdida de la eficacia sobrevenida de la disposición realizada a favor del cónyuge en los casos de separación, divorcio y nulidad matrimonial, la regulación de la disposición realizada a favor de la persona que cuida al testador y bajo condición de cuidarle y asistirle, así como previsiones específicas para los supuestos en los que se disponga de un bien ganancial. Todas estas normas son objeto de análisis, sometiéndolas al necesario contraste con las opiniones doctrinales y jurisprudenciales habidas con ocasión de la interpretación y aplicación de las correlativas normas codiciales.

ns already regulated in Galician civil law, such as the joint will (A will can be executed by two or more persons, without any subjective link between said persons, without prejudice of the establishment of specific consequences in the case where the testators are spouses or de-facto living partners). At the same time the new act recognised that, through a will by deputy, an authentic delegation of testamentary power is made, to an extent beyond the mere delegation of the faculty to improve, which is stated (under the same name) in the repealed Act of 1995. A series of common provisions is also incorporated on testamentary succession (concerning the language in which notarial wills are written, the role of attesting witnesses in the will-making process) and on the regulation of what are termed «special testamentary provisions»: nullity of a provision made in the favour of an indeterminate person, loss of the supervening efficacy of a provision made in the favour of a spouse in cases of separation, divorce and marriage annulment, regulation of a provision made in the favour of the testator's caregiver on the condition of caring for and assisting the testator, likewise specific terms for events where community property is disposed of. All these rules are analysed and subjected to the necessary contrast with opinions drawn from doctrine and case law issued in the interpretation and application of the correlative codicil rules.

(Trabajo recibido el 02-01-07 y aceptado para su publicación el 04-12-07)

Una primera aproximación a la nueva regulación de la partición realizada por el testador en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia (1)

por

ANA DÍAZ MARTÍNEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO: ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS SOBRE LA APLICABILIDAD DE LA LEY 2/2006 DE DERECHO CIVIL DE GALICIA A LA PARTICIÓN HEREDITARIA.
- II. CLASES DE PARTICIÓN.
- III. LA PARTICIÓN HECHA POR EL TESTADOR:
 1. LA PARTICIÓN INDIVIDUAL HECHA POR EL TESTADOR:
 - A) *El respeto de las legítimas en la partición.*
 - B) *Presupuestos de la partición por el testador y acciones de impugnación de los herederos.*
 - C) *La partición parcial y las adjudicaciones de bienes y derechos determinados.*
 - D) *Partición hecha por el testador y normas particionales.*
 - E) *Forma.*

(1) El presente estudio ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «La transformación social de la familia, una revolución en el sistema sucesorio» (PGIDIT05CSO202004PR), financiado por la Consellería de Innovación, Industria e Comercio de la Xunta de Galicia, dentro del Programa Sectorial de Ciencias Sociales del Plan Gallego de IDTI de 2005, proyecto en el que se integra la autora como investigadora.

- F) *Vicisitudes subjetivas y objetivas posteriores a la partición.*
 - G) *Breve referencia a los actos particionales realizados por el comi-sario.*
2. LA PARTICIÓN CONJUNTA Y UNITARIA:
- A) *Eficacia:*
 - a) En vida de ambos cónyuges.
 - b) Fallecido uno de los esposos:
 - b') La revocación unilateral por el cónyuge supérstite.
 - c) A la muerte de ambos.
 - B) *Ineficacia de la partición conjunta.*

I. PLANTEAMIENTO: ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS SOBRE LA APLICABILIDAD DE LA LEY 2/2006 DE DERECHO CIVIL DE GALICIA A LA PARTICIÓN HEREDITARIA

La aprobación y entrada en vigor de una nueva Ley de Derecho Civil de Galicia, la Ley 2/2006, de 14 de junio, en la que el Parlamento, en ejercicio de su competencia, ha desarrollado la regulación de muchas materias ya recogidas en la Ley 4/1995 e incorporado otras nuevas —en torno a alguna de las cuales no faltan ya ni voces que cuestionen su constitucionalidad ni incluso la interposición formal del correspondiente recurso (2)— supone, particularmente, una profunda transformación en el ámbito familiar y sucesorio, con un progresivo distanciamiento de la regulación del Código Civil en numerosas materias y la profundización en instituciones propias del Derecho Civil gallego. Sin

(2) En concreto las materias que centran tal debate son la adopción y la autotutela, cuya regulación en la Ley 2/2006 ha dado lugar a la interposición por parte del Gobierno Central del correspondiente recurso de inconstitucionalidad (núm. 2845-2007), admitido a trámite el 22 de mayo de 2007, contra los artículos 27-41 y 42-45, que disciplinan tales instituciones, y la equiparación, a los efectos de aplicación de esta Ley, de las parejas no casadas que reúnan ciertos requisitos a los matrimonios (Disp. Ad. 3.^a). En todo caso, esta última materia, no incluida en el recurso, ha sido ya objeto de una modificación legislativa en virtud de la Ley 10/2007, de 28 de junio, para corregir una interpretación de que podía ser objeto la Ley 2/2006, según la cual todas las parejas de hecho quedaban, fuese esa o no su voluntad, equiparadas a los matrimonios. En la actualidad, la nueva redacción de la Disposición Adicional 3.^a, desarrollada por el Decreto 248/2007, de 20 de diciembre, establece en sus dos primeros párrafos lo siguiente: «1. A los efectos de la aplicación de la presente Ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente ley reconoce a los cónyuges. 2. Tendrán la condición de parejas de hecho las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio».

duda, la nueva normativa sobre la partición de herencia no resulta tan llamativa como la concepción del sistema legitimario que refleja el nuevo texto legal o las modificaciones en torno a los pactos sucesorios o el otorgamiento de testamento, pero encierra novedades de interés, resuelve incógnitas planteadas por la legislación anterior y, ciertamente, plantea muchas otras de las que habrán de ocuparse los tribunales gallegos en los próximos años en un tema de tanta conflictividad como la distribución del caudal hereditario.

Por ello, al afrontar el estudio de la nueva normativa en la materia hemos de plantearnos, siquiera brevemente, dos cuestiones previas: en primer término, ante la diversidad de legislaciones civiles aplicables en España (el Derecho Común o el de otra Comunidad Autónoma, muchas de ellas ricas en matices en el ámbito sucesorio), es preciso aclarar qué determina la sujeción al Derecho Civil de Galicia en materia de partición de herencia y, en segundo lugar, desde la perspectiva temporal, la aplicabilidad de la nueva Ley 2/2006 a situaciones jurídicas nacidas con anterioridad que generen litigios después de su entrada en vigor.

En principio, como es sabido, la sucesión *mortis causa* se rige por la ley personal del causante en el momento de su fallecimiento, donde quiera que estén los bienes (art. 9.8.º CC), lo que, según lo previsto en el artículo 16.1.1.ª, significa que debe tomarse en consideración la vecindad civil de aquél para determinar el Derecho aplicable. No obstante, como excepción, y según dispone el propio artículo 9.8.º del Código Civil, serán válidas las disposiciones testamentarias realizadas conforme a la ley personal del testador en el momento de su otorgamiento, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán a esta última. Ello supone una indudable complejidad en la determinación del Derecho aplicable a una partición hecha por el causante en su testamento, en relación con las especialidades reguladas ahora en la Ley 2/2006 y los cambios de vecindad civil, especialmente los determinados por la aplicación del artículo 14.5.º-2.ª No hay más que pensar en una partición conjunta realizada por dos cónyuges o integrantes de una pareja de hecho de vecindad civil gallega (3), que se trasladan a vivir con posterior-

(3) La equiparación al matrimonio de las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia que se inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia contemplada, a los efectos de aplicación de esta Ley 2/2006, por la Disposición Adicional 3.ª de la misma significará, en efecto, entre otras muchas consecuencias en el ámbito sucesorio, que estas uniones de pareja puedan hacer la partición conjunta y unitaria que este texto legal regula. Desde el punto de vista competencial esta previsión en torno al régimen jurídico de las parejas de hecho ha sido cuestionada ya, fundamentándose la pretendida inconstitucionalidad, además de en otras razones, en los mismos argumentos que un sector de la doctrina viene manejando en relación con todas las normas autonómicas sobre uniones de hecho (vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La competencia para legislar sobre parejas de hecho», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, págs. 61-88).

ridad a otra Comunidad Autónoma, en la que fallece uno de ellos más de diez años después, ostentando, pues, una vecindad civil distinta (la de Derecho Común o cualquier otra). La partición realizada en testamento en principio sería válida, pero en materia de legítimas se aplicaría el Código Civil o la normativa autonómica correspondiente y no la Ley 2/2006 (4).

Más compleja todavía se presenta la cuestión si la partición no la hizo el causante en su testamento, sino en documento no testamentario, anterior o posterior a aquél, como autoriza el artículo 270.1.º LDCG, pues entonces inmediatamente se suscita la duda de si se consideraría también como «disposición testamentaria» a los efectos de la excepción del artículo 9.8.º del Código Civil, por la indudable conexión entre partición y testamento cuando la realiza el causante o si se sometería, en cuanto a la determinación del Derecho aplicable, a la regla general, solución esta última, a mi juicio, mejor fundada por cuanto no se trata *stricto sensu* de disposiciones testamentarias, sino de una distribución de bienes entre los instituidos en testamento hecha en otro documento y las normas excepcionales no han de ser objeto de interpretación extensiva.

Por lo que se refiere a las cuestiones de Derecho transitorio, se aplicará la Ley 2/2006 a todas las particiones que se realicen a partir de su entrada en vigor (5), sea cual fuere la fecha de fallecimiento del causante. Así lo establece la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 2/2006, acogiendo el criterio ya establecido en su día por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en sentencia de 30 de junio de 2004 (6) en relación con la Ley 4/1995, que introdujo en materia de partición hereditaria relevantes novedades respecto a la regulación del Código Civil, en particular la posibilidad de que los herederos realizaran por mayoría la misma, que era el objeto de tal pleito. La inmediatez con que será necesario afrontar, en definitiva, la interpretación y aplicación de los nuevos preceptos sobre la partición realizada por el testador exige, a mi modo de ver, que, sin perjuicio de posteriores y más profundos estudios sobre el tema, adelantemos ya algunas opiniones y planteemos dudas, complejidades o sugerencias.

(4) En su caso, de ser aplicable el Derecho Común, el descendiente preterido o al que se le hubiera dejado simplemente «lo que por legítima le corresponda» podría reclamar la que dispone el Código Civil en su artículo 808.1.º del Código Civil, y no la que estipula el artículo 243 LDCG, en esta materia muy distantes. En sentido similar, el ascendiente tendría derecho a legítima, a falta de descendientes (art. 807.2.º CC), mientras que de ser aplicable el Derecho Civil de Galicia carecería de él en idénticas circunstancias, todo ello por no profundizar en la muy diferente concepción que de las legítimas se acoge en ambos textos legales (sin perjuicio de los matices que a esta afirmación pudieran incorporarse, *pars bonorum* en el Código Civil y *pars valoris* en la LDCG).

(5) 20 de julio de 2006.

(6) RJ 2005/5281.

II. CLASES DE PARTICIÓN

Con una simple lectura del artículo 270 LDCG, que encabeza el capítulo dedicado a la partición de la herencia y, en particular, sus disposiciones generales, no es posible apreciar *prima facie* los elementos diferenciales en esta materia del Derecho Civil de Galicia respecto del Código Civil, pues las clases de partición son, en una referencia genérica, las mismas: la realizada por el testador, la del contador-partidor, la verificada por los herederos y la judicial, esta última regulada en los artículos 782 y siguientes LEC. Sin embargo, la regulación de la Ley 2/2006 contiene, enmarcadas dentro de la primera y la tercera de las citadas, las dos formas de partición que concentran las especialidades del Derecho gallego, la partición conjunta de los cónyuges (ahora también por las parejas que conviven con vocación de permanencia o estabilidad en una relación semejante a la matrimonial y estén inscritas en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia) y la realizada por mayoría de los herederos, ambas ya incluidas en la Ley 4/1995, pero ahora ampliamente desarrollada la primera y profundamente modificada la segunda.

A mi modo de ver no hay inconveniente, como se admite en el Derecho Común, pese a la inexistencia de previsión legal expresa, para que los partícipes en la herencia, de común acuerdo, designen a un tercero, sometiéndose anticipadamente a su decisión, que la distribuya entre ellos, si bien la partición carecería entonces de naturaleza convencional propiamente dicha y sería hecha por un tercero que algunos autores se niegan a denominar técnicamente árbitro por no estar planteada controversia alguna sobre la que hubiera de pronunciarse (7), aunque en cierto modo pudiera entenderse que lo es si tomamos el término «controversia» en sentido amplio, como materia o asunto en que pudieran tener intereses contrapuestos —la distribución de los bienes hereditarios—. También parece aplicable a la partición, si bien su ámbito de funcionamiento es más extenso, la figura del arbitraje testamentario, prevista por el artículo 10 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, instituido por el testador para poner fin a las controversias que puedan surgir entre los herederos no forzosos o legatarios sobre la distribución de los bienes, pues ese texto legal funcionará como supletorio de la normativa gallega.

(7) En el sentido expresado en el texto puede verse la opinión de Díez PICAZO (*Sistema de Derecho Civil*, 10.ª ed., Madrid, Tecnos, 2006, pág. 541), mientras que DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, pág. 2496) considera que ésta sería una partición realizada por vía arbitral. A esta figura de un tercero con funciones divisorias designado por los coherederos alude la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 3 de noviembre de 2003 (*JUR* 2006/82735) descartando, sin embargo, su funcionamiento en el caso que enjuiciaba, porque no constaba que los herederos hubieran alcanzado algún pacto para atribuirle tales facultades.

Por el contrario, no resulta tan claro, a mi juicio, no compartido por otros autores que se han pronunciado de forma diferente recientemente (8), que sea aplicable en el Derecho Civil de Galicia la figura que regula el artículo 1057.2.º del Código Civil, del contador-partidor nombrado judicialmente a petición de los herederos y legatarios que representen, al menos el cincuenta por ciento del haber hereditario. A mi modo de ver, conteniendo normas la Ley gallega tanto sobre la partición hecha por contador-partidor —limitándose al testamentario— como a la realizada por los herederos —con detallada regulación de la mayoritaria—, que en realidad es efectuada, a la luz de la Ley vigente, por un contador-partidor designado notarialmente, parece que la voluntad del legislador gallego ha sido excluir la figura del Código Civil que mencionamos, con pretensión de ofrecer una normativa completa sobre las clases de partición y sin favorecer la aplicación supletoria del Derecho Común en este ámbito (9).

Por otra parte, aunque no sea mencionada por la Ley 2/2006, de 14 de junio, bajo la rúbrica de la partición de la herencia, ha de tomarse en consideración, a mi modo de ver, la que practique, *inter vivos* o *mortis causa*, el cónyuge viudo que haya sido designado comisario, bien en capitulaciones matrimoniales, bien en testamento, en los términos del artículo 197 LDCG, revestido de facultades que exceden en gran medida de las propias del cónyuge viudo al que sólo se ha asignado el usufructo universal y ha sido nombrado contador-partidor, como permite hoy el artículo 284 de la Ley 2/2006, en la línea del artículo 159 de la Ley 4/1995, que puso fin a una cuestión extraordinariamente polémica en el Derecho Común. Esta forma de partición llevada a efecto por el cónyuge comisario, regulada en el artículo 200 LDCG, permite tres variantes: por acto *inter vivos*, con efectos de transmisión inmediata de la propiedad de los bienes a los hijos o descendientes, si éstos la aceptaran, por testamento en que únicamente se ejercite la facultad testatoria encomendada o por testamento en que el comisario ejercite esa facultad y además disponga *mortis causa* de sus propios bienes (10).

(8) En este sentido, defendiendo su funcionalidad en el ordenamiento jurídico gallego, vid. OLMEDO CASTAÑEDA, en CORA GUERRERO, ORDÓÑEZ ARMAN y PEÓN RAMA (COORD.), *Derecho de Sucesiones y régimen económico-familiar de Galicia. Comentario a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio y a la Ley 10/2007, de 28 de junio*. Colegio Notarial de Galicia, 2007. Vol. II, pág. 863.

(9) Tratamiento diferente merece, a mi modo de ver, desde esta perspectiva, el arbitraje testamentario, regulado en una norma dictada en ejercicio de una competencia exclusiva del Estado.

(10) Puede tratarse, en estos casos, de una partición conjunta de ambos patrimonios entre los hijos o descendientes, si bien unilateral y no realizada por los dos cónyuges, a la que no serían aplicables por ese motivo los artículos 276 a 282 LDCG.

III. LA PARTICIÓN HECHA POR EL TESTADOR

1. LA PARTICIÓN INDIVIDUAL HECHA POR EL TESTADOR

A) *El respeto de las legítimas en la partición*

La regulación que sobre la partición hecha por el testador contiene el Derecho Civil de Galicia, dejando momentáneamente al margen las disposiciones sobre la conjunta y unitaria realizada por los cónyuges, que centra las especialidades respecto del Derecho Común, trata de dejar resueltos algunos de los problemas que la jurisprudencia venía afrontando en la aplicación del Código Civil, en ocasiones dando refrendo legal a las soluciones que se ofrecían y en otras incorporando al Derecho gallego una diferente, que encaja mejor con las necesidades sociales y jurídicas de los ciudadanos.

En todo caso, se reafirma la idea, ya presente en el Código Civil, de que el único límite para el testador que parte es el respeto a las legítimas (art. 273), no siendo rescindibles por causa de lesión aquellas particiones que, no vulnerando éstas, atribuyan a los herederos bienes cuyo valor no sea coincidente con la cuota fijada testamentariamente superando la diferencia la cuarta parte a que alude el artículo 1.074 del Código Civil. No obstante, si bien la afirmación del artículo 273 LDCG aparentemente no difiere mucho de la contenida en el artículo 1056.1.º del Código Civil, origina consecuencias jurídicas dispares debido a la muy diferente configuración y naturaleza jurídica de las legítimas en los dos cuerpos legales. En efecto, al interrogarnos sobre los efectos jurídicos que pudiera originar en ambos ordenamientos jurídicos tanto la no adjudicación de ningún bien o derecho al legitimario como la de algunos determinados cuyo valor no alcanzara lo que cuantitativamente le correspondiera por legítima, las conclusiones varían decisivamente a causa de la conversión de la naturaleza jurídica de ésta en *pars valoris* en la Ley 2/2006 y la conceptualización del legitimario como un simple acreedor, junto con la configuración legal de la acción de reclamación de legítima como acción personal (art. 249 LDCG), conclusión que creemos puede extenderse a la complementación, aunque en este caso sin declaración formal expresa en el texto de la ley, lo que, sin duda, obliga a revisar las afirmaciones vertidas por la doctrina en el estudio del artículo 1056.1.º del Código Civil.

Si la partición que el testador realice no contuviera adjudicación alguna de bienes o derechos al legitimario y éste no hubiera recibido tampoco lo que le correspondiera por cualquiera de los títulos que el artículo 245 contempla (11), podrá ejercitar acción de reclamación contra los herederos

(11) Este precepto contempla cualquier atribución a título de herencia o legado, aunque el legitimario renuncie a ella, donaciones hechas a legitimarios o mejoras pactadas con ellos y donaciones hechas a hijos premuertos que fueran padres o ascendientes de un legitimario.

—acción personal, como acabamos de subrayar—, teniendo éstos entonces las opciones del artículo 246 respecto a la forma de pago, pudiendo abonar la legítima con metálico extrahereditario, si hubiera acuerdo entre ellos. Si el legitimario hubiera recibido por los títulos a que acabamos de hacer referencia o con adjudicaciones de bienes o derechos en la partición que el testador hiciera parte de lo que en concepto de legítima le correspondiera, pero no íntegramente el valor de la misma, le corresponde exigir su complemento (12), nunca una acción rescisoria, solución propia del Derecho Común, como se deduce de la normativa del Código Civil (13). Ello está reco-

(12) Ya en la Ley anteriormente vigente 4/1995, este supuesto no se resolvía con la ineficacia sobrevenida de la partición, a través del ejercicio de la correspondiente acción rescisoria sino con lo que entonces se denominaba, con terminología algo diferente, la reclamación del suplemento de legítima. Como subrayaba entonces, en relación con el artículo 158.1.º de la Ley de 1995, ALBA PUENTE (en AMIGO VÁZQUEZ, CORA GUERREIRO, ORDÓÑEZ ARMÁN y SÁNCHEZ MERA —coord.—, *Derecho de Sucesiones de Galicia*, Colegio Notarial de La Coruña, 1996, pág. 242) y sigue siendo cierto hoy, a la luz de la Ley de 2006, el perjuicio a la legítima puede resultar de una discordancia explícita entre el haber particional y el haber testamentario, que libere al legitimario de su acreditación, o deducirse del uso de valoraciones irreales y arbitrarias de los bienes por parte del testador, que obliguen a aquél a tomar la iniciativa para probar el perjuicio sufrido.

(13) Ese perjuicio a la legítima se considera por los tribunales, en aplicación del régimen del Código Civil, fundamento de una acción rescisoria, con la facultad que al heredero demandado atribuye el artículo 1.077 del Código Civil de indemnizar el daño o consentir que se realice una nueva partición (en este sentido, sentencias de la Audiencia Provincial de La Coruña de 14 de mayo de 2002 y 7 de mayo de 2004 —AC 2002/203847 y 2004/1849—) y no como un supuesto de nulidad radical de la partición. En efecto, el principio del *favor partitionis* que preside la materia inclinó al Tribunal Supremo hacia idéntica solución en sentencia de 31 de mayo de 1980 (RJ 1980/2724), aunque en relación con una partición realizada por el contador-partidor, con el propósito de conservar la partición siempre que sea posible en atención a la lesión producida, disponiendo que «carente el Código Civil de una regulación específica sobre la nulidad de las particiones, fuera del precepto singular del artículo 1.081, ha declarado esta Sala que habrá que entender aplicables a la materia las normas sobre nulidad de los negocios jurídicos y principalmente de los intervenciones contractuales, teniendo muy presente la consecuencia de que sólo se originará esa nulidad si existe carencia o vicio sustancial de los requisitos esenciales del acto —sentencias de 17 abril 1943 (RJ 1943/418), 13 de octubre de 1960, 25 de febrero de 1966 y 7 de enero de 1975 (RJ 1975/12)—, como acontece a juicio de la doctrina científica, y entre otros supuestos, cuando falta algún elemento esencial (así la certeza de la muerte del causante o la validez y vigencia del testamento) o presupuesto del negocio, o si la nulidad viene ocasionada por haber sido hecha la operación contra lo preceptuado en la Ley (participación realizada por causante no testador contradiciendo lo dispuesto en el art. 1.056, comisario coheredero vulnerando la prohibición del art. 1.057, etc.); y por su parte la jurisprudencia ha calificado como casos de nulidad, amén del contemplado por el referido artículo 1.081, la falta de consentimiento de la persona designada para practicar la división —sentencias de 8 de marzo de 1956 (RJ 1956/1151) y 13 de octubre de 1960—, la inclusión en la masa partible de bienes no pertenecientes al causante —sentencia de 30 de enero de 1951 (RJ 1951/89)—, como acontecerá si se extiende a los gananciales y parafernales teniéndose como privativos del *de cuius* —sentencia de 17 de mayo de 1974 (RJ 1974/2068)—, la ilícita de causa por deliberada ocultación de componentes del caudal —sentencias de 22 de junio de 1948

gido, con una fundamentación impecable, en la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 6.^a, con sede en Santiago de Compostela), de 30 de diciembre de 2004 (14), subrayando que la acción que cabe ante una pretendida vulneración cuantitativa de la legítima de los demandantes en la partición hecha por el testador es la de suplemento y no la rescisoria, distintas en plazos de ejercicio y efectos (15). Por lo demás, como ha expresado el mismo tribunal y sección en sentencia de 30 de enero de 2006 (16), aun siendo el Derecho Común el aplicable, procede también ejercitar la acción de suplemento de legítima y no la rescisoria de la partición si en el testamento se lega un bien a un legitimario, instituyendo herederos a sus dos hermanos, sin que en la partición se adjudiquen al legatario otros bienes y existiendo lesión cuantitativa de sus derechos legitimarios (17).

(*RJ* 1948/1107) y 25 de febrero de 1966 (*RJ* 1966/852)—, la invalidez del testamento —sentencia de 11 de marzo de 1952—, el error sustancial cometido por el testador al proceder a la valoración de los bienes —sentencia de 26 de noviembre de 1974 (*RJ* 1974/4490)—, o al haber omitido cosas importantes y no computar determinados inmuebles objeto de donación —sentencia de 7 de enero de 1975—, al haber liquidado por sí mismo el comisario la sociedad de gananciales sin intervención del cónyuge supérstite o de los herederos del premuerto —sentencia de 20 de octubre de 1952 (*RJ* 1952/1863)—, así como la infracción de prescripciones legales imperativas, cual es la necesidad de nombrar defensor judicial al menor con intereses contrarios a los de su padre o madre —sentencias de 14 de diciembre de 1957 (*RJ* 1957/3445) y 28 de mayo de 1974 (*RJ* 1974/2107)—.

CDO.: Que según se desprende de tal fundamentación y teniendo presente aquella línea directriz que procura evitar la nulidad de las particiones cuando se trata de lesión subsanable mediante la pertinente y justa rectificación —sentencia de 30 de abril de 1958 (*RJ* 1958/1698)— o procediendo a la indemnización del perjuicio, es obligado concluir que el agravio al contenido económico de la legítima deberá ser combatido como ineficiencia por razón de su rescindibilidad, y en este sentido tiene declarado la sentencia de 30 de marzo de 1968 (*RJ* 1968/3408) que frente al contador testamentario y a las operaciones particionales realizadas puede el heredero forzoso ejercitar la acción de nulidad por falsedad o por vicios concurrentes y, en el evento de lesión de sus intereses, la de rescisión que le otorga el artículo 1.074, a lo que cabe añadir, evitando interpretaciones rígidamente literales, que procede la rectificación particional aunque la lesión de la legítima no exceda de la cuarta parte, en atención al respeto que en todo caso merece esa cuota como institución que es de derecho necesario y por lo tanto de rigurosa inviolabilidad —arts. 813, 815, 816 y 1.056, párr. 1.º— y a la obvia consideración de que el comisario viene facultado por el causante para dividir los bienes de la herencia, pero en manera alguna para alterar los actos dispositivos contenidos en el testamento, cual acontecerá si merma con las adjudicaciones la porción legitimaria respetada por el testador».

(14) *JUR* 2006/88969.

(15) Los demandantes plantearon la acción sobre la base de un error en el Derecho aplicable, pues siéndolo el Civil de Galicia por la vecindad del causante de la herencia al tiempo de su fallecimiento se entendió en todo momento que lo era el Código Civil y consecuentemente se ejercitó la rescisoria de la partición realizada por el testador (vid. la nota a esta sentencia de REBOLLEDO VARELA, en *REXURGA*, núm. 46, primer trimestre de 2005, pág. 138).

(16) *JUR* 2006/93259.

(17) Según el Tribunal gallego: «La improsperabilidad de la acción ejercitada es clara, puesto que si el demandante fue instituido exclusivamente en un bien singular, nada

B) *Presupuestos de la partición por el testador y acciones de impugnación de los herederos*

Sin perjuicio de lo expuesto sobre el eventual ejercicio de la acción de complemento de legítima, el heredero, en este caso tanto si es aplicable la LDCG como el Código Civil, carecerá de posibilidad de impugnar la partición hecha por el testador que le perjudique respecto de las cuotas en que fuera instituido testamentariamente, a no ser que pueda probarse la existencia de algún vicio en el consentimiento prestado por aquél al realizar la distribución de los bienes entre los llamados (18). A mi modo de ver, sin perjuicio de los problemas probatorios que siempre lleva consigo la invocación de la existencia de intimidación o violencia, especial complejidad presentará la alegación de que hubo error por parte del causante al realizar la partición. En este sentido, analizando el régimen del Derecho Común, ha afirmado FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL que la discrepancia involuntaria entre la cuota y la adjudicación motivada por un error del testador no será causa de ineficacia de la partición, excepto lesión en las legítimas (19). Ciertamente, el tema merece un enfoque distinto a la luz de lo previsto en el artículo 274 LDCG, aunque la conclusión final sea casi idéntica, la eficacia de la partición —incluso, en el Derecho gallego, reiteramos, en caso de lesión cuantitativa de la legítima por las razones ya expuestas—, pues en este precepto se establece que si bien la partición hecha en documento no testamentario habrá de ajustarse a las disposiciones del testamento, será válida aquella aunque el valor de lo adjudicado a alguno de los partícipes no se corresponda con la cuota fijada, discordancia que podría tener perfectamente origen, a mi juicio, tanto en un error involuntario del testador como en su voluntad orientada de forma consciente a la creación de tal desajuste.

en absoluto, aparte de este bien, podía serle adjudicado por el contador y en nada podría afectar a su derecho legitimario la forma en que la partición distribuía los bienes comprendidos en la masa hereditaria partible entre sus hermanos. La partición, en definitiva, ninguna lesión podría causarle —realmente lo que hubiera viciado la partición es que se atribuyese al demandante algún bien del haber partible, en nítida contradicción con las disposiciones de la causante— y carece por ello el demandante de derecho susceptible de tutela judicial para impugnarla, sino que es la eventual insuficiencia cuantitativa del bien que le fue atribuido como legado, respecto del valor al que debiera ascender su cuota legitimaria, lo que en su caso le permitiría ejercitar la acción de suplemento de legítima que no cabe estimar articulada en el presente proceso».

(18) Véanse, sin embargo, las consideraciones expuestas más adelante sobre la posibilidad de que un testamento posterior a la partición pueda considerarse, previa interpretación de la voluntad del testador, como revocatorio de aquella.

(19) «La ineficacia de la partición hereditaria», en O'CALLAGHAN MUÑOZ (coord.), *La partición de la herencia*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2006, pág. 425. La citada autora realiza un excelente estudio general sobre la relevancia del error en la partición hereditaria (págs. 398-401), a raíz del silencio del Código Civil en la materia, concluyendo que no ha de derivarse de ello la ineficacia por anulabilidad, sino otras consecuencias menos drásticas, las previstas en los artículos 1.069 y sigs.

Realmente, que los diferentes supuestos de error del testador al hacer la partición no puedan, en todo caso, reconducirse a la anulabilidad de ésta lo prueba el recogido en el artículo 1.081 del Código Civil, partición hecha con quien se creyó heredero, no siéndolo, que origina la nulidad de pleno derecho de la misma, al que deben sumarse, aunque en estos casos los errores no afectarían en absoluto a su validez, el aludido desajuste entre cuotas y adjudicaciones que prevé el artículo 274 LDCG, cuando ello no provenga de decisión voluntaria del testador, la omisión involuntaria de bienes en la partición, que conduzca a la adición o complemento del artículo 1.079 del Código Civil o el perjuicio a los derechos de los legitimarios con los efectos ya apuntados. En definitiva, gran parte de los errores en que pueda incurrir el testador, sean puramente cuantitativos en la valoración de los bienes o de naturaleza sustancial, están previstos específicamente en cuanto a sus consecuencias jurídicas tanto en la LDCG como en el Código Civil en lo no regulado por aquélla y no parece adecuado un tratamiento general de la concurrencia de tal vicio del consentimiento.

Por otra parte, el testador no está vinculado, al hacer la partición, por el principio de igualdad cualitativa de los lotes del artículo 1.061 del Código Civil, en el que no puede fundamentarse el ejercicio de acción impugnatoria alguna.

Sí es imprescindible, para que sea válida la partición, el otorgamiento de testamento por el causante. En este sentido, el artículo 270 de la nueva Ley 2/2006, además de la enumeración de las clases de partición, precisa, aclarando las dudas que generaba el artículo 157 de la Ley 4/1995, que si la hiciera el testador en documento no testamentario, de naturaleza, como antes, pública o privada, dicho documento puede ser *anterior* o posterior al testamento, resaltando el carácter necesario de éste. En realidad, el Tribunal Supremo, casi desde las primeras sentencias dictadas en aplicación del artículo 1.056 del Código Civil (20), ha venido condicionando la validez de la partición hecha por el causante al otorgamiento de testamento, sin que sea preciso que una y otro se sucedan en el tiempo de una forma determinada. Lo único necesario es que «el acto de distribución no solemne reciba su fuerza y convalidación formal del acto de disposición solemne (testamento)» (21). A mi modo de ver, el testamento deberá contener necesariamente en estos casos institución de herederos porque la distribución se apoya en la disposición, sin que para ello sea óbice la validez del testamento sin institución de heredero dispuesta por el artículo 764 del Código Civil (22). Más

(20) Constituye una excepción la de 13 de junio de 1903.

(21) STS de 6 de marzo de 1945 (*RJ* 1945/272).

(22) Si no hay institución de heredero y se distribuyen los bienes entre diferentes destinatarios parece que no se trata, en puridad, de una partición sino del supuesto de distribución de toda la herencia en legados del artículo 891 del Código Civil.

difícil es pronunciarse sobre si ese testamento en que el causante instituye herederos y servirá de base para la partición ha de contener también el señalamiento de las cuotas que correspondan a cada uno de ellos o si éstas pueden fijarse directamente en la propia partición o deducirse del reparto de bienes que se haya realizado. Pese a lo inusual del caso, el Tribunal Supremo estableció, en sentencia de 4 de febrero de 1994 (23), que no era imprescindible el previo señalamiento de cuotas y resultaba eficaz como partición la distribución directa de sus bienes que hizo la causante en su testamento, si bien, a mi modo de ver, la respuesta debería de ser otra si la partición se hiciera en documento no testamentario, privado de las solemnidades de aquél.

Evidentemente, fallecido el causante sin testar carece de eficacia alguna lo que, en otro caso, se calificaría como acto particional y los pretendidos beneficiarios no podrán fundar en tales documentos, aun públicos, derecho alguno a la adjudicación de los bienes y derechos que se hubieran mencionado allí. Ello equivaldría a admitir formas de testar no solemnes distintas de las que el Código Civil y el Derecho Civil de Galicia regulan y desarticularía nuestro sistema sucesorio (24). Cuestión diferente es que la partición se haga en documento que, reuniendo los requisitos del artículo 688 del Código Civil, constituya, pese a su simplicidad, testamento ológrafo, forma de testar, como es sabido, poco utilizada y no mencionada por la Ley 2/2006 ni por la 4/1995, pero no por ello vedada cuando sea aplicable el Derecho Civil gallego.

Por otra parte, salvo en lo indicado sobre la falta de correspondencia entre las cuotas en que los herederos hayan sido instituidos en el testamento y el valor de lo adjudicado en la partición que haga el testador, ésta debe ajustarse en lo demás a las disposiciones del testamento, según ordena el artículo 274 LDCG (25). Así, por ejemplo, sería nula la partición que adju-

(23) Señala el Supremo en esta Resolución (AC 576/1994) que: «En este sentido, esta Sala no puede compartir la postura dubitativa del Tribunal de Apelación en cuanto a la dimensión jurídica del acto dispositivo testamentario que otorgó en fecha 28 de marzo de 1972, la causante doña María-Josefa A. S. Se trata de una efectiva partición llevada a cabo por la mencionada ascendiente, que el artículo 1.056 del Código Civil autoriza realizar por medio de testamento, toda vez que no se hace distribución de cuotas hereditarias, sino más bien una disposición distributiva definitiva y directa de la totalidad del caudal patrimonial entre sus dos únicos hijos, con precisión del destino de cada uno de los bienes para después de su muerte. Su raíz y fundamento hay que encontrarlo no sólo en la voluntad que así se manifiesta, sino también en el deseo que de esta manera expresó la testadora de evitar conflictos y enfrentamientos entre los sucesores designados».

(24) Así, considera que la partición hecha por el causante que luego no otorga testamento —no habiéndolo formalizado tampoco antes— no tiene eficacia alguna la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de 6 de febrero de 2004 (AC 2004/223).

(25) Cfr. artículo 55 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, por la que se aprobó el Código de Sucesiones de Cataluña: «Si la partición la hace el testador en el acto mismo de disposición hereditaria, las cláusulas de partición prevalecerán sobre las dispositivas en caso de contradicción. Si la hace en acto separado prevalecerán las cláusulas dispositivas salvo que sean revocables y puedan ser efectivamente revocadas por el acto de partición»;

dicara a los herederos bienes legados en testamento a terceras personas. De este modo, la partición que el testador realice después de testar no participa genéricamente de la fuerza revocatoria del propio testamento, que, en líneas generales, sólo puede ser revocado por otro testamento posterior en los términos en que lo prevé el artículo 738 del Código Civil (26).

No será, sin embargo, fácil resolver los conflictos planteados por uno de los herederos que, siendo beneficiado por un testamento posterior en relación con los bienes que le fueron adjudicados antes en el acto particional, alegue la existencia de «revocación» de la partición por aquél. Desde luego, parece fuera de toda duda el carácter esencialmente revocable de la partición hecha por el testador y la idoneidad del testamento como instrumento de tal voluntad pero, a mi juicio, debe deducirse con claridad del testamento posterior el cambio deseado por el testador en la distribución de su patrimonio. De no resultar, obviamente tras la pertinente interpretación del conjunto de las disposiciones testamentarias, que la voluntad del testador era dejar sin efecto la partición, regirá la norma del artículo 274 *in fine* y prevalecerá ésta, aunque el valor de lo adjudicado a los partícipes no se corresponda con las cuotas atribuidas en el testamento (27).

C) *La partición parcial y las adjudicaciones de bienes y derechos determinados*

Indudablemente, una de las cuestiones más discutidas en la jurisprudencia que aplica la normativa del Código Civil sobre la partición por el testador es la posibilidad de realizar una partición parcial, negada en algunas ocasio-

idéntico criterio acoge el artículo 53.2.º de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, sobre sucesión por causa de muerte, de Aragón.

(26) En todo caso, la doctrina no ha dejado de poner en duda, en relación con su naturaleza especificativa o determinativa de derechos (esta es la tesis predominante en la jurisprudencia que puede analizarse en sentencias del Tribunal Supremo como las de 5 de marzo de 1991 y 3 de febrero de 1999 —*RJ* 1991/1718 y *RJ* 1999/747—), la eficacia de una partición posterior al testamento para prevalecer frente a éste, llegando a afirmar algún autor que podría considerarse carente de causa la que presentase una divergencia sustancial con aquél.

(27) La materia de la falta de correspondencia entre disposiciones testamentarias *stricto sensu* y partición aparece resuelta de modo distinto en el Derecho Civil catalán, pues prevalecerán las normas particionales sobre las dispositivas, siempre que aquéllas se contengan en documento testamentario o si se practicara la partición en documento distinto sólo si es posterior al testamento y así lo quiso el testador. En efecto, el artículo 55 del Código de Sucesiones de Cataluña (Ley 40/1991, de 30 de diciembre) dispone que: «Si la partición la hace el testador en el acto mismo de disposición hereditaria, las cláusulas de partición prevalecerán sobre las dispositivas en caso de contradicción. Si la hace en acto separado, prevalecerán las cláusulas dispositivas salvo que sean revocables y puedan ser efectivamente revocadas por el acto de partición».

nes por el Tribunal Supremo. Sostiene en algunas sentencias el Alto Tribunal que realizar adjudicaciones de determinados bienes a personas concretas no implica sino que el testador está disponiendo a título de legado, haciendo instituciones en cosa cierta (vid. art. 768 del CC, que considera al así instituido como legatario, aunque la doctrina entiende que ello no es óbice para que prevalezca la interpretación testamentaria que pueda concluir otra cosa) u ordenando mejoras en cosa determinada (art. 829 del CC). Más matizadamente, otras resoluciones del Supremo concluyen la inexistencia de una verdadera partición hereditaria si el testador no dispone de todos los que integran su patrimonio, sin atribuir naturaleza jurídica concreta ni efectos definidos a las adjudicaciones verificadas. Así se desprende de las sentencias del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 1961 y 15 de febrero de 1988 (28), al afirmar la primera de ellas y asumir la segunda que si el testador adscribe determinados bienes de la herencia a cada uno de sus dos herederos individualizando alguno de ellos, pero sin llegar a dividir y adjudicar todos los que integran su patrimonio ni mucho menos practicar una verdadera liquidación, división y adjudicación de la totalidad de los bienes; es evidente que no puede estimarse realizada la partición de la herencia por la causante, sin perjuicio de respetar la voluntad de la testadora en cuanto a la adscripción de los bienes que reparte.

En el mismo sentido se expresa la STS de 8 de marzo de 1989 (29), indicando que no existe partición cuando «los dos testadores (padre y madre de los aquí litigantes), después de adjudicar, en sus respectivos testamentos, algunos de sus bienes (casi todos ellos gananciales), en distinta proporción, a sus hijos, y disponer que si hay excesos a favor de alguno o algunos de los herederos se imputen a los tercios de mejora o de libre disposición y que el remanente de sus bienes (o sea, los no adjudicados) se distribuya entre todos ellos por partes iguales, nombran dos contadores-partidores, con carácter solidario», aunque se matiza que tales adjudicaciones son siempre respetables dentro de los límites legales (30).

Así, establecido por el Tribunal Supremo, en aplicación del Derecho Común, que estas adjudicaciones parciales de bienes realizadas por los testadores no están dotadas de la eficacia propia de la partición (atribución de la propiedad exclusiva de los mismos al fallecimiento del testador, sin per-

(28) *RJ* 1961/945 y *RJ* 1988/1987, respectivamente.

(29) *RJ* 1989/2023.

(30) Esta doctrina sin embargo, parece de difícil armonización con el artículo 1.079 del Código Civil, que regula la modificación de una partición que se complementa al haber sido omitidos determinados bienes o valores de la herencia, precepto cuya aplicación no parece excluida cuando la partición la haga el propio testador. De todos modos, no se olvide que el artículo 1.079 no es operativo cuando los bienes omitidos constituyen una parte fundamental o esencial del patrimonio hereditario, en cuyo caso habrá que realizar una nueva partición.

juicio de que en el ejercicio judicial de acciones propias del dueño como la reivindicatoria o la declarativa de dominio sea necesario acreditar que el causante también lo era, sin que valga la simple partición como prueba del título dominical), no deja de suscitar dudas el contenido del artículo 273 LDCG, al afirmar que «el testador podrá hacer la partición de la herencia o realizar adjudicaciones de bienes y derechos determinados, sin perjuicio de las legítimas». ¿Se está reconociendo eficacia plena como partición a la parcial que realice el testador, se trata de dos figuras de naturaleza jurídica diferente, careciendo de efectos como tal partición las aludidas adjudicaciones, o se trata de una referencia genérica a los legados, instituciones o mejoras en cosa cierta?

A mi juicio, una interpretación sistemática del citado artículo conduce a descartar que con la mención de las «adjudicaciones de bienes y derechos determinados» se esté aludiendo a aquellas figuras que nada tienen que ver con la partición por el testador, rúbrica de la sección donde el precepto se ubica. Por el contrario, podría tratarse de un esfuerzo del legislador por diferenciar en sus efectos la verdadera partición de estas adjudicaciones, del mismo modo que en el artículo 275 tratan de delimitarse la partición hecha por el testador y las normas o disposiciones particionales, que no son sino indicaciones dadas por aquél sobre el modo en que habrá de realizarse la partición que en su momento se practique. En definitiva, la cuestión a resolver es si las adjudicaciones parciales de bienes y derechos del patrimonio hereditario valen como partición parcial, con todos los efectos inherentes a tal acto, o si, por el contrario, deben respetarse al hacer la partición total de la herencia, pero hasta que ésta se verifique los beneficiarios de las adjudicaciones no adquieren la propiedad exclusiva de esos bienes y derechos.

En primer término, es cierto que no asume con claridad la LDCG el criterio de reconocer eficacia como verdadera partición, aun parcial, a las tan mencionadas adjudicaciones, si bien, a mi juicio, la partición que se realice sin respetarlas, siendo ello posible en relación con el conjunto de los bienes del patrimonio hereditario, podría ser impugnada por el perjudicado. En este sentido, su carácter vinculante en la posterior partición que se haga se desprende, a mi modo de ver, de la referencia a la invulnerabilidad de las legítimas, único límite del testador en la partición y en estas adjudicaciones de bienes (31), sin perjuicio de que su lesión sea origen sólo, en su caso, de la reclamación íntegra de aquélla o del complemento que corresponda. En mi

(31) Diferente redacción presenta el artículo 55 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, por la que se aprobó el Código de Sucesiones de Cataluña, según el cual: «La partición podrá llevarla a cabo el propio testador, por acto entre vivos o de última voluntad, y podrá comprender toda la herencia o sólo una parte del caudal, o bienes concretos y determinados», que parece revestir estas particiones parciales o adjudicaciones concretas de bienes y derechos de la eficacia propia de la partición total.

opinión, sin embargo, esta indecisión del legislador gallego no debe tomarse como inadmisión en este Derecho de una partición parcial de su patrimonio realizada por el testador, con los efectos que le son propios, que, por otra parte, otros Derechos civiles autonómicos expresamente contemplan como válida (32), sino que las adjudicaciones de bienes y derechos determinados coexisten junto a ella, con diferente eficacia, más cercana a la de las normas particionales a que se refiere el artículo 275 que a la de la auténtica partición. Decisiva se presenta, pues, de nuevo, la labor de interpretación del testamento en busca de la voluntad del testador sobre la producción o no, ya al tiempo de su fallecimiento, de efectos transmisivos de la propiedad de los bienes adjudicados, que, en definitiva, es la diferencia más notoria entre una y otras.

De todos modos, la referencia a las adjudicaciones de bienes y derechos determinados en el Derecho gallego puede ser útil en los casos en que se instituye un heredero universal, reconociendo, en su caso, los derechos de los legitimarios, si los hubiera y señalando bienes concretos con que ha de satisfacerse el derecho de aquél y éstos, sin tratarse propiamente de una partición hereditaria, que exige pluralidad de herederos.

D) *Partición hecha por el testador y normas particionales*

Distintas de las adjudicaciones de bienes concretos y determinados son las normas particionales consistentes en expresión de la voluntad o los deseos del testador de que la partición se haga de una cierta manera, a las que alude el artículo 275 LDCG para disponer que «habrán de observarse al hacer la misma» (en sentencia de 7 de septiembre de 1998, el Tribunal Supremo las definió como disposiciones «en las que el testador se limita a expresar su voluntad para que en el momento de la partición, determinados bienes se adjudiquen en pago de su haber a los herederos que mencione»). La eficacia vinculante de las normas particionales, exigible en la medida en que lo permita la divisibilidad de los bienes que conforman el caudal hereditario, lo que permitiría la impugnación de la partición que las obviara, no se extiende, a mi modo de ver, a la partición realizada por acuerdo unánime de los herederos, que podrán llevar a cabo sin atenerse a aquellas instrucciones (33). Incluso, y pese a la confusa dicción literal del artículo 294, en el Derecho Civil de Galicia los herederos podrán apartarse de la partición realizada por el

(32) Vid. además del ya citado artículo 55 del Código de Sucesiones de Cataluña, el artículo 53 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte de Aragón.

(33) Sin embargo, en lo relativo a la partición por mayoría de los herederos, el artículo 295 LDCG exige que se realice «respetando en todo caso las disposiciones del causante».

testador a través del acuerdo de voluntades preciso y bien definido que exige el Tribunal Supremo en aplicación del Derecho Común para alcanzar tal efecto (34), que ha sido calificado como novación por contrato especial con ocasión de la partición (35). No se trata, pues, de la simplista afirmación de que la partición unánime de los herederos prevalezca sobre la realizada por el testador, sino de que aquellos podrán alcanzar acuerdos, de naturaleza ya no particional, sobre la distribución del patrimonio en forma distinta de la dispuesta por el causante.

Desde luego, no siempre será fácil distinguir la verdadera partición realizada por el testador de este otro tipo de disposiciones incorporadas al testamento, fuera de los casos en que Notarios, concededores de los problemas que tal distinción entraña, hayan encabezado la cláusula atribuyéndole expresamente la naturaleza de norma particional. Uno de los indicios de tal carácter, en los casos en que no conste *expresis verbis*, puede ser el nombramiento de contador-partidor (36), pero no ha de olvidarse, como puso de manifiesto la Audiencia Provincial de Pontevedra en sentencia de 14 de junio de 2000 (37), que en ocasiones la designación de una persona que ocupe tal cargo no tiene más significado que el de un mero ayudante, colaborador o asesor del testador en la realización material de la partición, siendo ésta realmente el resultado de la declaración de voluntad de aquél y no del contador (38).

Por otra parte, siendo ciertamente discutido si una verdadera partición implica la verificación de todas las operaciones que suelen tenerse por propias de ésta (inventario, avalúo, liquidación y formación de los lotes o adjudicación de los bienes), en ocasiones se ha entendido que si el testador se limitaba a distribuir su patrimonio entre los ya instituidos en una determinada proporción, sin realizar ninguna de las demás aludidas operaciones, sus disposiciones habían de ser tomadas sólo como normas particionales, sin que la partición hubiera sido, pues, efectivamente realizada ni con su fallecimiento se produjera, por tanto, transmisión de la propiedad alguna. En realidad,

(34) Vid. SSTS de 25 de febrero de 1966, 5 de marzo de 1991 y 4 de febrero de 1994 (*RJ* 1966/852, *RJ* 1991/1718 y *RJ* 1994/909, respectivamente).

(35) Así lo recoge MARTÍNEZ ESPÍN, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código Civil*. Cizur Menor, Aranzadi, 2001, pág. 1226.

(36) Así se consideró, en efecto, en sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 16 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/132526), aunque fueron también elementos determinantes para alcanzar la conclusión de que no había verdadera partición que el testador ordenaba legados e instituía herederos en el remanente a sus hijos, designando contador-partidor.

(37) *AC* 2000/2469. Un supuesto similar, aunque no se discuta sobre las facultades del contador, se analizó en la sentencia de la misma Audiencia de 1 de julio de 2005 (*JUR* 2006/25364).

(38) Por ello el citado Tribunal no admite la validez de una adición a la partición realizada por el contador, al que no se le atribuyeron facultades para realizar la partición de la herencia, sino para llevar a cabo la ya efectuada por la testadora.

el Tribunal Supremo no ha mantenido siempre una línea unitaria en la materia, pues junto a Resoluciones como las de 7 de septiembre de 1998 (39), en que se adopta la posición más rígida sobre el carácter imprescindible de todas las operaciones antes aludidas para que la partición supuestamente realizada por el testador en su testamento realmente lo sea, razón por la que en ella se negó tal naturaleza, otras sentencias reconocieron la existencia de ésta sin la práctica de todas las aludidas operaciones. Así, la STS de 21 de julio de 1986 (40) destaca la validez de una partición en la que no se había procedido a la liquidación formal que implica el inventario de los bienes, derechos y deudas, así como de los gastos, reconociéndole, en consecuencia, plena eficacia para conferir la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados a los herederos al fallecimiento del causante, «sin perjuicio (...) de la práctica de aquellas operaciones complementarias de las citadas adjudicaciones que pudieran ser necesarias para su plena virtualidad». En mi opinión, tiene razón MARTÍNEZ ESPÍN (41) cuando afirma que sólo resultan esenciales para poder calificar las operaciones de auténtica partición las de dividir y adjudicar que integran la distribución del patrimonio, lo que, en definitiva, de ser asumido así, determina, por otra parte, la pérdida de virtualidad de este segundo criterio apuntado en la búsqueda de alguno distintivo de las normas particionales y la partición por el testador.

E) *Forma*

Si bien las exigencias formales que la Ley de Derecho Civil de Galicia contiene en relación con la partición por el testador son poco rigurosas (tan sólo se precisa, como hemos analizado, la existencia de un testamento y que el acto particional se contenga en aquél o en un documento, de cualquier clase que sea, anterior o posterior), aún cabe preguntarse por la eficacia de una pretendida partición basada en los actos concluyentes del testador, que ha realizado la entrega de bienes a sus herederos. A mi modo de ver, esta distribución del patrimonio del testador, total o parcial, realizada sin base documental alguna, carece de efectos particionales, tanto en el Derecho Común (42) como en el gallego (salvo, acaso, lo previsto en este último en

(39) *RJ* 1998/6395. Tal orientación ha sido seguida por otras de Audiencias como la de Lugo, de 29 de septiembre de 2003 (*JUR* 2003/230215).

(40) *RJ* 1986/4575.

(41) *Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 1221.

(42) La Audiencia Provincial de Córdoba, en sentencia de 21 de abril de 2005 (*JUR* 2005/143309), con cita de algunas del Tribunal Supremo, afirma que al no requerir nuestro ordenamiento forma especial alguna para la existencia de partición hecha por el causante, son válidas no sólo las realizadas en documento público o privado, sino también la verificada «por actos concluyentes del propio testador, como es la entrega o *traditio* de

relación con la partición conjunta, tras el fallecimiento de uno de los cónyuges en el art. 277 LDCG), sin que sea título suficiente, pues, para producir la transmisión definitiva de la propiedad de los bienes al fallecimiento de aquél. Dejando a un lado el hecho de que ciertas transmisiones de bienes pudieran tener origen en los pactos sucesorios que la LDCG regula, en concreto la apartación (art. 224 LDCG) y la mejora con entrega de presente de bienes (art. 215 LDCG), podría tratarse de donaciones —en cuyo caso debe tomarse en consideración, obviamente, su posible inoficiosidad, de haber legitimarios, así como la necesidad de computar su valor para determinar el haber partible y de traerlas a colación si se hicieran a aquéllos—, o de trasposos posesorios ligados a derechos distintos de los dominicales —usufructo, por ejemplo— sin perjuicio de que exista voluntad del testador de realizar una partición en que la propiedad definitiva del bien se atribuya a quien tuvo la posesión a título distinto. Esta conclusión se refuerza, a mi juicio, en el Derecho Civil de Galicia, en que expresamente la ley exige que la partición hecha por el testador sea documental (art. 270.1.º). Por lo demás, la partición verbal, posible, aunque desaconsejable, en el marco del artículo 1.056 del Código Civil (43), tampoco es, obviamente, admisible en el Derecho gallego.

F) *Vicisitudes subjetivas y objetivas posteriores a la partición hecha por el testador*

La realización de la partición por el propio causante genera problemas específicos, no comunes a las demás particiones realizadas tras la muerte de aquél, entre los cuales, sin duda, desde el punto de vista subjetivo, los más relevantes son la aparición de un legitimario no contemplado en la partición y la designación por el causante, en testamento posterior a la partición, de un heredero voluntario antes no tenido en cuenta en la distribución de sus bienes, supuesto que quizá podría entenderse como revocación tácita de la partición. En cuanto al primero de los aspectos apuntados (44), es decir, la partición realizada sin contar con un legitimario, puede tratarse de preterición

los bienes a cada heredero, acompañada o rodeada de actos que evidencien la voluntad inequívoca de asignar la propiedad exclusiva de los mismos para el momento de su fallecimiento». Sin embargo, la sentencia de 28 de junio de 1961 (*RJ* 1961/2748), que menciona, resuelve en realidad sobre la eficacia de una partición en documento privado.

(43) La sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 10 de noviembre de 2006 (*JUR* 2007/195381), tras admitir, genéricamente, la validez de una partición que el testador hiciera verbalmente, niega que exista en el caso debatido por no poder deducirse con claridad que tal fuera la voluntad de aquél.

(44) Destaca RIVAS MARTÍNEZ (*Derecho de Sucesiones Común y Foral*. Tomo II. Vol. 2.º, Madrid, Dykinson, 3.ª ed, 2004, pág. 1485) que la preterición particional a que el artículo 1.080 del Código Civil alude comprende tanto la de un heredero forzoso como la de uno voluntario.

total (es decir, ni el testador le tuvo en cuenta en el acto particional ni en el dispositivo ni se le atribuyeron bienes en vida que se debieran imputar a su legítima), en cuyo caso deberían aplicarse los artículos 258-261 LDCG, con diferentes efectos, según se califique de intencional o no intencional, o de preterición únicamente particional del legitimario a quien se le asignó lo que como tal le correspondía en el testamento, siendo omitido en la partición, en cuyo caso ésta podría mantenerse, sin perjuicio de la reclamación de sus derechos a través de la correspondiente acción personal, computando, para la determinación de cuáles fueran aquéllos, lo hubiera recibido por cualquiera de los títulos a que hace mención el artículo 245 LDCG.

Por otra parte, el fallecimiento de uno de los instituidos herederos al que no se hubiera previsto un sustituto vulgar en el testamento puede resolverse, tal como propone VALLET DE GOYTISOLO (45), con la aplicación del artículo 1.079 del Código Civil, es decir, realizando una partición adicional de la porción que hubiera quedado vacante y conservando la realizada por el testador.

Desde la perspectiva de los bienes incluidos en la partición, las modificaciones más relevantes son la enajenación de algunos de ellos por el testador, que, a mi juicio, podrá provocar la aplicación —análoga, por cuanto es un precepto que regula la partición conjunta— del artículo 281 LDCG y la consiguiente ineficacia sobrevenida de la partición, si se altera sustancialmente la base patrimonial de la misma, debiendo ser soportada la pérdida, en caso contrario, por los herederos (46), siempre a salvo los eventuales derechos legitimarios (acaso pudiera tomarse la conducta dispositiva como revocación parcial tácita) (47). La entrada de nuevos bienes en el patrimonio del testador será origen también de la aplicación del artículo 1.079 del Código Civil, si por su entidad, en relación con el patrimonio existente al tiempo de realización de la partición, no hubiera que entender que aquélla devino ineficaz, siendo necesario realizar *ex novo* otra distribución de los bienes.

(45) *Panorama de Derecho de Sucesiones*. Tomo II, Madrid, Civitas, 1982, pág. 887.

(46) Es discutible, ciertamente, si la pérdida patrimonial han de sufrirla sólo los adjudicatarios de los bienes en la partición que hubieran sido posteriormente enajenados o todos los herederos, en proporción a sus derechos. Vid. *infra* un breve apunte sobre el tratamiento de este tema en materia de partición conjunta.

(47) *Especiales perfiles* presenta, y sobre ello volveremos más adelante, la enajenación por parte del cónyuge supérstite de algún bien incluido en una partición conjunta con disposiciones expresamente configuradas en testamento mancomunado como correspectivas, es decir, poniendo de manifiesto que las adjudicaciones o atribuciones de bienes de uno de los cónyuges se habían realizado en atención y con causa en las que el otro a su vez hizo, pues el artículo 194.2.º LDCG prevé en cuanto a la enajenación, tras el fallecimiento de uno de los cónyuges, de bienes comprendidos en este tipo de disposiciones recíprocamente condicionadas que el beneficiario de la disposición podrá reclamar el valor actualizado del bien de que el supérstite dispuso.

G) *Breve referencia a los actos particionales realizados por el comisario* (48)

En ejercicio de la facultad conferida en capitulaciones o testamentariamente, el cónyuge viudo nombrado comisario puede otorgar testamento, designando heredero o legatario entre los hijos o descendientes comunes, realizando asimismo en tal documento la adjudicación de los bienes del difunto (arts. 197 y 200 LDCG), con la nota de revocabilidad propia de todas las particiones hechas en testamento y con efectos, por tanto, a la muerte del comisario. Nada regula la Ley 2/2006 sobre las características y requisitos de esta especial forma de partición, pero, a mi juicio, dado que el testamento por comisario constituye una excepción al personalismo que siempre se ha considerado inherente a aquél, al menos en el Código Civil y hasta ahora también en el Derecho Civil de Galicia (49), debemos darle el mismo tratamiento que a una partición hecha por el testador y, desde luego, no el propio de la realizada por un tercero al que el testador se lo encomendara (contador-partidor). Así, aunque hayan de respetarse las legítimas, con los efectos ya varias veces apuntados si así no se hiciera, no hay sujeción al principio de igualdad cualitativa de los lotes (art. 1.061 del CC) ni, a mi modo de ver, rescisión por lesión.

Las facultades que pueden conferirse al cónyuge comisario son amplísimas, pues, salvo restricciones impuestas por el cónyuge atribuyente, puede, además, optar por realizar la partición, total o parcialmente, por acto *inter vivos*, de forma unilateral o con la concurrencia e intervención de los designados herederos o legatarios, en cualquier momento de su vida, a no ser que se le hubiera señalado plazo. Tal partición por acto *inter vivos* es, según dicción literal del artículo 200 LDCG, irrevocable, transmitiéndose la propiedad y posesión de los bienes con la aceptación del hijo o descendiente (50), sin que resuelva la Ley las consecuencias de una eventual falta de aceptación por parte de éstos (51).

(48) No constituye objeto propio de este estudio profundizar en el de esta interesante institución sucesoria de la Ley 2/2006, que, evidentemente, merece tratamiento autónomo y detallado en otro lugar.

(49) Recuérdese que la figura del testamento por comisario que regulaba la Ley 4/1995, de Derecho Civil de Galicia, no era realmente sino delegar en el cónyuge viudo la facultad de hacer mejoras a los hijos o descendientes comunes, también contemplada en el artículo 831 del Código Civil, después profundamente modificado ampliando el ámbito de actuación del cónyuge supérstite. Hoy, sin embargo, el Derecho Civil de Galicia sí contiene una verdadera excepción a la concepción del testamento como acto personalísimo, un auténtico testamento hecho por otro al que se ha atribuido facultad testatoria.

(50) Téngase en consideración que nadie puede ver incrementado su patrimonio sin expresión de una voluntad positiva en ese sentido y que no ha podido haber aceptación de la herencia del causante por falta de delación, que al nombrar comisario, se pospone a un momento posterior al de la muerte del que otorgó la facultad testatoria.

(51) Sobre el testamento por comisario puede verse la regulación contenida en los artículos 32 a 48 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco

2. LA PARTICIÓN CONJUNTA Y UNITARIA

La partición realizada por el testador es, en el Derecho Común, un negocio unilateral y, consecuentemente, está viciada de nulidad la realizada por uno de los cónyuges, según doctrina jurisprudencial reiterada, cuando se adjudican bienes gananciales sin haberse practicado previamente la pertinente liquidación (52), pues las facultades de dividir, liquidar y adjudicar el caudal propio no pueden hacerse extensivas a derechos ajenos con el pretexto de hallarse íntimamente ligados con los suyos.

Ello no ha sido obstáculo para que la realidad permitiera apreciar la voluntad frecuente de los esposos de realizar la partición de sus bienes de forma coordinada y conjunta, que, en todo caso, ha debido de instrumentalizarse a través del otorgamiento de testamentos separados —dada la prohibición del testamento mancomunado del art. 669 del Código Civil— que contenían los correspondientes actos particionales. Así, excepcionalmente, en alguna ocasión han admitido los tribunales, incluido el Supremo, una partición, que se ha denominado «conjunta», realizada en sus respectivos testamentos de forma idéntica por los cónyuges, sin liquidar la sociedad de gananciales y disponiendo de los bienes de ambos (53).

y en torno a la fiducia sucesoria, con perfiles singulares si es conferida a favor del cónyuge viudo, los artículos 124 a 148 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Aragón, figuras ambas con indudables paralelismos con la que ahora contempla la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia.

(52) Cuestión diferente es la validez del legado de cosa ganancial en los términos regulados en el artículo 1.380 del Código Civil.

(53) Así puede verse en la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 1998 (*RJ* 1998/9756), que resuelve que «si bien es cierto que el testador no puede por sí sólo practicar la partición de sus bienes propios incluyendo en ella bienes gananciales (sentencias de esta Sala de 12 de diciembre de 1959 [*RJ* 1959/4499], 17 de mayo de 1974 [*RJ* 1974/2068], 3 de marzo de 1980 [*RJ* 1980/1016], 7 de diciembre de 1988 [*RJ* 1988/9301], entre otras), también lo es que, en el caso concreto aquí enjuiciado, con las muy específicas circunstancias que lo configuran, los padres testadores, que no tenían más patrimonio que dos bienes gananciales (la casa familiar y un trozo de terreno de olivar) y carecían en absoluto de bienes privativos, mediante sendos testamentos totalmente iguales y simultáneos, otorgados el mismo día y ante el mismo Notario (con lo que no se conculca la prohibición de testar mancomunadamente), manifestaron su clara e inequívoca voluntad de partir dichos dos bienes comunes únicos entre sus hijos, en la forma que expresan en las totalmente idénticas cláusulas quintas (que han sido transcritas literalmente en los apartados 2.º y 3.º del Fundamento Jurídico primero de esta Resolución) de sus referidos testamentos, sin que condicionaran en modo alguno la eficacia de dicha partición conjunta (aunque no mancomunada) y única al resultado de una previa liquidación de la sociedad de gananciales, la que consideraron y la hicieron innecesaria desde el momento en que se legaron recíprocamente (el que muriera antes en favor del supérstite), en pago de sus derechos legitimarios (así se dice en el testamento), el usufructo universal y vitalicio de esos dos referidos bienes, únicos existentes, en la parte que los mismos pudiera corresponder a cada testador, cuya cláusula (que es la tercera de cada uno de esos dos testamentos) fue respetada por los tres hijos y herederos universales y únicos

Muy diferente de la del Código Civil es la regulación del Derecho Civil de Galicia ya desde la Ley 4/1995, que, tras una práctica notarial continuada volcada en ese mismo propósito, pone al servicio de los intereses y necesidades de los cónyuges, aunque no necesariamente vinculados, tanto el otorgamiento de testamento mancomunado como la partición conjunta y unitaria, antes apenas apuntada en los artículos 157 y 158 y ahora mucho mejor desarrollada en la Ley 2/2006 (arts. 276-282), especialmente en lo relativo a su eficacia y revocación, sin duda las cuestiones prácticas más problemáticas.

Sin restricción alguna, los cónyuges pueden realizar una partición conjunta y unitaria (en un solo documento), cualquiera que fuera el régimen económico de su matrimonio, la forma en que hubieran testado o en el futuro lo hagan y la titularidad —privativa, común o ganancial— de sus bienes. Así, respetando las legítimas a que den lugar, en su caso, las herencias de ambos, podrán éstas pagarse, siendo los legitimarios hijos o descendientes comunes, con bienes comunes o de cualquiera de los esposos. La misma posibilidad se brinda hoy a las parejas de hecho (incluidas las compuestas por personas del mismo sexo) que reúnan los requisitos de la Disposición Adicional 3.^a (54).

de los dos referidos causantes, con lo que devino totalmente innecesaria la práctica de la liquidación de la sociedad de gananciales, al morir la madre en 1978, que fue la primera en fallecer, y permaneciendo intactos e indivisos esos dos bienes comunes (únicos existentes, volvemos a decir) al morir el padre en 1982. Siendo ello así, ha de tenerse en cuenta que el artículo 1.056 del Código Civil admite, como una de las formas posibles de hacer la partición, la que de sus propios bienes realice el testador en su testamento (como la hicieron los dos padres en sus dos aludidos e idénticos testamentos simultáneos) y a la que atribuye fuerza vinculante —«se pasará por ella», dice el precepto—, siendo indudable que sus efectos son los mismos que si se tratara de partición judicial o de partición extrajudicial, practicadas por los propios herederos o por albaceas o contadores-partidores, es decir, sus efectos (dice textualmente la sentencia de esta Sala de 21 de julio de 1986 [R/J 1986/4575]) son los de conferir a cada heredero la propiedad de los bienes que le hayan sido adjudicados, ello, claro es, sin perjuicio de las acciones de impugnación que el artículo 1.075, en relación con el 1.056, ambos del Código Civil, concede a los herederos forzosos en la hipótesis de que perjudique sus legítimas o de que aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador. Por todo lo expuesto, el presente motivo primero también ha de ser estimado».

(54) La Ley 2/2006 no contempla expresamente la incidencia de las crisis matrimoniales en la eficacia de la partición conjunta, pero sí contiene en los artículos 277 y sigs. continuas referencias a la condición de cónyuges de los otorgantes no sólo en el momento de la realización, sino también del fallecimiento de ambos o de uno de ellos, por lo que, a mi juicio, no siéndolo ya a causa de una sentencia firme de nulidad o divorcio la partición vendría ineficaz o quizá, en el caso de la nulidad, también nula a causa de los efectos retroactivos de la sentencia (GUTIÉRREZ ALLER —en «Dereito Civil de Galicia. Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de maio», en *Revista Xurídica Galega*, 1992, págs. 414 y 415— entendía, a la luz de la Ley 4/1995, que el divorcio posterior a la realización de la partición no afectaba a la validez de ésta, pero sí la declaración de nulidad del matrimonio. Opinión distinta de la sustentada aquí ha defendido también recientemente LEGERÉN MOLINA —*La partición conjunta en el Derecho gallego*. Universidade da Coruña, 2007, págs. 188 y 189— en el caso de divorcio). Problemas peculiares plantean la sepa-

Sin duda, el artículo 276 *in fine* resalta una de las notas más propias de la verdadera partición conjunta y unitaria de los cónyuges, la formación de una masa patrimonial única con los bienes de cada uno de ellos y los comunes, que serán adjudicados para cubrir las cuotas de las instituciones, sin reparar en el origen de los mismos, de forma tal que el haber de cada heredero quedará satisfecho con bienes procedentes de cualquiera de los patrimonios. Diferente será la partición conjunta no unitaria, es decir, aquélla en que los cónyuges organizan separadamente su sucesión tras el otorgamiento de dos testamentos individuales, con liquidación de la sociedad de gananciales y distribución de los bienes que integran el patrimonio de cada uno de ellos, que si es admitida por doctrina y jurisprudencia en el ámbito de aplicación del Código Civil no hay dificultades en hacerlo también en el Derecho Civil de Galicia, si bien no es, indudablemente, la partición a que se refieren los artículos 276 y siguientes LDCG y exige partir de planteamientos diferentes en cuanto a su eficacia y revocación, que podrá ser unilateral por parte de cada uno de los esposos, sin afectar a la subsistencia de la otra (55).

Desde el punto de vista formal, ante la inexistencia de norma especial para este tipo de partición y dado que no deja de ser una modalidad de la partición realizada por el testador, habrán de aplicarse las disposiciones generales previstas para ésta, por lo que bastará, en caso de que el acto particional no se haga conjuntamente con las disposiciones testamentarias, la existencia de sendos testamentos o de uno mancomunado, anteriores o posteriores, y forma documental, pública o privada (art. 270.1.º LDCG). No obstante, han de destacarse las peculiaridades del régimen jurídico de la partición conjunta y unitaria que los cónyuges hicieran en testamento mancomunado otorgando de forma expresa a las estipulaciones con que le dieran forma el carácter de correspectivas, en el sentido del artículo 187.2.º LDCG, en particular por la incidencia que ello tiene en materia de revocación.

A) *Eficacia*

Realizada la partición conjunta y unitaria pueden distinguirse, en relación con su eficacia, tres estadios distintos, siendo particularmente complejo el segundo de ellos:

ración, tanto judicial como de hecho, y la pendencia de un proceso matrimonial de nulidad o divorcio en caso de que no se hubiera revocado la partición por ninguno de los cónyuges, supuestos en que, a mi modo de ver, aunque se verán afectadas ex artículo 208, las disposiciones de uno a favor del otro, salvo voluntad testamentaria en contra, podrían entenderse subsistentes las disposiciones a favor de terceros.

(55) Puede verse el estudio de la que él denomina «partición conjunta con objeto separado», en LEGERÉN MOLINA, *op. cit.*, págs. 275-277.

a) *En vida de ambos cónyuges*, al margen de que puedan hacerlo conjuntamente, cualquiera de ellos puede revocarla de forma unilateral, quedando ineficaz en su totalidad desde que se notifica fehacientemente dicha revocación al otro (56). En cuanto a las formas de revocación parece instrumento idóneo, aunque no único, el otorgamiento de testamento posterior incompatible. No obstante, podrá hacerse en cualquier forma y la expresión de esa voluntad de dejar sin efecto la partición realizada contenido único del acto. Sin perjuicio de que la partición haya de tener sustento en un testamento, anterior o posterior, expresada la voluntad revocatoria de la misma, no se exige en modo alguno en la Ley forma testamentaria y si bien puede recogerse la manifestación de voluntad de dejar sin efecto la partición conjunta en un documento notarial y por este mismo conducto realizar la pertinente notificación al otro esposo, ello no parece, a la luz del Derecho positivo, necesario, pudiendo el revocante limitarse a hacer llegar al otro cónyuge su voluntad revocatoria de forma que haga prueba por sí misma (a través de burofax, por ejemplo), sin hacer uso de conducto notarial alguno (57). Mención aparte merece el caso de partición conjunta hecha en testamento mancomunado, dado que éste sólo puede ser revocado, como establece el artículo 192.1.º LDCG, por testamento abierto notarial, exigencia formal que creemos debe hacerse extensiva también a la partición en el mismo contenida.

En todo caso, la partición conjunta y unitaria en esta fase carece de eficacia alguna y los cónyuges podrán realizar actos de disposición de sus bienes con los requisitos que la naturaleza de los mismos exija. Es de interés determinar, por tanto, cuál es la posición jurídica de los herederos a quienes se les asignaron bienes después válidamente enajenados, sin que se hubiera revocado conjunta o unilateralmente por los cónyuges la partición realizada por ambos. Ciertamente es que el artículo 281 LDCG alude a la posibilidad de impugnar dicha partición y dejarla sin efecto cuando pueda apreciarse la alteración «de forma sustancial» de la base patrimonial de la misma por enajenaciones voluntarias o forzosas, dejándose así el camino expedito para la práctica de una partición judicial y, a mi juicio, para la que puedan realizar los herederos a través de acuerdo unánime, pues no parece existir obstáculo para entender la expresión del artículo 294 LDCG «cuando el testador no tuviera hecha la partición» como comprensiva también de los supuestos en que ésta resultase ineficaz.

De todos modos, quedan aún sin resolver los supuestos en que, no siendo la alteración de la base patrimonial sustancial, se haya enajenado algún bien

(56) A mi juicio, el conocimiento real y efectivo de la revocación por parte de quien debería haber sido notificado ha de producir idéntico efecto.

(57) En contra, FREIRE BARRAL, en *Derecho de Sucesiones y régimen económico-familiar de Galicia*, cit., vol. II, págs. 1081 y 1082.

integrante del lote adjudicado a uno de los herederos. Podría pensarse que una interpretación *a sensu contrario* del artículo 281 LDCG conduce a afirmar que, si no existe vulneración de sus derechos legitimarios, el perjudicado carecerá de acción judicial alguna y habrá de asumir el decrecimiento de la atribución patrimonial *mortis causa*, respecto de la prevista inicialmente en la partición con las adjudicaciones de bienes, aunque ello ocasione un desequilibrio respecto de los otros herederos cuyos lotes no experimentan merma alguna y que pudieran haber sido instituidos, incluso, en la misma cuota. Como antes indicábamos, ello podría tomarse como una revocación parcial tácita de la partición. Sin embargo, en realidad es discutible que la apuntada sea una verdadera interpretación *a contrario sensu* del precepto citado, pues ésta, propiamente, no llevaría más que a afirmar la eficacia de la partición y no contendría determinación alguna sobre quién habría de sufrir la correspondiente pérdida. En este sentido, en relación con la partición individual realizada por el testador en el régimen del Código Civil, autores como VALLET (58) o DE LA CÁMARA (59) han considerado que si la interpretación testamentaria no conduce a averiguar cuál fue su voluntad en tal hipótesis (así, si dispuso algo sobre la compensación o no a los herederos por los daños o deterioros que experimentarían los bienes adjudicados en la partición) lo más razonable es entender que la enajenación desnivela la partición y debe ser rectificadora modificando las hijuelas y compensando al que fue señalado como adjudicatario del bien enajenado.

b) *Fallecido uno de los esposos*, la partición no será todavía eficaz a no ser que el sobreviviente opte por dar cumplimiento «en su integridad» a sus previsiones a través de atribuciones patrimoniales *inter vivos* (art. 277 LDCG). En mi opinión, el inciso final de este precepto que contempla la plenitud de efectos de la partición conjunta y unitaria de los cónyuges, estando vivo todavía uno de ellos, es uno de los más perturbadores de los que la nueva Ley de Derecho Civil de Galicia dedica a la materia sucesoria (60). Se trata de una adquisición patrimonial de muy peculiar naturaleza jurídica que suscita además dudas sobre si por «atribuciones patrimoniales *inter vivos*» ha de entenderse realizar, simplemente, la *traditio* de los bienes, que

(58) *Panorama del Derecho de Sucesiones*, Madrid, Civitas, 1982, pág. 888.

(59) En *Com. Min.* Tomo I., cit, pág. 2523.

(60) Quizá el precepto pretenda dar cuerpo legal a ciertas prácticas, constatadas al menos con dos modalidades distintas, por las que el viudo pretendía dejar resuelta de forma anticipada la partición, bien por la vía de las adjudicaciones parciales de bienes, con consentimiento de los herederos adjudicatarios y, en caso de que existieran, de los legitimarios, bien por la vía de la formación de dos lotes, correspondiendo una mitad indivisa al supérstite (además de los derechos usufructuarios que procedieran en el otro) y realizando éste actos dispositivos de los bienes en vida mediante donaciones o pactos sucesorios (vid. BOTANA TORRÓN, *Derecho de Sucesiones y régimen económico-familiar de Galicia*, cit., págs. 1060 y 1061).

tendría como título, para dicho traspaso posesorio, la partición misma, o si sería necesario, lo que no creemos, formalizar un negocio jurídico autónomo. En esta última línea se ha pronunciado, diversamente, BOTANA TORRÓN (61) para quien las atribuciones patrimoniales *inter vivos*, a que se refiere el artículo 277 LDCG, deberán necesariamente hacerse efectivas a través de donaciones, pactos de mejora o apartaciones.

En todo caso, si esta forma *sui generis* de transmisión patrimonial que puede seguir a la partición conjunta tras el fallecimiento de uno de los cónyuges se entendiera con independencia de otros negocios jurídicos autónomos, sean donaciones o ciertos pactos sucesorios, ello exigiría una adaptación de los criterios que la legislación hipotecaria contiene en torno a la inscripción registral de la partición, por cuanto los artículos 76 y 80 RH exigen para inscribir las adquisiciones de bienes por sucesión testada cuando hay más de un heredero que se aporte, junto con la partición hereditaria, la certificación de defunción del causante, fallecimiento que en este caso sólo se ha producido en relación con uno de los cónyuges. En todo caso, la plenitud de efectos de la partición a que se refiere el artículo 277 LDCG supone la adquisición de la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados por parte de cada heredero sin supeditación alguna al fallecimiento del cónyuge sobreviviente, lo que permitiría, por ejemplo, acreditar el título dominical en el ejercicio de una acción reivindicatoria, probando que pertenecía el bien al cónyuge de que se trate (62). Para el acceso al Registro del derecho dominical de los herederos parece imprescindible un documento público en el que el cónyuge superviviente declare su voluntad de dar cumplimiento a la partición conjunta y unitaria tras la muerte de su esposo o esposa y de transmitir los bienes a los instituidos herederos, en los términos en que les fueron adjudicados en el acto particional.

Por otra parte, la eficacia anticipada plena del acto particional conjunto y unitario exige que el superviviente lo respete íntegramente, lo que entendemos no ocurriría si se reservara algún derecho real sobre ciertos bienes objeto de las adjudicaciones (un usufructo o un derecho de habitación, por ejemplo) o impusiera a los herederos el pago de una renta vitalicia que gravase la transmisión *inter vivos* de la propiedad de los bienes. Tales modificaciones del contenido de la partición cambiarían el título de la adquisición patrimonial,

(61) En *Derecho de Sucesiones y régimen económico-familiar de Galicia*, cit., págs. 1063-1066.

(62) En la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 12 de marzo de 1998 (AC 1998/4045), se tenía que considerar, sin embargo, que la partición conjunta hecha por los cónyuges no era título de dominio en el ejercicio de una acción reivindicatoria por parte del heredero al que se adjudicó un bien porque no constaba que el testamento obrante en autos fuera el último del marido ni la esposa había fallecido todavía.

que no sería ya aquella sino un negocio *inter vivos*, y la propia entidad y contenido de los derechos transmitidos (63).

En segundo término, el cónyuge supérstite puede decidir no propiciar la eficacia de la partición tras la muerte del otro esposo con las correspondientes atribuciones patrimoniales *inter vivos* y diferirla al tiempo de su propio fallecimiento, según la regla general de producción de efectos de las particiones hereditarias. Se crea así una peculiar y hasta ahora inexplorada situación jurídica caracterizada, inicialmente, por la carencia de facultades de los instituidos herederos por el fallecido para instar judicialmente que se practique la correspondiente partición, en realidad ya realizada por el propio testador, aunque por el momento ineficaz. Además, en lo atinente a las legítimas, no podrán reclamarlas los hijos o descendientes comunes, aunque se haya dispuesto que les sean satisfechas con bienes privativos del premuerto, hasta el fallecimiento del otro cónyuge, norma profundamente perturbadora del funcionamiento del principio clásico de la intangibilidad de las mismas, que, sin embargo, en los últimos años ha sido también matizado en el Código Civil a través de la reforma de preceptos como el artículo 831 en virtud de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Más conflictivo aún resulta el tema ante la existencia de legitimarios que lo fueran sólo del cónyuge fallecido, situación nada infrecuente en la actualidad en que proliferan los segundos matrimonios, disuelto el primero por divorcio, o varias relaciones de hecho, con descendencia en cada caso. A mi modo de ver, deberán también ellos esperar para hacer efectivos sus derechos legitimarios al fallecimiento del cónyuge de su ascendiente fallecido, sin perjuicio de que pueda concluirse que, aunque la Ley no impida su utilización en esos casos, no es la partición conjunta unitaria la forma jurídica más idónea para partir su patrimonio hereditario los esposos cuando existen descendientes no comunes. No parecen existir dudas tampoco, afirmado lo anterior, sobre el hecho de que los herederos voluntarios del premuerto habrán de esperar al fallecimiento del otro cónyuge para percibir sus derechos.

En cualquier caso, muchas de las dificultades de orden práctico que se suscitan en torno a la partición conjunta y unitaria de la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia, tras el fallecimiento de uno de los cónyuges derivan de los problemas para encajar la situación jurídica creada en virtud de aquella en las categorías dogmáticas del Derecho de Sucesiones que conocemos y manejamos. En primer término, la partición realizada por el testador en el régimen del Derecho Común, ex artículo 1.056 del Código Civil, tradicionalmente ha sido tratada por la doctrina como un supuesto en que no

(63) Por otra parte, a mi juicio, el supérstite no puede decidir la transmisión antes de su fallecimiento sólo de algunos de los bienes objeto de la partición, debiendo ser objeto de aquella, en su caso, la universalidad de los mismos.

llegaba a nacer la comunidad hereditaria, puesto que con la muerte de aquél cada heredero adquiriría, obviamente, si aceptaba la herencia, la propiedad exclusiva de los bienes que le habían sido adjudicados, mientras que en el caso que estudiamos es difícil determinar si existe comunidad hereditaria, es una comunidad *sui generis*, similar a la postganancial o ni siquiera existe ninguna forma comunitaria (64). La cuestión es de particular interés en relación con los actos de administración que hayan de realizar sobre bienes que eran privativos del premuerto, así como en lo atinente al aprovechamiento de los frutos o rendimientos que los mismos generen.

Guarda silencio al respecto la Ley gallega, que sólo regula el régimen jurídico de los actos dispositivos sobre los bienes objeto de la partición, exigiendo consentimiento del supérstite y de los herederos del fallecido para disponer de los privativos de éste y de los gananciales, mientras que el viudo conserva íntegras sus facultades sobre sus bienes propios (art. 278 LDCG). Resulta indudable que, en función de un puro argumento lógico, él sólo podrá realizar actos de administración sobre sus bienes y aprovechará sus rendimientos, pero no lo es tanto el régimen propio de los bienes que eran privativos del premuerto ni siquiera de los que fueron gananciales. Sin perjuicio de que podríamos asimilar los actos de administración extraordinaria a los dispositivos, exigir el concurso de todos los herederos del fallecido y el cónyuge sobreviviente para los de administración ordinaria sobre bienes gananciales y privativos del fallecido parece desmesurado. Desde luego, la ponderada previsión notarial hará probablemente cláusula de estilo en las particiones conjuntas de los cónyuges la designación de un administrador —casi con total seguridad, en la mayoría de los casos, el supérstite (65)—, con lo que las disquisiciones que siguen serían innecesarias y el régimen jurídico de los bienes se clarificaría convenientemente. No obstante, es preciso reflexionar, siquiera brevemente, acerca de la solución que debe adoptarse en los casos en que no exista cláusula en el acto particional que prevea el nombramiento de administrador, lo que podrá ser más frecuente en los casos en que la partición se formalice en documento privado, si no hubo el debido asesoramiento por parte de letrado conocedor del problema.

Dado que la partición inicialmente es ineficaz hasta el fallecimiento de ambos cónyuges, creemos aplicable el artículo 398 del Código Civil para la administración de los bienes que eran privativos del premuerto y consideramos suficiente la mayoría económica de los herederos de aquél en la toma de

(64) Por una «comunidad *sui generis* a medio camino entre los casos en los que no existe partición y aquellos otros en los que el testador efectúa diligentemente el reparto de sus bienes» se inclina FREIRE BARRAL (en *Derecho de Sucesiones y régimen económico-familiar de Galicia*, cit, pág. 1107).

(65) Quizá pueda servir de modelo lo que prevé el artículo 831.2.º del Código Civil, tras la reforma de este precepto por Ley 41/2003, de 18 de noviembre.

decisiones de tal tenor (66). Aunque parece de difícil encaje en un supuesto en que ya no será necesario practicar la partición cuando fallezca el segundo cónyuge, no ha de olvidarse tampoco el contenido del artículo 1.063 del Código Civil que prevé la posibilidad de reintegros o reembolsos entre los herederos al tiempo de realizar aquélla si alguno de ellos, individualmente, afrontó gastos u obtuvo rendimientos de los bienes (quizá su sentido puede mantenerse en relación con una rendición de cuentas final).

En lo relativo a los bienes que fueron gananciales podemos, a mi juicio, considerar subsistente una comunidad análoga a la postganancial (67), no regulada, como es sabido, en el Código Civil, pero cuyo régimen jurídico han venido conformando doctrina y jurisprudencia, asimilándolo a una comunidad de tipo romano, *pro indiviso*, regida por los artículos 392 y siguientes del Código Civil, sin que recaiga la comunidad sobre cada cosa que forma parte de ella sino sobre el conjunto de la misma, de forma que cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el *totum* ganancial (68). No obstante, aquí compartimos la idea expresa por RIVERA FERNÁNDEZ de que el viudo ha de ser siempre partícipe en las decisiones de administración de los bienes, al ser, por una parte, cotitular del patrimonio indiviso, y por otro, usufructuario de una cuota de la herencia del premuerto donde se incluye la cotitularidad que éste ostentaba sobre el patrimonio ganancial (69).

b') *La revocación unilateral de la partición por el supérstite*. El cónyuge viudo puede optar también por dejar sin efecto la partición revocándola, tal como dispone el artículo 280 LDCG. En defecto de previsión legal para la conjunta unitaria de los cónyuges y dado que la partición participa de la revocabilidad propia de los actos *mortis causa*, no creemos que exista límite temporal alguno para el ejercicio de la facultad revocatoria. Del mismo modo que un testamento otorgado muchos años antes puede dejarse sin efecto en

(66) Tómese en consideración que si se hubiera instituido el usufructo universal de viudedad habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 233 y sigs. LDCG, sobre las facultades del supérstite.

(67) Suele denominarse comunidad postganancial a la figura jurídica existente en la fase comprendida entre disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, mientras que, por naturaleza propia de la partición conjunta y unitaria, ésta última en estos casos no tendrá lugar.

(68) Sobre el régimen jurídico de la comunidad postganancial, aunque casi siempre en relación con actos de disposición, pueden verse las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1993 (*RJ* 2003/6657), 23 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992/10689), 26 de abril de 1997 (*RJ* 1997/3542), 28 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998/7290), 11 de mayo de 2000 (*RJ* 2000/3926), 23 de enero de 2003 (*RJ* 2003/607) y 10 de julio de 2005 (*RJ* 2005/8991), entre otras.

(69) *La comunidad postganancial*. Barcelona, Bosch, 1997, págs. 115 y 116. Pese a su opinión contraria, recoge este autor la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de diciembre de 1973 (*RJ* 1973/4780), cuya doctrina estima incorrecta, que considera irrelevante la existencia de un usufructo a los efectos del cómputo de la mayoría del artículo 398 del Código Civil para realizar actos de administración.

el último día de vida, pues hasta entonces no existen derechos adquiridos sino simples expectativas sucesorias, la partición puede revocarse por el supérstite en cualquier momento. Creemos que no podría impugnarse el ejercicio muy tardío de la revocación como acto contrario a la buena fe por haber suscitado una confianza en los instituidos herederos en que serían de su propiedad exclusiva los bienes adjudicados en el acto particional. El cónyuge viudo conserva plenas sus facultades dispositivas sobre sus bienes propios incluidos en la partición, enajenaciones que, como prevé el artículo 281 LDCG pueden ser causa de una ulterior ineficacia de aquélla —quizá ello puede entenderse como revocación tácita en algunos supuestos— y son asimismo omnímodas sus facultades para dejar sin efecto aquélla, aun sin enajenaciones de bienes.

El legislador gallego ha optado, pues, por no hacer irrevocable la partición conjunta al fallecimiento de uno de los esposos, sin duda tomando como punto de referencia la confianza existente entre ellos como sustrato de tal forma de partir y la posibilidad de que sobrevengan circunstancias que no pudieran preverse en vida de ambos cónyuges y aconsejen un cambio de criterio en la distribución del patrimonio familiar. Cabe aún preguntarse si la conclusión ha de ser la misma en caso de que la partición esté contenida en testamento mancomunado y se haya configurado sobre la base de disposiciones correspectivas, pues el régimen jurídico de éstas es, como es sabido, el de la irrevocabilidad fallecido uno de los esposos (art. 191.2.º LDCG). En efecto, como ya lo defendió, estando vigente la Ley 4/1995, ALBA PUENTE (70), los esposos y ahora también la pareja de hecho asimilada ex Disposición Adicional 3.ª pueden escoger el modelo de la partición conjunta excluyendo la revocabilidad unilateral por el supérstite si han configurado de forma expresa el contenido particional, parte de un testamento mancomunado, como disposiciones correspectivas, en el sentido del artículo 187.2.º LDCG. De este modo refuerzan una partición que sólo en vida de ambos podrá dejarse sin efecto (art. 191.2.º), lo que permite en todo caso al que no llevara a cabo la revocación —de ser ésta unilateral— conocer por la vía de la pertinente notificación tal circunstancia y proceder jurídicamente en consecuencia.

c) *A la muerte de ambos cónyuges*, la eficacia de la partición conjunta no revocada será, en principio, plena. Sin embargo, además de su posible ineficacia sobrevenida a causa de la alteración sustancial de la base patrimonial que la componía por enajenaciones de bienes (art. 281 LDCG) puede plantear problemas la entrada de nuevos bienes en el patrimonio de los cónyuges desde la realización del acto particional, supuesto que en la partición unilateral del testador que regula el Código Civil será origen tan sólo, en términos generales, del complemento o adición a que hace referencia el ar-

(70) En *Derecho de Sucesiones de Galicia*, cit., pág. 246.

título 1.079 del Código Civil (71), sin duda no fácil de realizar en el caso de una partición conjunta y unitaria realizada por los cónyuges con una cierta, aunque no lo sea propiamente en sentido técnico, confusión patrimonial a la que alude el propio texto legal en el artículo 278 *in fine*.

B) *Ineficacia de la partición conjunta*

Sin detenernos en mencionar las causas de ineficacia propias de toda partición realizada por el testador y apuntando sólo las específicas de la conjunta y unitaria, además de los supuestos de revocación expresa, bilateral o unilateral, previstos por la Ley 2/2006, y los de ineficacia sobrevenida por enajenaciones que hubieran alterado de forma sustancial su base patrimonial, ya mencionados, la partición conjunta, por su naturaleza instrumental para la ordenación global del destino del patrimonio familiar, ha de entenderse ineficaz, como ya pusimos de relieve en otro lugar, si a la muerte del primero de los cónyuges estuvieran divorciados quienes la realizaron o su matrimonio hubiera sido declarado nulo, así como si, en el caso de haber sido sus autores los componentes de una pareja no casada que cumpliera los requisitos de la Disposición Adicional 3.^a, la unión se hubiera roto y ello hubiera tenido el correspondiente reflejo en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia.

Finalmente, ténganse en consideración, a los efectos de la posible nulidad de una partición conjunta y unitaria, las reflexiones con las que abríamos este artículo sobre la aplicabilidad del Derecho Civil de Galicia en materia de partición hereditaria, en particular lo apuntado en torno al artículo 9.8.º del Código Civil y los posibles cambios de vecindad civil de los cónyuges en el periodo comprendido entre la realización de una partición conjunta, siendo ambos gallegos, y el momento de su fallecimiento, cuestión donde parece tener relevancia la forma en que aquélla se hiciera —en testamento mancomunado o en documento no testamentario—.

(71) No se olvide, sin embargo, la doctrina jurisprudencial que considera la partición nula e inaplicable el artículo 1.079 del Código Civil cuando los bienes omitidos eran esenciales por su valor económico en el patrimonio hereditario, siendo entonces necesario practicar una nueva (pueden verse las SSTs de 7 de enero de 1975 —RJ 1975/12— y 30 de marzo de 1993 —RJ 1993/2541—).

RESUMEN

PARTICIÓN POR EL TESTADOR EN GALICIA

La consolidación y el desarrollo que del Derecho Civil de Galicia significa la aprobación de la Ley 2/2006, de 14 de junio, se manifiesta especialmente en el ámbito del Derecho Sucesorio. Si bien la Ley anteriormente vigente (de 24 de mayo de 1995) recogía ya algunas de las especialidades en el Derecho gallego de la partición realizada por el testador y, en particular, la figura de la partición conjunta, instrumento utilizado en Galicia por los esposos para la distribución del patrimonio familiar, el nuevo texto legal completa el régimen jurídico de ésta, en particular en lo atinente a su revocación y da refrendo normativo a algunas soluciones que los tribunales venían aportando en cuestiones más generales de la partición realizada por el testador como la diferencia entre partición y normas particionales o la posibilidad de hacerla en documento no testamentario. Por otra parte, la nueva concepción que de las legítimas subyace en la nueva Ley de Derecho Civil de Galicia, revolucionaria en relación con la propia del Código Civil, conduce a replantear temas que tienen una respuesta diferente a la del Derecho Común y la equiparación, en derechos y deberes, a los cónyuges que a los efectos de la propia Ley realiza la Disposición Adicional 3.ª para las parejas de hecho que cumplan ciertos requisitos obliga a considerarlas ahora como posibles otorgantes de una partición conjunta y unitaria, temas todos ellos objeto del presente estudio.

ABSTRACT

PARTITION BY THE TESTATOR IN GALICIA

Act 2/2006 of 14 June signified the consolidation and implementation of Galician civil law, as shown especially in the realm of succession law. Although the act previously in force (the Act of 24 May 1995) already reflected some of Galician law's special features in partition by the testator and particularly the concept of joint partition (an instrument used in Galicia by spouses for the distribution of the family estate), the new law supplements the old law's system, particularly as concerns revocation, and it furnishes legislative support for some solutions that the courts have been giving in more general matters of partition by the testator, such as the difference between partition and partition rules or the possibility of making a partition in a non-testamentary document. Furthermore, the new take on legitimes underlying the new Civil Law Act of Galicia, which is revolutionary in connection with the Civil Code's approach, leads to a reconsideration of issues that receive a different response than in common law. Also, for the purposes of the act itself, additional provision three regards registered partners who meet certain requirements as equal to spouses in rights and in duties, thus forcing registered partners to be considered potentially able to perform a joint, unitary partition. All these issues are dealt with in this article.

(Trabajo recibido el 29-12-06 y aceptado para su publicación el 04-12-07)

Funcionalidad de la sustitución ejemplar en el Derecho Sucesorio común. Propuestas de reforma

por

GUILLERMO ROMERO GARCÍA-MORA

Abogado (Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios)

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR. ORÍGENES HISTÓRICOS.
- III. EL ÁMBITO OBJETIVO DE LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR:
 1. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.
 2. LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 6 DE FEBRERO DE 2003.
 3. DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO OBJETIVO ATENDIDA LA FUNCIONALIDAD DE LA INS-
TITUCIÓN.
- IV. OTRAS CUESTIONES A CONSIDERAR EN LA SUSTITUCIÓN EJEM-
PLAR.
- V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Vivimos un contexto de reformas en pro de un interés social que, a la vez que prefigura el sentido de las normas modernas, debe hacernos ver con otros ojos las instituciones antiguas, pues al fin y al cabo no dejan de ser elementos maleables de los que la sociedad en cada momento determinado debe servirse. Con este artículo pretendemos volver la mirada sobre una institución de hondísima raigambre civil: la sustitución ejemplar (1). Para ello, proponemos un

(1) No obstante, no debemos desconocer la opinión negativa que merecen a la doctrina las sustituciones pupilar y ejemplar. En este sentido, ALBALADEJO considera que la

sentido eminentemente funcional de la institución que, lejos de resultar un residuo histórico, puede ser entendida del modo que mejor sirva para lo que debe ser su función propia: una institución ideada para la protección del incapaz.

Resaltaremos algunas de las cuestiones más relevantes del régimen jurídico de esta institución para ir incidiendo en aquellos aspectos —no pocos— que nos parecen precisados de aclaración cuando no de reforma. Quizá la Ley

admisión en el Código Civil de ambas sustituciones debe merecer un juicio desfavorable, que compartiría con el resto de la doctrina y los códigos actuales, que las desconocerían por anticuadas (vid., ALBALADEJO GARCÍA, M., *Sustituciones hereditarias*, Oviedo, 1956, págs. 135 y 136, y «Comentarios a los artículos 774 a 805 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X, vol. 2.º, dir. por M. ALBALADEJO, Madrid, 1984, pág. 56); CÁMARA considera que son instituciones arcaicas que no debieran conservarse (vid., DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*, Madrid, 1999, pág. 135), y CÁRDENAS constata que la institución se bate en retirada en casi todas las legislaciones actuales (vid., CÁRDENAS, L., «La sustitución pupilar y ejemplar: su ámbito de aplicación», en *Revista de Derecho Privado*, 1951, pág. 926). Explicando esta consideración, señala HERNÁNDEZ GIL: «*La materia de sustituciones hereditarias, minuciosamente regulada por el Derecho romano y, en general, por los ordenamientos jurídicos que en términos amplios cabe calificar de históricos, sufrió un golpe de gracia con el Código Civil francés. Por la vinculación de bienes que algunas formas de sustitución podían producir y por la restricción a la facultad de disposición que podían representar para ciertas personas —por supuesto, a costa del reconocimiento a otras de una gran libertad de disposición—, el Code, en honor a los principios de libertad a que respondía, se mostró contrario a ellas y en especial a la sustitución fideicomisaria, que suprimió radicalmente; e igual camino llevaron, por analogía con aquella, la sustitución pupilar y la cuasi-pupilar o ejemplar. Análogos derroteros siguió, a imagen de su mentor, el Código italiano de 1865» (vid., HERNÁNDEZ GIL, A., *Obras Completas*, t. IV, Madrid, 1989, pág. 893). Debemos reseñar, como excepción dentro de dicha corriente, el Código Civil portugués, que mantiene las sustituciones pupilar y ejemplar. No obstante, en modernos procesos codificadores, como el puertorriqueño, se ha optado por la supresión de las sustituciones pupilar y ejemplar. Como se indica en la *Ponencia de la Directora Ejecutiva de la Comisión, Lcda. Marta Figueroa Torres, en torno a la presentación del borrador para discusión del Libro Sexto: Derecho de Sucesiones del Código Civil de Puerto Rico, Revisado, 25 de octubre de 2005*, San Juan, Puerto Rico (accesible desde <www.codigocivilpr.net>), pág. 13: «*Se suprimen los institutos de la sustitución pupilar y ejemplar (arts. 704 a 707 del Código Civil vigente)*. Apunta el profesor Efraín González Tejera que “*la sustitución pupilar no se admite hoy en muchas jurisdicciones, debido a que se le considera una institución anacrónica y porque se expande hasta alcanzar los bienes privativos del impúber, atenta [...] contra la naturaleza personalísima del acto testamentario*”. Derecho de Sucesiones, t. I, Río Piedras, 2001, pág. 652. Sobre la sustitución ejemplar, GONZÁLEZ TEJERA cita la sentencia de 10 de junio de 1941, Aranzadi, t. VIII, 1941, núm. 745, pág. 451, y señala que “[*s*]e ha tratado de justificar la utilidad de esta rara modalidad de sustitución hereditaria, al igual que la de la sustitución pupilar, a base del amor y cuidados que los ascendientes profesan a sus descendientes, lo que los mueve a procurar su bienestar”. Pero añade que “*quien resulta verdaderamente protegido por el ascendiente que se acoge a esta modalidad de disposición mortis causa no es el incapaz mental ni el impúber, sino su sustituto, quien no habría heredado ab intestato los bienes del menor o incapaz sino porque el ascendiente decidió hacer uso de ella*”. Ibid., pág. 660. En definitiva, GONZÁLEZ TEJERA recomienda expresamente la supresión de la sustitución pupilar y de la sustitución ejemplar de nuestro ordenamiento jurídico. Ibid., pág. 663».*

41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria, podría haber sido el marco propicio para dichas aclaraciones y reformulaciones, que además de garantizar la seguridad jurídica que todas las normas nos deben proporcionar, podrían haber servido para revitalizar esta institución en orden a la función que a nuestro modo de ver debe cumplir: ser un instrumento a favor de los padres para la mejor protección de sus hijos incapaces cuando aquéllos falten.

En fin, con ser importantes las medidas de protección de incapaces introducidas en nuestro Derecho Sucesorio por esta Ley 41/2003 (2), nos detenemos en la sustitución ejemplar, institución ya clásica en nuestro Derecho (3) y que ha permanecido inmodificada tras la reforma.

(2) Destaca, sin duda, la reforma de los artículos 808 y 813 del Código Civil, por la que pasa a permitirse, cuando ello beneficie a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado, que el testador grave con sustitución fideicomisaria la legítima estricta (verdadera quiebra del principio de intangibilidad de la legítima). Otras reformas operadas son la configuración como causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder abintestato el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida, entendiéndose por tales los alimentos regulados por el Código Civil (y ello, aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlos); se ha reformado el artículo 822 del Código Civil, mejorándose el trato a las donaciones o legados de un derecho de habitación realizados a favor de las personas con discapacidad que sean legitimarias y convivan con el donante o testador en la vivienda habitual objeto del derecho de habitación; se ha reformado el artículo 831 del Código Civil, sobre delegación de la facultad de mejorar, de tal modo que se posibilita al testador que en su testamento pueda conferir al cónyuge superviviente amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y, por último, se introduce un nuevo párrafo al artículo 1.041 del Código Civil, a fin de evitar traer a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad.

(3) Nos centraremos en este estudio en la sustitución ejemplar del artículo 776 del Código Civil, es decir, en la institución tal como viene regulada en las normas de Derecho Sucesorio común. En los diferentes Derechos forales la institución tiene diversa naturaleza. Así, es concebida como sustitución fideicomisaria o gravamen de restitución en la Ley 227 del Fuero Nuevo de Navarra (*«Se considerarán sustituciones fideicomisarias las que disponga un ascendiente en los bienes por él dejados a su descendiente en el caso de que éste fallezca antes de llegar a la pubertad o de que, habiendo sido declarado incapaz por enajenación mental, no haya otorgado testamento válido»*), o como institución autónoma en Cataluña y Baleares, donde se trata de dos disposiciones del causante: una especial sustitución preventiva y una designación de heredero (o legatario) de otra persona, ambas sometidas a la condición de que el sustituido muera en estado de incapacidad. Vid., GARRIDO MELERO, M., «Los fideicomisos», en *Instituciones de Derecho Privado*, t. V, vol. 1.º, coord. por J. F. DELGADO DE MIGUEL, Madrid, 2004, págs. 894 y sigs.

II. LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR. ORÍGENES HISTÓRICOS

Los artículos 775 y 776 del Código Civil se refieren, respectivamente, a las figuras de la sustitución pupilar y ejemplar (4), recogiendo dos instituciones de origen romano previstas para evitar que impúberes e incapaces, no pudiendo otorgar testamento válido, fallecieran sin heredero designado, lo que en Roma era muy desfavorablemente valorado, incluso como un supuesto de infamia.

El artículo 775 del Código Civil dispone que los padres y demás ascendientes puedan nombrar sustitutos a sus descendientes menores de catorce años (edad mínima para testar), de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad. Es la llamada sustitución pupilar. Basta examinar la correspondencia de este precepto con el tenor del artículo 663 del Código Civil para comprender su sentido originario: después de los catorce años el sustituido podrá otorgar testamento y la sustitución quedará automáticamente sin efecto.

Por su parte, el artículo 776 del Código Civil previene que pueda el ascendiente nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años que, conforme a Derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental. Es la denominada sustitución ejemplar o cuasipupilar, porque nació «a imitación o ejemplo» de la anterior. La disposición se ha de coordinar también con el artículo 663.II del Código Civil y, por ello, dispone el artículo 776.II del Código Civil que la sustitución queda sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón.

En su origen romano esta sustitución ejemplar o cuasipupilar no era más que una extensión de la pupilar, llamada por ello, como dijimos, ejemplar (*ad exemplum pupillaris substitutionis*). Suponía el nombramiento, con iguales efectos jurídicos que en la pupilar, por parte del *pater* de un sustituto al *filius* enfermo mental y, por tanto, incapaz de testar para el caso de que muriese en tal estado de incapacidad (5). Esta sustitución ejemplar surgió en época imperial. Paulo habla de un padre que tenía un hijo mudo, incapaz por ello de hacer testamento, que obtuvo del príncipe la autorización para nombrar a un tercero sustituto del hijo, modelándose la figura sobre la sustitución pupilar. Este privilegio que podía concederse en el Derecho clásico caso por caso, se convirtió en instituto estable y general en el Derecho Justiniano (Justiniano explica la introducción de este tipo sustitutorio en su *Instituta* y en el *Codex*, exponiendo que por razones de humanidad estableció, renovada,

(4) Conviene precisar que actualmente la doctrina considera que estamos ante una única institución. Vid., por todos, SCAEVOLA, *Código Civil*, t. XIII, Madrid, 1943, pág. 600, y ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 50.

(5) Vid., BIONDI, B., *Sucesión testamentaria y donación*, Barcelona, 1960, págs. 271 y 272.

esta sustitución hereditaria *ad exemplum pupillaris*) (6), concediéndose al ascendiente (no se requería la *patria potestas*, por lo que la sustitución podía ser ordenada por la madre) la facultad de nombrar un sustituto a su propio descendiente enfermo mental (7).

Las Partidas recogerían ambas sustituciones con su sentido romano, tratándolas unitariamente y refiriéndose a la ejemplar en estos términos: «*Exemplar sustitucion diximos que es aquella que pueden fazer los padres é las madres a sus fijos, que son locos, o sin memoria*», bien entendido que si el sustituto «*oviere fijo o nieto, o alguno de los otros que descenden por derecha línea dél, devenlos sustituir en su lugar, é non otros. E si alguno destos non oviere, estonce le pueden dar sustituto a su hermano si lo oviere: e si non oviere hermano, puedenle dar por su sustituto otro extraño. E tal sustitucion como esta es dicho exemplar, porque es fecha a semejanza, e a exemplo de la pupilar*» (Ley 11, Tít. V, 6.º). El Proyecto de Código Civil de 1851 las suprimió, si bien aceptó la sustitución fideicomisaria, que rechazó en general, para el caso de morir el heredero impúber.

III. EL ÁMBITO OBJETIVO DE LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Existen dos teorías en nuestra doctrina en orden a identificar el objeto de la sustitución ejemplar —también de la pupilar— una vez llegado el momento de su efectividad por fallecer el descendiente sustituido. Para la primera de ellas, «tesis amplia», el llamamiento del sustituto abarcaría todo el patrimonio del descendiente sustituido (la sustitución ejemplar vendría a entenderse como un testamento otorgado por el sustituyente *en representación* del sustituido) (8) y, para la segunda, llamada «tesis restrictiva» o de la sustitución, el llamamiento del sustituto abarcaría sólo la porción en la que el sustituyente instituyó al descendiente sustituido (*sustituir*, en este caso, vendría a significar la designación de un sucesor, en segundo lugar, para el propio sustituido).

(6) Vid., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, t. I, Barcelona, 1995, pág. 474.

(7) Vid., BIONDI, B., *op. cit.*, pág. 272.

(8) Para ROCA SASTRE: «*en las sustituciones pupilar y ejemplar, más que una verdadera sustitución hay que ver una autorización legal al ascendiente para designar testamentariamente heredero al descendiente*», sería «*una designación de heredero por comisario legal*» (vid., ROCA SASTRE, R. M., *Notas a Kipp (Enneccerus)*, t. V, 1.º, Barcelona, 1976, pág. 283). Para ALBALADEJO: «*Sustituir (en el sentido de pupilar o ejemplar) significa que el testador instituye heredero en una herencia que no es la suya, es decir, que testa por otro, nombrando un heredero para éste y no para sí*» (vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 49).

yente) (9). Esta fijación del objeto de la sustitución, distinto según la tesis que sigamos, no es sólo una cuestión de índole dogmática, sino de gran trascendencia práctica, como explicaremos. Por ello, merece la pena que nos detengamos en este punto.

En una primera aproximación cabría considerar que el Código Civil no ha hecho más que recoger la tradición del Derecho romano y que ambas sustituciones vienen a presentarse como una designación de heredero por comisario legal, ya que se trata de un ascendiente que por autorización general de la ley designa por testamento un heredero a su descendiente para el caso de que éste muera antes de llegar a la edad de catorce años, o de que muera después de haber sido declarado incapaz por enajenación mental sin dejar testamento (10). Así las cosas, parece que el Código hubiera seguido las orientaciones de las Bases 1.^a y 16.^a de la Ley de Bases, recogiendo el sentido histórico de estas instituciones (11), como parecería haberlo entendido una primera línea jurisprudencial (SSTS de 6 de febrero de 1907, 2 de diciembre de 1915 y 10 de diciembre de 1929).

Esta posición, que partiría de la idea de que el ascendiente realiza el testamento por el descendiente, se traduce en una consecuencia básica: el ascendiente puede disponer de todos los bienes del descendiente sustituido y no sólo de los que el propio ascendiente le deje en el testamento. Estaríamos, pues, ante un auténtico testamento sustitutorio. Esta manera de concebir la institución se considera como «tesis amplia» —en tanto la sustitución ejem-

(9) *Ibidem*, pág. 62.

(10) Como entiende ROCA-SASTRE MUNCUNILL: «*el fundamento o finalidad de las sustituciones pupilar y ejemplar es evitar la apertura de la sucesión intestada, es decir, impedir el automatismo de sus normas, por parecer en principio más lógico y natural que el destino post mortem del caudal relicto del impúber o incapaz sea pensado y no automático, y que sean sus propios padres o ascendientes quienes determinen la trayectoria sucesoria de los bienes, apartando la aplicación de todo criterio apriorístico o preordenado simplísticamente por el legislador. Precisamente en el caso de menores de catorce años o de incapacitados, al no poder testar (art. 663. 1.º y 2.º del CC), se suple con dichas sustituciones su falta de testamentificación activa (sentencias de 2 de diciembre de 1915, 10 de diciembre de 1929 y 10 de junio de 1941). Esta justificación de tales sustituciones es válida tanto cuando las mismas actúan como propias sustituciones como cuando son disposiciones testamentarias hechas por los ascendientes respecto de los bienes propios del menor o incapaz, pues en el primer caso el sustituyente quiere que su descendiente sea heredero, pero no quiere que fallezca intestado respecto de los bienes heredados, y en el segundo la ley autoriza al ascendiente para testar por el menor o incapacitado para evitar la sucesión intestada respecto de sus bienes propios*». Vid., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *op. cit.*, pág. 475.

(11) Así lo considera claramente TRAVIESAS —refiriéndose a la sustitución pupilar—, para quien «*la finalidad de la institución y la razón de que sean los ascendientes quienes nombren sustitutos pupilar, son las mismas que en el Derecho romano*», añadiendo más tarde: «*El sentido de la ley no es distinto de nuestra tradición jurídica, mientras no haya una norma de derecho que lo excluya*». Vid., MIGUEL TRAVIESAS, M., «Sustituciones hereditarias», en *Revista de Derecho Privado*, 1927-1928, págs. 409 y 410.

plar implica la institución de heredero del incapaz por parte del ascendiente respecto de todos los bienes del descendiente incapaz—, a la que se ha contrapuesto la llamada «tesis restrictiva» que considera que el ascendiente únicamente puede nombrar sustituto del incapaz respecto de los bienes que aquél —el ascendiente— deja en testamento a su descendiente incapaz.

Para los partidarios de la «tesis amplia» (12), la utilidad de la figura cobra especial significado, por cuanto permite que el padre o madre del incapaz puedan «testar por él», de tal modo que no se vea abocado a morir intestado. La adopción de esta teoría comporta, como señala ROCA-SASTRE MUNCUNILL, un *doble juego*, en el sentido de que el sustituyente tiene una propia *facultad de sustitución* del descendiente impúber o incapaz y, además, una *facultad de designación de herederos o sucesores* para el mismo descendiente, según se trate de la propia herencia del ascendiente que haya de hacer tránsito al descendiente sustituido o de la herencia propia de éste (13). Estas disposiciones testamentarias, continúa el mismo autor, *no son independientes*, en el sentido de que el sustituyente pueda ejercitar sólo la facultad de sustitución y no la facultad de ordenar la sucesión de los bienes propios del descendiente o viceversa, pues en todo caso es *necesaria la primera disposición* (sustitución) *para la validez de la segunda* (cuestión distinta será que descendiente sustituido no cuente con patrimonio privativo) (14).

Resumimos y sistematizamos a continuación los principales argumentos de los partidarios de la «tesis amplia»:

Como argumento de tipo histórico, sostienen los partidarios de esta teoría que es la que mejor recoge el sentido en que la institución fue entendida en el Derecho romano y en las Partidas —que, con sus reformas, constituía el Derecho vigente al promulgarse el Código Civil—, debiéndose mantener dicho sentido en la interpretación que se haga del Código, pues la Ley de

(12) Sin ánimo de resultar exhaustivos, esta «teoría amplia» se ha defendido por ALBALADEJO (ALBALADEJO GARCÍA, M., «La sucesión *iure transmissionis*», en *Estudios de Derecho Civil*, Barcelona, 1955; *Sustituciones...*, cit.; «Las sustituciones fideicomisarias puras, a término y condicionales, etc.», en *Revista de Derecho Privado*, 1979; «Destino de las acciones nuevas suscritas con las viejas fideicomitidas», en *Revista de Derecho Privado*, 1982; *Curso de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, t. V, Barcelona, 1982 y *Comentarios...*, cit.); DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *op. cit.*; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Comentario al artículo 775», en *Comentario del Código Civil*, t. 4, dir. por I. SIERRA GIL DE LA CUESTA, Barcelona, 2006, y *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, Las Rozas (Madrid), 2004; ROCA SASTRE, R. M., *Estudios de Derecho Privado*, II, Madrid, 1948; ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho Sucesorio* «mortis causa», Sevilla, 1951; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *op. cit.*; SANTOS BRIZ, J. (dir.), *Tratado de Derecho Civil*, t. VI, Barcelona, 2003; MIGUEL TRAVIESAS, M., *op. cit.*; VÁZQUEZ GUNDÍN, E., «La sustitución ejemplar», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1942, y YEDÓ YAGÜE, F., *Derecho de Sucesiones*, vol. II, 2.ª parte, Bilbao, 1991.

(13) Vid., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *op. cit.*, pág. 476.

(14) *Ibidem*, pág. 477.

Bases ordenaba recoger el sentido histórico de las instituciones, lo que nos conduciría a la «tesis amplia», en la medida en que el Derecho romano y las Partidas admitían que el sustituyente pudiera instituir sustituto en todos los bienes del sustituido, no sólo en los que le dejara el sustituyente (15).

Como argumento que podemos considerar «lógico-funcional», los partidarios de la «tesis amplia» argumentan que si no se entendiera que el sustituyente puede disponer de todos los bienes del sustituido la figura no tendría sentido, pues estas sustituciones habrían quedado reducidas a una sustitución vulgar (si no heredó el sustituido) o fideicomisaria (si éste heredó), por lo que sobrarían los artículos 775 y 776 del Código Civil (16). De hecho, el mismo efecto que se pretende a través de la sustitución ejemplar se podría conseguir con la sustitución fideicomisaria (así, v.gr., el padre, en lugar de recurrir a la sustitución ejemplar podría optar por instituir un fideicomiso sobre los bienes que deje a su hijo incapaz), lo que comportaría que dos instituciones sirvan para alcanzar el mismo fin. Según los partidarios de la «tesis amplia», al no ser concebible que dos instituciones sirvan para lo mismo, será necesario buscar otro sentido a la sustitución ejemplar; sentido que ellos encuentran desde el momento que se admite que la sustitución ejemplar puede comprender todos los bienes del incapaz, no únicamente los que le deje el testador (17). También como argumento que podemos calificar como «lógico», indica TRAVIESAS que si, como permite el artículo 776 del Código Civil, el incapaz revoca el testamento sustitutorio durante un momento de lucidez o tras haber recobrado la razón, realmente está revocando su propio testamento, pues «*revocar el testamento ajeno, en el sistema del Código, no es anómalo, es absurdo*» (18).

Por otra parte, como argumento sistemático, consideran los partidarios de la «tesis amplia» que los artículos 775 y 776 del Código Civil, referidos a las sustituciones pupilar y ejemplar respectivamente, han de ser cohonestados con el artículo 777 del Código Civil (dispone que no podrá perjudicarse la legítima de los herederos forzosos del sustituido); norma que piensa en los bienes del incapaz y no en los del testador (19). En la medida en que el artículo 777 del Código Civil protege —como se desprendería del sentido

(15) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., *passim*, y OSSORIO MORALES, J., *Manual de Sucesión Testada*, Granada, 2001, pág. 195.

(16) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., págs. 61, 71 y 76.

(17) Vid., MIGUEL TRAVIESAS, M., *op. cit.*, pág. 411; BALLESTER, P., «Comprensión de la sustitución pupilar», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1928, t. 152, núm. V, pág. 532; CÁRDENAS, L., *op. cit.*, pág. 926, y OSSORIO MORALES, J., *op. cit.*, pág. 196.

(18) Vid., MIGUEL TRAVIESAS, M., *op. cit.*, pág. 411.

(19) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 61; OSSORIO MORALES, J., *op. cit.*, pág. 195; Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Madrid, 2003, pág. 378, y MIGUEL TRAVIESAS, M., *op. cit.*, pág. 413.

lógico de sus palabras— la legítima debida por el sustituido, necesariamente ha de interpretarse que la disposición del sustituyente tendrá por objeto la herencia de aquél y no la suya propia (20).

También como argumento sistemático, indica OSSORIO MORALES que el artículo 813 del Código Civil impide al testador, cuando tenga herederos forzosos, imponer sobre la porción legítima gravamen, condición *ni sustitución de ninguna especie*. Resultaría de ello que si la sustitución pupilar fuese un acto de testamentifacción propia de quien la ordena, sólo a la parte de libre disposición podrían quedar reducidas las sustituciones pupilar y ejemplar, pero lo cierto es que el Código no limita el alcance de estas sustituciones a la porción de libre disposición del testador que recaiga en el instituido, sino que surte también efecto sobre lo que el impúber o incapaz adquieran como legítima, lo que se debería —considera OSSORIO MORALES— a que el legislador no trata estas sustituciones como disposiciones de la herencia del ascendiente, sino como normas de la sucesión del incapaz (21).

Hemos de añadir que con la entrada en vigor de la Ley 41/2003 este argumento sistemático se habría visto reforzado, pues tras la modificación introducida por esta Ley en el artículo 808 del Código Civil, al que se remite el artículo 813 del CC, se ha pasado a admitir la posibilidad de gravar la legítima estricta con sustitución fideicomisaria a favor del hijo incapacitado judicialmente, precisamente en razón de la mayor protección que ha de procurarse al incapaz. Cabe pensar que si la tesis a que respondiera la sustitución ejemplar fuera distinta de la amplia a que venimos refiriéndonos, el legislador hubiera modificado el instituto, en el sentido de precisar que la sustitución ejemplar podrá ordenarse no sólo sobre la parte de libre disposición del sustituyente, sino también sobre la parte de legítima. Que el artículo 776 del Código Civil no haya sido modificado por la Ley 41/2003 puede deberse a que el legislador considera que las sustituciones pupilar y ejemplar no vienen limitadas a la parte de libre disposición del sustituyente —como habrían de limitarse si seguimos la «tesis restrictiva»— pues si hubiera considerado que

(20) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 61. Para DE LA CÁMARA (*op. cit.*, pág. 135) el artículo 777 del Código Civil sería la mejor confirmación para la «tesis amplia», pues sólo es entendible en tanto las sustituciones pupilar y ejemplar se extiendan a todos los bienes que el sustituido deje al morir, y ello por dos razones: los herederos forzosos del sustituido pueden no serlo del testador, y, sobre todo, en la legítima de los herederos forzosos del sustituido computan no solamente los bienes que el testador le haya dejado, sino todos los que constituyan el patrimonio del sustituido a su fallecimiento, bienes que, obviamente, pueden tener otra procedencia. En el plano formal y de seguirse esta teoría, remarca DE LA CÁMARA, el Notario autorizante del testamento tendría que mandar dos partes al Registro General de Actos de Última Voluntad, uno del testador sustituyente y otro del sustituido, ya que éste, según esta orientación, no moriría intestado, puesto que se trata de su testamento hecho por comisario legal.

(21) Vid., OSSORIO MORALES, J., *op. cit.*, págs. 195 y 196. Participa de esta misma opinión ALBALADEJO (*Comentarios...*, cit., págs. 61 y 62).

así vienen limitadas, es decir, si hubiera considerado que el instituto se construye con el ámbito objetivo preconizado por los partidarios de la «tesis restrictiva» parece que en la misma medida en que se ha modificado el artículo 808 del Código Civil para permitir la posibilidad de gravar la legítima estricta con sustitución fideicomisaria a favor de un incapacitado, se habría precisado que el sustituyente, en el caso de sustitución ejemplar al menos, podría ordenar la sustitución no sólo de lo que al sustituido pudiera dejar como libre designación, sino también sobre lo que como legítima —aun la estricta— pudiera dejarle. Sin embargo, al no haberse introducido precisión alguna en este sentido al hilo de la reforma de los artículos 808 y 813 del Código Civil, bien pudiera pensarse que el legislador considera que cuando el sustituyente ordena una sustitución ejemplar no está designando un sucesor en segundo lugar (sucesivo) para el propio sustituyente (presupuesto de la «tesis restrictiva») sino disponiendo de la herencia del sustituido (presupuesto de la «tesis amplia»), supuesto este último en que no sería necesario modificar el artículo 776 del Código Civil a la par que los artículos 808 y 813 del CC, pues sin modificarse ya se estaría permitiendo al sustituyente disponer de todos los bienes del sustituido —incluidos los que éste reciba como legítima estricta del sustituyente— al estar ante un testamento que, en sentido material, no es tanto propio del sustituyente como del sustituido.

Por último, ALBALADEJO remarca, como argumento comparado, que la «tesis amplia» tiene un magnífico refuerzo en la Compilación catalana (22), cuyos artículos 156 y siguientes acogen las sustituciones pupilar y ejemplar dándoles la extensión que la «tesis amplia» defiende para las del Código, de donde resulta: por un lado, que no hay razón para rechazar por anticuada en el Derecho común una figura que recientemente habría confirmado otro Derecho español vigente; y, por otro, que con situaciones actuales y Derechos históricos paralelos, en cuanto ahora importa, tampoco se vería por qué se ha de desechar para el Derecho común la «tesis amplia», que acoge el catalán (23).

Esta posición («tesis amplia») ha sido contestada por la doctrina. El argumento principal que se esgrime para ello —quizá es ésta la mayor debilidad de la «tesis amplia»— es que entender la sustitución ejemplar como un testamento otorgado por el sustituyente en representación del sustituido (entendiendo por *sustituir*, en este caso, el *disponer de la herencia del sustituido*) choca con el carácter personalísimo que al testamento se atribuye en nuestro Derecho (24) (establece el art. 670.I del CC que: «*El testamento es un acto personalísimo*»:

(22) Actualmente la referencia debe hacerse a la Ley 40/91, de 30 de diciembre (Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña).

(23) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 62.

(24) ALBALADEJO destaca que el argumento básico de los partidarios de la «tesis restrictiva», que habría sido recogido por la STS de 20 de marzo de 1967, es precisamente

no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario») (25). A partir de esta objeción principal (26) se desarrolla la conocida como «tesis restrictiva» o de la sustitución, que defiende una corriente doctrinal (27).

Tras un primer apunte de esta línea marcado por DE BUEN, Jerónimo LÓPEZ desarrolló los argumentos que permiten sostener la llamada «tesis res-

éste, en el sentido de que «siendo principio básico del Código el carácter personalísimo del testamento, sin que se diga expresamente no se puede admitir la excepción consistente en que los ascendientes puedan testar por los descendientes en el caso de los artículos 775 y 776». Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., págs. 64 y 65.

(25) Consideramos que ésta es la mayor debilidad argumental de la «tesis amplia», aunque otras objeciones posibles también han contribuido a que se desarrollase el cuerpo argumental sobre el que se sostiene la llamada, por contraposición, «tesis restrictiva». Como explica OSSORIO MORALES: «El principal argumento esgrimido en apoyo de esa tesis consiste en invocar el carácter personalísimo del testamento, proclamado por el artículo 670, aduciendo que sólo podría admitirse la excepción que supondría facultar al ascendiente del impúber para testar por él, si expresamente la estableciera el propio Código. También se argumenta diciendo que como la facultad de nombrar sustituto pupilar compete a todos los ascendientes, si se estimara que mediante ella el ascendiente otorga testamento por el impúber, cuyo testamento habría de regular la sucesión de éste, se produciría un conflicto huérfano de solución legal en el caso de que varios ascendientes hicieran uso de esa facultad, a fin de determinar cuál de tales testamentos habría de prevalecer, conflicto que se evita limitando el efecto de cada sustitución a los bienes procedentes de quien la ordenó. Y se defiende también esta tesis con argumentos de tipo histórico, aduciendo que las razones que en el Derecho romano justificaban que el paterfamilias pudiese otorgar testamento por el impúber sometido a su potestad, como, v.gr., el principio *nemo pro parte...*, la gran intensidad de la patria potestad romana (BIONDI) y lo afrentoso que resultaba entonces morir sin un heredero instituido, hoy ya no rigen». Vid., OSSORIO MORALES, J., *op. cit.*, págs. 194 y 195.

(26) Principal pero no única, pues cabe añadir otras (siguiendo a LÓPEZ LÓPEZ, J., «Notas acerca de la naturaleza jurídica de las sustituciones pupilar y ejemplar en el Código Civil español», en *Anuario de Derecho Civil*, t. XI, 1958) como la necesidad de explicar adecuadamente por qué la regulación del Código se separa de la tradicional (en el sentido de que la sustitución pupilar ha dejado de ser atributo de la patria potestad; art. 775 del CC), o la necesidad de encontrar solución al hecho de que la preterición de los herederos forzosos del sustituido (art. 777) no siga la regla general (art. 814) [esta objeción estaría resuelta actualmente tras la reforma del artículo 814 por la Ley 11/1981]; la «tesis amplia» no consigue evitar, por otra parte, que el sustituyente pueda disponer de todos los «bienes» del sustituido (cfr. arts. 659 y 667), es decir, también de los no patrimoniales (disposición sobre el modo de ser enterrado, relativa a los bienes de la personalidad, etc. —objeción propuesta por DE CASTRO, F., *Derecho Civil de España*, II-I, Madrid, 1952, pág. 180, n. 2, núm. 2.º—), porque de otro modo sería inaceptable; por último, la «tesis amplia» se ve forzada a declarar sin aplicación algunos preceptos (así, v.gr., art. 780), rompiendo la armonía del orden en que están situados en el Código, etc.

(27) Sin ánimo exhaustivo, pueden citarse como principales valedores de esta «tesis restrictiva» en nuestra doctrina a DE BUEN, D., *Enciclopedia jurídica española*, voz «Sustitución», t. XXIX, Barcelona, 1964; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, V. Sucesiones*, Madrid, 2004; LÓPEZ LÓPEZ, J., *op. cit.*; MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, t. VI, vol. I, Madrid, 1973; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, t. V, vol. II, Barcelona, 1977; SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*, t. VI, vol. 1.º, Madrid, 1910, y SCAEVOLA, *op. cit.*

trictiva». Admite Jerónimo LÓPEZ que el Código Civil se redactó con el intento de continuar el Derecho común anterior al mismo (28); pero, a partir de ahí, considera que la «tesis amplia» no es más que la reacción ante el pretendido fracaso de la teoría que construye las figuras de la sustitución pupilar y ejemplar como llamamiento de herederos en orden sucesivo («tesis restrictiva» o de la sustitución) (29), siendo posible demostrar —a juicio de este autor— que la configuración de estas sustituciones como establecimiento de herederos en orden sucesivo [sustitución estricta, donde *sustituir* es designar un sucesor, en segundo lugar, para el propio sustituyente] es conveniente y posible en el sistema del Código Civil (30).

En primer lugar, los partidarios de esta «tesis restrictiva» resaltan los obstáculos que la «tesis amplia» presentaría. Estos obstáculos serían los siguientes:

Sin duda el principal obstáculo de la «tesis amplia» es que, como ya dijimos, una excepción al principio del artículo 670 del Código Civil (que consagra el carácter *personalísimo* del testamento) debería ser expresa, mientras que los artículos 775 y 776 del Código Civil (referidos, respectivamente, a las sustituciones pupilar y ejemplar) ni siquiera hablan de testamento. No parecería, por tanto, que pudiera admitirse que la sustitución ejemplar es, en el fondo, un supuesto de «testamento por otro» (en este caso el incapaz). Posiblemente sea éste el argumento más sólido de todos los esgrimidos por los partidarios de la «tesis restrictiva» que esquiva ALBALADEJO diciendo que

(28) Si bien para este autor el valor de este argumento es limitado, pues se funda en que la Ley de Bases dispuso que el Código Civil se formularía sin otro alcance ni propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos del Derecho Histórico español (Base 1.^ª), pero ello no es obstáculo para que el Código pueda haber acogido una configuración de las sustituciones pupilar y ejemplar diversa de la que tenían en aquél, pues la misma Base indica, por ejemplo, que podían adoptarse instituciones nuevas, siempre que tuvieran un fundamento científico o un precedente autorizado en legislaciones propias o extrañas (vid., LÓPEZ LÓPEZ, J., *op. cit.*, págs. 3 y 4, n. 3).

(29) Para Jerónimo LÓPEZ abunda en esta idea de entender la «tesis amplia» no tanto como puesta en valor de las sustituciones pupilar y ejemplar sino más como reacción ante las dificultades de construcción jurídica de la «tesis restrictiva» que, incluso para los principales valedores de aquélla, estas sustituciones se presentan como anticuadas y se reconoce que no han merecido el juicio favorable de la doctrina ni de los Códigos modernos (en este sentido, trae a colación las propias apreciaciones de ALBALADEJO, cuando considera que: «El juicio crítico que merece tanto la admisión por el Código de la sustitución pupilar como de la ejemplar, no parece, sin embargo, que deba ser favorable. De hecho no lo ha sido, al menos en nuestra doctrina moderna. Basta echar una ojeada a la misma para comprobarlo. Igualmente la repulsa de los Códigos actuales a las mismas es general, y se muestra, desconociéndolas, por anticuadas», añadiendo: «A pesar de todo, en la práctica, sus inconvenientes no son mayores que sus ventajas. Y, en todo caso, el uso no excesivo que se hace de las mismas, viene, en mucho, a quitar candencia a unos y otras» —Sustituciones..., cit., págs. 135 y 136—). Vid., LÓPEZ LÓPEZ, J., *op. cit.*, pág. 5 y n. 5.

(30) *Ibidem*.

estamos ante «una excepción al principio de que el testamento es un acto personalísimo» (31); TRAVIESAS, que se trata de un testamento otorgado por virtud de la representación legal (32), y CÁRDENAS, remarcando que el artículo 670 del Código Civil fue dictado pensando en el antiguo testamento por comisario, pero no para prohibir la sustitución pupilar y ejemplar (33). Verdaderamente choca con los términos taxativos del artículo 670 del Código Civil que los artículos 775 y 776 del Código Civil supongan excepción tácita al mismo, pero nada impide que así sea, y no deja de ser menos cierto que tanto en el Derecho romano como en la legislación de Partidas el testamento tenía carácter personalísimo y ello no supuso inconveniente para que acogieran las sustituciones pupilar y ejemplar (34).

Asimismo, destacan los partidarios de la «tesis restrictiva» como obstáculo de tipo funcional que atribuyen a la «tesis amplia», que de admitirse ésta las sustituciones pupilar y ejemplar resultarían superfluas. Siguiendo a Jerónimo LÓPEZ, si se admite que estas sustituciones no sólo surten efecto para el sustituto en el supuesto de que el primer llamado no sea heredero (caso análogo a la sustitución vulgar), sino también en el caso de que llegue a serlo (*plus* que añadirían estas sustituciones frente a la vulgar), no se explicaría por qué han sido reguladas en el Código Civil, pues si lo que el testador pretende es nombrar un segundo heredero para el caso de que el primer llamado no llegue a serlo, puede utilizar la sustitución vulgar, y, si lo que pretende es nombrar un segundo heredero para el supuesto de que sea aceptada la herencia, puede servirse de la sustitución fideicomisaria, condicionando en ambos casos estas sustituciones para que sólo produzcan efecto si el menor fallece antes de llegar a los catorce años o el incapacitado fallece en tal estado sin hacer testamento. Por ello, el contenido de las sustituciones pupilar y ejemplar sería perfectamente inútil e inoperante, habida cuenta que vendría a ser el mismo que compete a la sustitución vulgar o fideicomisaria (35).

(31) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 70.

(32) Señala TRAVIESAS: «En nombre del ascendiente nadie puede otorgar testamento. Pero esto no significa que el testador no pueda disponer de la herencia ajena, por virtud de la representación legal del sustituido que, para este efecto, el Código Civil atribuye al ascendiente. El testamento, acto personalísimo, puede ser testamento para el descendiente, ocurriendo aquí como en todo supuesto de representación: el negocio representativo lo concluye el representante, pero el negocio es para el representado» (vid., MIGUEL TRAVIESAS, M., *op. cit.*, pág. 410). Realmente este argumento resulta escasamente convincente y hace «supuesto de la cuestión», pues precisamente lo que se reprocha a la llamada «tesis amplia» es que parta de considerar que es posible el testamento por representación cuando el Código Civil, en su artículo 670, parece prohibirlo claramente.

(33) Vid., CÁRDENAS, L., *op. cit.*, pág. 827.

(34) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 71.

(35) Vid., LÓPEZ LÓPEZ, J., *op. cit.*, págs. 6 y 7.

Los partidarios de la «tesis restrictiva» también atribuyen a la «tesis amplia» un obstáculo que podemos considerar de aplicación práctica o de insuficiencia normativa, en el sentido de que aplicada dicha teoría a supuestos en que varios ascendientes hubieren nombrado sustituto (la «tesis amplia» presupone dicha facultad como eventualmente concurrente), al no señalarse preferencia entre ellos podrían suscitarse irresolubles problemas si fueran dos o más los sustituyentes (36). De hecho, los ordenamientos donde se admite expresamente —claramente el Derecho Civil catalán— que la sustitución abarque todos los bienes del sustituido (más claramente: que el ascendiente «pueda hacer testamento» por el hijo incapaz abarcando todos sus bienes, no sólo los que dicho ascendiente le dejare), establecen reglas precisas sobre preferencia entre sustituciones, previendo precisamente cómo solucionar la eventual concurrencia de sustituciones ejemplares (del abuelo, padre y madre del incapaz, por ejemplo).

ALBALADEJO, sin embargo, contesta este argumento resaltando que los problemas interpretativos o las lagunas legales, como la que pudiera existir en este punto, no deben condicionar la posición que haya de adoptar el intérprete; como gráficamente señala: *«No es aceptable adoptar una posición buscando apoyo en que sea la más cómoda para el intérprete, en cuanto elimina problemas»* (37). Aun cuando creemos que la objeción realizada por los partidarios de la «tesis restrictiva» no se expone buscándose una solución cómoda sino más bien resaltándose el carácter sistemático que toda norma debe contener, es decir, resaltándose que tal vez si la ley no regula el sistema de preferencia entre sustituciones es porque considera que el problema no existe —como ocurriría de acogerse la «tesis restrictiva»—, no es menos cierto que este argumento no puede ser decisivo en un Código que, como de todos es sabido, no es precisamente una obra maestra de técnica y precisión jurídicas. Por esto, en nuestra opinión es tan poco decisivo el argumento consistente en decir que de haberse seguido la «tesis amplia» el Código habría regulado el sistema de preferencia entre sustituciones pupilar y ejemplar para el caso de concurrir varias, como sostener que el Código, sencillamente, se olvidó de regular dicho sistema de preferencia, debiendo comple-

(36) Para CÁRDENAS éste es el mayor escollo con el que tropieza la «tesis amplia»; mayor incluso que la eventual excepción que los artículos 775 y 776 del Código Civil representan frente al carácter personalísimo del testamento (art. 670 del CC). Como él subraya: *«Pero la dificultad suprema en la admisión de las sustituciones de que hablamos para entender comprendidos en ella todos los bienes del menor o incapaz, radica en la generalidad y amplitud de la expresión del Código: “padres y ascendientes”. Si varios de ellos hacen uso del derecho de sustituir no hay reglas de prelación, y cualquier solución que se busque pecará de arbitraria y, lo que es más grave, de imposible aplicación en ocasiones»*. Vid., CÁRDENAS, L., *op. cit.*, pág. 928.

(37) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, *cit.*, págs. 69 y 70.

tarse dicha laguna legal por el intérprete. Y para colmar esta laguna, como puede suponerse, los partidarios de la «tesis amplia» lanzan sus propuestas interpretativas (38).

Así, para TRAVIESAS, la solución al caso de concurrencia de dos o más testamentos sustitutorios, otorgados por distintos ascendientes, debe buscarse en el propio Código Civil, inclinándose porque este criterio sea el mismo que el seguido para ordenar el llamamiento de ascendiente para el desempeño de la tutela (39). DE DIEGO proponía que cada sustituto recibiese los bienes que el menor hubiese heredado del ascendiente que lo nombró, y en los que el menor tuviese de otra procedencia heredarían todos los sustitutos por partes iguales (40). SÁNCHEZ ROMÁN y CASTÁN, para el caso de rechazarse la «tesis restrictiva» coinciden en proponer un sistema en el que el último testamento sustitutorio dejaría sin efecto el anterior (41), lo que resulta criticable, pues pudiera conducir a una «carrera de testamentos sustitutorios» (42). PUIG PEÑA se decantó porque el criterio a seguir fuera el de proximidad en el parentesco (43), prevaleciendo la sustitución ordenada por el sustituyente más próximo, y, si fueran del mismo grado, distribuyéndose

(38) SCAEVOLA, partidario de la «tesis restrictiva», fue particularmente crítico con que este vacío normativo pudiera ser colmado por el intérprete; refiriéndose a la sustitución pupilar afirmó: «Por otra parte, el Código no autoriza directa ni indirectamente el establecimiento de preferencias entre los diversos sustitutos, por lo que para adoptar cualquiera de los criterios indicados (...) se ejercería una facultad puramente legislativa, llenando el vacío que dejó el legislador con disposiciones particulares, todas igualmente arbitrarias, y todas ocasionadas a grandes injusticias. Como no podemos atribuirnos, a título de comentaristas, ni siquiera podrán los Tribunales atribuirse este derecho a legislar, resulta en definitiva que podemos hallarnos ante varios sustitutos pupilares de un mismo impúber, sin medios de determinar entre ellos ninguna preferencia» (*op. cit.*, pág. 582). Estas consideraciones las hace íntegramente extensivas a la sustitución ejemplar (*op. cit.*, pág. 601).

(39) Vid., MIGUEL TRAVIESAS, M., *op. cit.*, págs. 411 y 412.

(40) Vid., CLEMÉNTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho Civil español*, t. III, Madrid, 1959, pág. 159.

(41) Vid., SÁNCHEZ ROMÁN, F., *op. cit.*, pág. 684, y CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil*, t. VI, vol. 2.º, Madrid, 1973, pág. 229.

(42) Como indicara VÁZQUEZ GUNDÍN: «Según unos, deben incluirse todos los ascendientes, indistintamente, pudiendo cada uno de ellos revocar libremente el testamento del anterior; según otros, la revocación, en cuanto a los bienes propios del ascendiente, tan sólo puede hacerla éste, existiendo varios tratadistas para quienes el ascendiente más próximo excluye al más remoto, a la manera de lo dispuesto para la tutela en el artículo 211 del Código», remarcando después: «Sería anormal, irregular, que habiendo ordenado el padre una sustitución ejemplar, viniese cualquiera de los abuelos a derogarla para ordenarla en otra forma, y no digamos nada ya sobre el espectáculo que darían varios ascendientes otorgando y revocando los testamentos y cláusulas sustitutorias». Vid., VÁZQUEZ GUNDÍN, E., *op. cit.*, págs. 155 y 156.

(43) Vid., PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil español*, Madrid, 1954, vol. 1.º, pág. 468. Participa de esta opinión, también, LASARTE (vid., LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, t. VII, Madrid, 2005, pág. 164).

por partes iguales los bienes del sustituido entre los sustitutos. Este criterio también lo sigue ROCA-SASTRE MUNCUNILL (44), aunque precisando que como pueden los varios ascendientes ser del mismo grado, hay que entender que para esta hipótesis sucederán en la herencia del menor o incapaz todos los sustitutos nombrados en las cuotas que resulten de aplicar a los respectivos ascendientes las normas de los llamamientos intestados a favor de éstos (45). Por último, como construcción más acabada, ALBALADEJO considera que estas situaciones de concurrencia se solventan del modo siguiente: De principio, tiene prioridad la sustitución establecida por el ascendiente, según el orden por el que sea llamado por la ley para ejercer la patria potestad o preferido para la tutela o recibir la sucesión intestada del sustituido; con estas puntualizaciones: (i) Dicho orden de preferencia se aplica sólo en caso de incompatibilidad de sustituciones (a diferencia, v.gr., de TRAVIASAS, que lo aplicaba sin más); (ii) Del orden de preferencia son eliminados quienes, en el caso concreto, hayan sufrido pérdida de tipo sancionatorio o precautorio de la patria potestad o de la posibilidad de ser designado tutor o del derecho a la sucesión del sustituido; (iii) En el orden de preferencia ocupa el primer puesto quien efectivamente ejerza solo, si es que la ejerce uno solo, la patria potestad o la tutela; y (iv) Cuando no hay preferencia posible y las sustituciones dispuestas son incompatibles (v.gr., sustituciones ejemplares dispuestas por el padre y la madre sobre todos los bienes), prevalecerá la disposición de cada uno en lo que él dejó al hijo, reduciéndose proporcionalmente en el resto de lo incompatible (46).

Para concluir con este elenco de «obstáculos» que los partidarios de la «tesis restrictiva» reprochan a la «tesis amplia», se recurre al argumento *ad absurdum*, en el sentido de que al seguirse la «tesis amplia» pueden alcanzarse consecuencias absurdas, como que un ascendiente cualquiera —abuelo o bisabuelo— pudiera privar al padre de toda la parte de libre disposición de la herencia de uno de los hijos sustituidos (47). En efecto, esto es una paradoja que no soluciona la llamada «tesis amplia», pues si el sustituyente puede sustituir en todos los bienes del incapaz, podría darse el caso de que

(44) Vid., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *op. cit.*, pág. 482.

(45) Es el sistema que seguía, para la sustitución ejemplar, el artículo 160 de la Compilación de Cataluña. En la misma línea, el actual artículo 176 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre (Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña), establece: «Si varios ascendientes sustituyen ejemplarmente al mismo descendiente, prevalecerá la sustitución dispuesta por el ascendiente difunto de grado más próximo, y si éstos son del mismo grado, sucederán en la misma herencia del incapaz todos los sustitutos ejemplares designados en las cuotas que resulten de aplicar a los respectivos ascendientes las normas del orden sucesorio intestado a favor de éstos. En cualquier caso, los bienes procedentes de cada una de las herencias de los ascendientes que hayan dispuesto la sustitución corresponderán al sustituto ejemplar respectivamente designado».

(46) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 98.

(47) Vid., LACRUZ, *op. cit.*, pág. 291.

el abuelo instituyese determinado sustituto respecto de todos los bienes del sustituido; en ese caso, la parte que el padre del incapaz recibirá como legionario de éste es indisponible, pero ¿qué ocurre con el tercio de libre disposición?, iría a parar al sustituto en lugar de al padre del incapaz, luego el abuelo habría podido «disponer» del tercio de libre disposición de la herencia del hijo «sustrayéndolo» del caudal que terminaría recibiendo el padre, lo que no parece muy lógico. Aun cuando esta situación ciertamente es posible de admitirse la «tesis amplia», ALBALADEJO remarca que esta *alegación* no es *argumento*, pues no consiste sino en mostrar un resultado considerado como injusto, al que se puede llegar utilizando una institución jurídica, y esto es algo que ocurre no sólo con esta institución sino con todas (48).

Por otra parte y, además de mostrar los «obstáculos» a que nos hemos referido, contestando estos partidarios de la «tesis restrictiva» los argumentos de los partidarios de la «tesis amplia», señalan lo siguiente:

En cuanto al argumento histórico, sostenido por los partidarios de la «tesis amplia», mantienen los partidarios de la «tesis restrictiva» que si bien es cierto que la Ley de Bases ordenaba recoger el sentido histórico (lo que en principio conduciría a la «tesis amplia», pues el Derecho romano y la legislación de Partidas admitían que el sustituyente pudiera instituir sustituto en todos los bienes del sustituido, no sólo en los que le dejara el sustituyente), también lo es que ordenaba atenerse al Proyecto de 1851 (que no recogía todas las instituciones históricas pues, por ejemplo, suprimió las sustituciones fideicomisarias) (49) y la misma Ley de Bases admite que ciertas soluciones que tengan base en la doctrina moderna puedan ser incorporadas cuando tuviesen aceptación en la doctrina y en la jurisprudencia, por lo que el argumento histórico ha de ser relativizado en su importancia, de tal forma que no es válido sostener sin más que es preciso mantener el sentido de las instituciones tal como se entendían en el Derecho romano y en nuestro Derecho histórico. Así, para Jerónimo LÓPEZ el Código Civil habría seguido el criterio normal en la época de la codificación, esto es, el abandono de las sustitucio-

(48) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 73.

(49) En cualquier caso, conviene aclarar que el Proyecto de 1851 suprimió las sustituciones fideicomisarias, fiel al contexto desamortizador propio de su época y a su idea liberal de suprimir las vinculaciones perpetuas y mayorazgos, pero pese a la prohibición general de las sustituciones fideicomisarias mantuvo, como excepción, un tipo de sustitución fideicomisaria para menores: el testador podía establecer un fideicomiso sobre los bienes de libre disposición para el caso de que el fiduciario muriese impúber. Establecía el artículo 629 del Proyecto: «*la sustitución de heredero en segundo o ulterior grado para el caso de que el nombrado en grado anterior no quiera o no pueda aceptar la herencia, es la única sustitución reconocida por la ley, salvo lo dispuesto en el artículo 638*». Dicho artículo 638, en su párrafo segundo, establecía: «*Puede también el testador dar sustituto en los bienes de libre disposición al heredero impúber, para el caso que éste muera antes de llegar a la pubertad*».

nes pupilar y ejemplar entendidas en aquel tiempo, sobre la base del Derecho romano, como nombramiento de heredero para otro o disposición de una herencia ajena, acogiendo el ejemplo de las legislaciones que establecen para los supuestos de las mismas, bien la mera posibilidad de nombramiento de herederos en orden sucesivo o bien, admitido ya esto, una posición privilegiada para estos casos; se habría tratado con ello de evitar las consecuencias más graves a que conducía la política entonces al uso de prohibición o fuerte restricción de las sustituciones fideicomisarias (50).

Pero este razonamiento se ve contestado por los partidarios de la «tesis amplia» con argumentos perfectamente atendibles. Para ALBALADEJO, el Proyecto de 1851 sólo debió ser tomado por modelo del Código en cuanto reflejara nuestro Derecho histórico, que no se pretendió innovar sino regularizar, aclarar y armonizar (Base 1.^a), luego el Código no tuvo por qué seguir el Proyecto de 1851 en una materia en que éste desconocía nuestro Derecho histórico. Por otra parte, el Proyecto no reguló las sustituciones pupilar ni ejemplar, sino que únicamente, como excepción (la regla general recordamos que fue la prohibición de sustituciones fideicomisarias) previó un especial supuesto de sustitución *fideicomisaria* para impúberes, no un supuesto de sustitución *pupilar* restringida en cuanto a los bienes. En definitiva, el Código Civil mantiene las sustituciones pupilar y ejemplar que no contenía el Proyecto y, a su vez, hubiera resultado inútil la excepción —contenida en el Proyecto— de mantener una sustitución fideicomisaria específica para impúberes cuando el Código permite las sustituciones pupilar y ejemplar (51).

(50) Vid., LÓPEZ LÓPEZ, J., *op. cit.*, pág. 11.

(51) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., págs. 68 y 69. Para Jerónimo LÓPEZ, profundizando en la *voluntas legislatoris*, el hecho de que la Base 16.^a indique que se reformará la regulación de las sustituciones fideicomisarias, lo que haría pensar que los demás tipos de sustitución no se alteran [cfr. ALBALADEJO, *Sustituciones...*, cit., págs. 133 y 159], no es un argumento convincente, pues la Base 16.^a estaría en íntima relación con la 15.^a, que determina que el tratamiento de las sucesiones del entonces futuro Código Civil debía ajustarse en sus principios capitales a los acuerdos adoptados en el seno de la Comisión General de Codificación en noviembre de 1882. Dichos acuerdos se referían, entre otros temas, a las sustituciones fideicomisarias, y por ello la Base 16.^a hace referencia a ellas. El hecho de que no se diga nada acerca de las sustituciones pupilar y ejemplar no quiere decir que se siga la concepción tradicional, lo único que permitiría suponer es que no fueron necesarios especiales acuerdos para señalar cuál había de ser su regulación, lo que tanto puede deberse a que se aceptase continuar en su esencia la línea del Derecho Común anterior al Código Civil, como, por ejemplo, a la circunstancia de que hubiera indudable conformidad general acerca de seguir el criterio entonces imperante en los contados Códigos Cíviles que aún admitirían tales sustituciones, es decir, configurarlas como llamamiento de herederos en orden sucesivo. Pudo ocurrir también que no fuese tratado el tema en aquellas reuniones por poco importante, dada la finalidad de éstas: establecer un acuerdo con los foralistas sobre las bases fundamentales de la futura regulación (vid., LÓPEZ LÓPEZ, J., *op. cit.*, pág. 4, n. 3). Por todos estos caminos (y habría más), considera Jerónimo LÓPEZ que se puede llegar a la conclusión de que no es la Base 15.^a, sino la 1.^a, la que debe tenerse en cuenta, por lo que se refiere a las sustituciones en

Cuestión distinta pero directamente relacionada con la que examinamos, es si el respeto al sentido histórico de la institución debe ser mantenido. Como es fácil suponer, los defensores de la «tesis restrictiva» no son muy partidarios, remarcando que la institución se revela anticuada si su objeto se determina como consideran los partidarios de la «tesis amplia», pues frente a los antecedentes de las Partidas y el Derecho romano se alzaría la realidad de haber desaparecido el ambiente histórico (la patria potestad como poder absoluto, las concepciones éticas y familiares y las circunstancias políticas y sociales) en que se gestaron estas instituciones (52). Consideran estos autores que se le estaría dando a la institución un sentido historicista que no parecería propio de nuestro sistema donde la sucesión intestada no está tan desvalorada como en el Derecho romano (precisamente esto mismo explicaría la pervivencia en Derecho catalán de la institución en el sentido propugnado por los partidarios de la «tesis amplia», en tanto tal Derecho está mucho más romanizado que el común).

Asimismo, los partidarios de la «tesis restrictiva» han contestado el argumento que denominábamos «lógico-funcional», sostenido por los partidarios de la «tesis amplia». Recordamos que para estos últimos, si no se entendiera que el sustituyente puede disponer de todos los bienes del sustituido la figura no tendría sentido, pues el mismo efecto que se pretendería conseguir a través de la sustitución ejemplar se podría alcanzar con la sustitución fideicomisaria (por esta razón reprochaban a la «tesis restrictiva» que reducía las sustituciones pupilar y ejemplar a una fideicomisaria con la vulgar implícita si no heredó el sustituido); además que con tal restricción *«una persona —el sustituido— puede dejar sin efecto (art. 776.II del CC) la disposición del sustituyente que se refiere sólo a los bienes de éste: un testamento es dejado sin efecto por otro de persona distinta»* (53). Como decimos, los partidarios de la «tesis restrictiva» han contestado el argumento lógico-funcional de los valedores de la «tesis amplia», resaltando para ello los particulares caracteres de la sustitución fideicomisaria y, con ello, la imposibilidad de reducir las sustituciones pupilar y ejemplar a una sustitución fideicomisaria con vulgar implícita aun cuando la tesis que se siga respecto del objeto de la sustitución

examen, y la Base 1.^a permitía (por diversos procedimientos) que se alterase la naturaleza jurídica de las mismas. Frente a este argumento, para ALBALADEJO (vid., *Comentarios...*, cit., pág. 74), que la Base 15.^a no mencione específicamente la conservación —en el sentido histórico— de las sustituciones pupilar y ejemplar es un argumento débil, pues, por un lado, tampoco menciona a la vulgar, de cuya conservación en el Código no cabe duda; y, por otro lado, la Base 16.^a dispone la reforma de la sustitución fideicomisaria, lo cual presupone —a contrario— el mantenimiento del *statu quo* de las demás.

(52) Vid., LACRUZ, *op. cit.*, pág. 291.

(53) *Ibidem*, pág. 292. A juicio de LACRUZ, la segunda objeción es acaso contradictoria con la primera, pues si el sustituido puede dejar sin efecto la sustitución (cosa que ocurriría cualquiera que sea la tesis que se siga) ya no puede tratarse de una sustitución fideicomisaria típica, a la que el fiduciario, por sí, nunca puede dejar sin efecto.

sea la restrictiva (54). En efecto, la sustitución fideicomisaria ha de ser dispuesta de manera expresa y con llamamientos expresos (arts. 785 y 783 del CC) bajo pena de nulidad de la disposición (55) (sólo valdría la institución de heredero), habiendo mayor libertad para las otras. Dicho de otro modo, los partidarios de esta «tesis restrictiva» resaltan que no son *intercambiables* las sustituciones pupilar y ejemplar con la fideicomisaria, pues para las primeras, con menores requisitos, la ley dispensa un «trato de favor» (56), además de que la sustitución fideicomisaria no se dispone habitualmente, como las sustituciones pupilar y ejemplar, a fin de evitar las consecuencias del abintestato del sustituido (57); pero sobre todo, resaltan que mientras la sustitución fideicomisaria sujeta a los bienes fideicomitidos a restitución constituyendo éstos entre tanto una masa con propia autonomía y prohibición de enajenar en el patrimonio del fiduciario, las sustituciones pupilar y ejemplar incorporan los bienes de modo mucho más intenso al patrimonio del sustituido, careciendo éste de vinculación a la *restitución* y no habiendo sino un heredero nombrado por el sustituyente (el sustituto) como si lo hubiera hecho el sustituido mismo, con igual falta de todo derecho para ese sustituto mientras no fallezca el sustituido, que es fundamentalmente su causante (58).

Con todo, debemos añadir que tras la entrada en vigor de la Ley 41/2003 y, con ello, la modificación introducida en el artículo 808 del Código Civil, al que se remite el 813 del Código Civil, por la que se ha pasado a admitir la

(54) Vid., LÓPEZ LÓPEZ, J., *op. cit.*, pág. 8 y sigs., y LACRUZ, *op. cit.*, págs. 291 y 292.

(55) La razón de ser de estas normas —una novedad en el Código Civil— no es otra que evitar la «plaga de las sustituciones tácitas». Vid., LÓPEZ LÓPEZ, J., *ibídem*.

(56) Vid., LÓPEZ LÓPEZ, J., *op. cit.*, pág. 10. En este sentido, reprocha a los partidarios de la «tesis amplia» [cfr. ALBALADEJO, *Sustituciones...*, cit., pág. 202, n. 112 bis y autores allí citados] que olviden el trato de favor que suponen las sustituciones pupilar y ejemplar cuando dicen que «para los defensores de la “tesis restrictiva” de la sustitución, es evidente que toda discusión sobre quiénes pueden ser sustituidos (o sustituyentes) y qué requisitos son precisos (impubertad, estar declarado incapaz por enajenación mental), es discusión que huelga, ya que si la sustitución pupilar o ejemplar no pasa de ser una sustitución vulgar o fideicomisaria, es vano exigir que el sustituido sea impúber o que se haya declarado su incapacidad, etc., puesto que no es preciso que se cumplan tales requisitos para nombrarle un sustituto vulgar o fideicomisario...».

(57) Vid., LACRUZ, *op. cit.*, pág. 292. Como apunta también Jerónimo LÓPEZ: «la finalidad de las sustituciones pupilar y ejemplar es diferente de la propia de la sustitución fideicomisaria, pues en aquéllas se pretende impedir que sobrevenga —en los casos concretos que constituyen su supuesto de hecho— la nulidad de la disposición a favor del sustituido a causa del incumplimiento de los requisitos que se acaban de exponer, y también proteger en los mismos casos el razonable deseo del testador de evitar las consecuencias del abintestato de aquél» (vid., LÓPEZ LÓPEZ, J., *op. cit.*, pág. 9).

(58) Vid., LACRUZ, *op. cit.*, pág. 292. Aun más, considera LACRUZ que la menor vinculación de las sustituciones pupilar y ejemplar a la *restitución* propia de las sustituciones fideicomisarias explica precisamente por qué la disposición en el primer caso vale en tanto no se perjudiquen los derechos legítimos de los herederos forzosos, mientras que si fuera el sustituido quien efectivamente testase y hubiera preterición de descendientes o ascendientes, se anularía la disposición (ex art. 814 del CC) (*ibídem*).

posibilidad de gravar la legítima estricta con sustitución fideicomisaria a favor del hijo incapacitado judicialmente, parecería que ahora existe un mayor acercamiento entre la sustitución ejemplar y la fideicomisaria, pues tras esta reforma se va a poder imponer un fideicomiso donde el hijo incapacitado sea fiduciario no sólo respecto de la parte de libre disposición, sino también sobre la legítima, incluso la estricta. Si partimos de admitir la «tesis amplia», el acercamiento entre ambas figuras es evidente, pues hasta ahora una de las principales diferencias prácticas era precisamente que la sustitución fideicomisaria no podía ordenarse sobre la legítima estricta (la mejora podía gravarse con fideicomiso a favor de los descendientes del testador; art. 808.II del CC), mientras que la sustitución ejemplar —si determinamos su objeto tal como postulan los partidarios de la «tesis amplia»— podía ordenarse sobre todos los bienes del sustituido (en la medida en que se trataría de una disposición de la herencia propia del sustituido ordenada por el sustituyente). Sin embargo, si aceptáramos la delimitación objetiva de la sustitución ejemplar tal como defienden los partidarios de la «tesis restrictiva», esto es, asumiendo que al tratarse esta sustitución de una disposición sucesiva del propio sustituyente debe limitarse necesariamente a la parte de libre disposición de éste, la discordancia con la actual sustitución fideicomisaria tras la Ley 41/2003 sería difícil de explicar, pues llegaríamos a la conclusión de que el Código Civil permite alcanzar la finalidad práctica de la sustitución ejemplar (ordenar la sucesión en los bienes del incapaz del modo que mejor convenga al interés de éste) de un modo más amplio recurriendo a la sustitución fideicomisaria —tal como ésta resulta posible tras la reforma— que utilizando la propia sustitución ejemplar (ahora más limitada en su objeto si seguimos la «tesis restrictiva») lo que en la práctica resultaría un verdadero contrasentido.

Por último, los partidarios de la «tesis restrictiva» dan réplica al argumento de los partidarios de la «tesis amplia» que denominábamos «sistemático». Recordamos que, para la doctrina que sigue la llamada «tesis amplia», el artículo 777 del Código Civil, donde se dispone que las sustituciones pupilar y ejemplar, cuando el sustituido tenga herederos forzosos, sólo serán válidas en cuanto no perjudiquen los derechos legitimarios de éstos, viene referido a los bienes del incapaz y no a los del testador (59), en cuanto no podrá perjudicarse la legítima de los herederos forzosos del sustituido (60).

(59) Como ya señalara BALLESTER, no cabe pensar que los herederos forzosos del menor de catorce años o del incapaz tengan acción «por derecho de legítima sobre sus bienes, contra el sustituto nombrado por el ascendiente para los suyos únicamente». Vid., BALLESTER, P., *op. cit.*, págs. 532 y 533.

(60) No obstante, CÁRDENAS matiza que aunque las sustituciones pupilar y ejemplar comprenden todos los bienes del menor o incapaz —«tesis amplia»— su ámbito estaría reducido al solo caso de que no existan herederos forzosos fuera del que ordena la sustitución. Su razonamiento lo apoya en el artículo 777 del Código Civil, del que se desprendería —a su juicio— la preferencia de la legítima frente a la sustitución, de tal modo

Pues bien, frente a esta consideración sostiene LACRUZ, en apoyo de la «tesis restrictiva» que el artículo 777 presupone la restricción de la facultad de sustituir a los bienes del sustituyente, razonando del siguiente modo: «Al referirse [el art. 777 del CC] a los derechos de los herederos forzosos del sustituido, callando sobre los de los legitimarios del sustituyente, quiere decir que los bienes asignados por él al sustituido se cuentan como parte integrante del caudal relicto de este último; y que la distribución que haga de ellos el sustituyente en virtud de la sustitución y entre los sustitutos no podrá impedir que los legitimarios del sustituido reciban en su momento con cargo al caudal relicto, así integrado, la cuantía que legalmente les corresponda» (61). Esta exégesis que del artículo 777 del Código Civil realiza LACRUZ y que puede verse apuntada por Jerónimo LÓPEZ (62), parte de considerar que el artículo 777 del Código Civil presupone que el sustituyente dispone de su propia herencia en orden sucesivo, de tal modo que los bienes objeto de las sustituciones pupilar y ejemplar forman parte del patrimonio del primer llamado (sustituido) —aunque éste no pueda disponer de ellos *mortis causa*— y, al hallarse en su patrimonio, habrán de computarse para el cálculo de las legítimas debidas por dicho sustituido; como quiera que el Código Civil omite referirse a los derechos de los legitimarios del sustituyente, parecería que el artículo 777 del Código Civil da por sentado que existe una disposición en orden sucesivo, que es precisamente la construcción que los partidarios de la «tesis restrictiva» preconizan de las sustituciones pupilar y ejemplar (63). Pero, precisamente por esta razón, el argumento únicamente

que, habiendo legítima, la sustitución únicamente puede comprender la parte libre y, dentro de ésta, únicamente los bienes de procedencia inmediata de quien ordena la sustitución, es decir, que en estos casos de existencia de herederos forzosos no habría una sustitución especial o privilegiada, sino la común que puede ordenar cualquier persona, pues de otra forma —prosigue CÁRDENAS— quedarían perjudicados los derechos legitimarios de los herederos forzosos, en contra de lo dispuesto en el artículo 777 del Código Civil. Vid., CÁRDENAS, L., *op. cit.*, pág. 928.

En nuestra opinión, sin embargo, del deber de respetar las legítimas de los herederos forzosos del sustituido no se desprende, sin más, que no sea posible instituir sustituto *ex artículo 775 ó 776 del Código Civil* cuando estos herederos forzosos existan en el momento de otorgarse el testamento sustitutorio, como parece entender CÁRDENAS. El testamento sustitutorio puede otorgarse aunque estos herederos forzosos existan al momento de otorgarse, pero con el deber de respetar sus eventuales legítimas, sencillamente porque es posible que en el momento de deferirse la herencia ya no existan herederos forzosos, en cuyo caso no habrá legítimas con las que cumplir (por no hablar de supuestos como pago con bienes extrahereditarios —v.gr., propios del sustituyente— de dichas legítimas, que se habrían respetado *ex art. 777 del CC*).

(61) Vid., LACRUZ, *op. cit.*, pág. 294.

(62) Vid., LÓPEZ LÓPEZ, J., *op. cit.*, págs. 7 y 15 a 17.

(63) Remarcamos que éstos vienen a considerar las sustituciones en estudio como la designación sucesiva de un sucesor para el propio sustituyente —o, dicho de otro modo, vienen a considerarlas, en palabras de ALBALADEJO (cfr. ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 56), como «disposición de la herencia del sustituyente»—. Por el contrario, los

sirve si tomamos como punto de partida que el artículo 777 del Código Civil presupone la «tesis restrictiva», es decir, si tomamos como punto de partida argumental precisamente la conclusión que se pretende alcanzar, lo cual no nos parece correcto. Este argumento esgrimido por los partidarios de la «tesis restrictiva» no nos parece, pues, decisivo, encontrando el artículo 777 del Código Civil un engarce más correcto con la «tesis amplia», pues al traducirse para esta teoría las sustituciones pupilar y ejemplar en un testamento otorgado por el sustituyente *en representación* del sustituido, tiene pleno sentido que el artículo 777 del Código Civil imponga al «testador por representación» el límite de las legítimas de los herederos forzosos de dicho sustituido (64), como si fuera este último quien realmente hubiese testado. Dicho de otro modo, el artículo 777 del Código Civil estaría protegiendo la legítima debida por el sustituido, lo que sólo se explica si la disposición del sustituyente tiene por objeto la herencia de aquél y no la suya propia (65). Por último, que el Código Civil hubiera omitido referirse a los legitimarios del sustituyente no nos parece relevante, pues no es necesario recordar lo que no es sino norma de necesaria observancia (respeto a las legítimas: art. 763.II del CC). Parece, pues, que el argumento que hemos denominado «sistemático» —en cuanto pone en relación los arts. 775 y 776 del CC con el art. 777 del CC— no es determinante en orden a la prevalencia de una u otra teoría y, si lo fuera, la relación entre dichas normas resultaría más fácil de comprender dentro de la construcción de la «tesis amplia», sin que la exégesis realizada por los partidarios de la «tesis restrictiva» nos parezca convincente, pues como hemos señalado se trata de una interpretación interesada del artículo 777 del Código Civil, que parte de considerar como presupuesto necesario para tal interpretación precisamente lo que se trata de demostrar: que las

partidarios de la «tesis amplia» no consideran que exista una disposición en orden sucesivo ordenada por el sustituyente, sino una disposición realizada por el sustituyente pero sobre la herencia del sustituido, es decir, que el sustituyente «*testa por el sustituido*» que no puede testar (cfr. ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 49).

(64) ¿Qué bienes computan en éstas? En principio cabe pensar que los bienes que computan en la legítima de los herederos forzosos del sustituido son todos los que integran el caudal del sustituido, incluidos los que eventualmente hubiera recibido del sustituyente —a esta conclusión nos conduce la «tesis amplia» (cfr. ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 123)—. No obstante, se ha considerado —así lo hace ROCA-SASTRE MUNCUNILL (*op. cit.*, págs. 486 y 487), aun siendo partidario de la «tesis amplia»— que los bienes que computarán serán los recibidos por el sustituido como legítima de su ascendiente más los propios del sustituido, pero no los dejados por el sustituyente al sustituido fuera de la legítima, ya que sobre éstos podría entenderse que el sustituyente los sujetó a determinado destino: que terminasen en el patrimonio del sustituto, por lo que puede sostenerse que éstos no deberán computar en el cálculo de la legítima (coincide con lo dispuesto en el art. 179.II del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña). Nos parece que, a falta de norma expresa en el Derecho común, la opinión de ALBALADEJO resulta preferible.

(65) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 61 y n. 25 *ter* y doctrina citada.

sustituciones pupilar y ejemplar se construyen como disposiciones en orden sucesivo ordenadas por el sustituyente —«tesis restrictiva»— en lugar de como disposiciones ordenadas por el sustituyente pero sobre la herencia del sustituido —«tesis amplia»—.

En fin, consecuencia directa de esta «tesis restrictiva» es que el testamento del sustituyente (padre del incapaz) no debe abarcar más bienes que los que el sustituyente deje, ingresando éstos en el patrimonio del sustituido con una carga de restitución en favor del sustituto. Respecto del resto de bienes del incapaz sobre los que no resulte eficaz la disposición del sustituyente habría de abrirse sucesión intestada. La solución a que conduce esta «tesis», por tanto, nos lleva a afirmar que, por ejemplo, el padre o madre de un incapaz no puede otorgar testamento por su hijo (salvo en cuanto a los bienes que el propio testador le deje).

Esta teoría «restrictiva» fue acogida por la STS de 20 de marzo de 1967, dando un giro frente a la posición tradicional (testamento sustitutorio) que hasta entonces había venido siguiendo el TS (aunque sentencias posteriores, en pronunciamientos *obiter dicta*, parecen haber retornado a la tesis tradicional: SSTS de 20 de mayo de 1972 y 26 de mayo de 1997). No obstante, conviene tener en cuenta que, en rigor, no existe «jurisprudencia» en el sentido del artículo 1.º-6 del Código Civil, pues sólo en la sentencia de 1967 el TS se pronunció a favor de una u otra teoría (en dicho caso, la «restrictiva») en lo que constituía la *ratio decidendi* de la resolución (en el resto de casos, en los que se pronunciaba a favor de la «tesis amplia», eran pronunciamientos *obiter dicta*, pues el objeto a dilucidar era diferente). Del mismo modo, tampoco existe una segunda sentencia donde el TS, en *ratio decidendi*, se haya pronunciado a favor de la «tesis restrictiva».

2. LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 6 DE FEBRERO DE 2003

Esta RDGRN, con claridad, simpleza y sin ambages, viene a recoger los argumentos que vienen esgrimiendo los partidarios de la «tesis restrictiva». El supuesto de hecho al que se refirió fue el siguiente: A y B otorgaron escritura de partición de herencia, exponiendo que su sobrino y primo, I, falleció en estado de soltero, sin ascendientes ni descendientes, estando declarado incapaz. El padre de I, P, había otorgado testamento instituyendo herederas sustitutas de I a A y B (parientes suyas, hermana y sobrina suyas, respectivamente), haciendo uso de la sustitución ejemplar del artículo 776 del Código Civil. Así las cosas, A y B otorgaron escritura de partición de herencia repartiéndose todos los bienes de I. El Registrador califica negativamente el documento, denegando la inscripción, por entender lo siguiente: (i) La sustitución ejemplar ordenada por el causante, P, únicamente puede alcanzar

los bienes dejados por él a I; (ii) Respecto del resto de bienes de I (en este caso, los que le dejó su madre), se aplican las normas de sucesión intestada.

La DGRN, siguiendo los argumentos del Registrador en defensa de su nota, coincidentes íntegramente con los que sostiene la doctrina partidaria de la «tesis restrictiva» razona del modo siguiente:

Históricamente (ha de entenderse la referencia al Derecho romano) la sustitución ejemplar comprendía todos los bienes del incapaz, pero era así por cuanto se concebía como un atributo de la patria potestad dirigido a evitar el fallecimiento intestado del instituido. Por esta razón, apunta la DGRN, las Partidas, al recoger esta institución, establecían una serie de prevenciones y prioridades acerca de las personas que podían ordenar la sustitución, la preferencia entre ellas y los favorecidos por la misma, exigiendo, además, que el sustituido fuera instituido heredero por el sustituyente. Pero el Código Civil, que valora en más la sucesión intestada y se inspira en los principios liberales propios de la época de su redacción, cambia el criterio sobre las sustituciones pupilar y ejemplar y, así: (i) Resalta el carácter personalísimo del testamento (v.gr., prohibiendo el testamento por comisario art. 670 del CC), de donde parecería desprenderse que el testamento del sustituyente no puede afectar bienes del sustituido que provengan de persona distinta del sustituyente (es decir, que no podría dejarse la sucesión del incapaz al arbitrio de un tercero); (ii) Suprime todas las disposiciones que el Derecho hasta entonces vigente establecía para el caso de pluralidad de sustituyentes, por lo que la sustitución ejemplar sólo tendría por objeto los bienes dejados por el sustituyente, ya que sería en esta hipótesis donde no cabría que concurrieran diversas sustituciones, pues cada una de éstas, de existir varias, abarcaría distintas masas patrimoniales.

De este modo, no acepta la DGRN las argumentaciones de la recurrente, basadas en la «tesis amplia» de la doctrina, no considerando válidos los argumentos consistentes en apelar al Derecho Civil catalán y a la jurisprudencia. En el primer caso por cuanto entiende que no es un argumento válido que, en Derecho Civil catalán, expresamente la sustitución ejemplar pueda abarcar todos los bienes del incapaz, pues este Derecho tiene una acusada influencia romanista, mayor que el Derecho común. Esto lo prueba que, por ejemplo, en Derecho Civil catalán se admitan instituciones contrarias al carácter personalista del testamento, como son la institución de heredero por fiduciario o de heredero de confianza. Por otra parte, el Derecho Civil catalán, consecuentemente con que la sustitución ejemplar abarque todos los bienes del incapaz, establece reglas de prevalencia para el caso de pluralidad de sustituyentes. Por lo que se refiere a la jurisprudencia invocada por la recurrente, la DGRN afirma que no puede considerarse que la jurisprudencia se haya decantado con claridad por la «tesis amplia», pues la STS de 6 de

febrero de 1907 no es un referente válido, al referirse a un testamento anterior al Código Civil (66), las SSTS de 10 de diciembre de 1929 y 10 de junio de 1941 por cuanto se centran en el momento en que ha de producirse la incapacitación (la segunda de ellas, además, expresamente indica que no entra en el alcance de la sustitución ejemplar) y, las SSTS de 20 de mayo de 1972 y 26 de mayo de 1997, por cuanto contienen pronunciamientos que son, realmente, *obiter dicta*, pues los temas de fondo son distintos. Así, para esta RDGRN sólo es válido el recurso argumental de apoyar una u otra tesis en la jurisprudencia, considerando la única sentencia que aborda de lleno el tema y, además, la decantación por una u otra tesis supone la *ratio decidendi* del recurso. Por tanto, sólo es válida la cita de la STS de 20 de marzo de 1967, que se decanta abiertamente por la «tesis restrictiva». Por todas estas razones se desestimó el recurso y confirmó la calificación del Registrador.

Como puede comprobarse de la lectura de dicha Resolución, el Centro Directivo se limita a recopilar los argumentos esgrimidos por los partidarios de la que se ha dado en llamar «tesis restrictiva» desconociendo los argumentos —desde luego no menos sólidos que los seguidos por la RDGRN— de los partidarios de la «tesis amplia». ¿Debería consolidarse esta doctrina en el futuro? Vamos a exponer en el siguiente epígrafe nuestra valoración de esta RDGRN y las razones que nos llevan a inclinarnos por una tesis, la conocida como «amplia», que ha venido a ser rechazada por dicha Resolución. En apoyo de esta tesis no contaremos únicamente con los argumentos *tradicionales* que hemos resumido, sino con el nuevo apoyo argumental que, derivado de la entrada en vigor de la Ley 41/2003, ha venido, a nuestro modo de ver, a reforzar la delimitación objetiva de la sustitución ejemplar de acuerdo con la «tesis amplia». Esta Ley no estaba en vigor en el momento de dictarse la Resolución referida, por lo que bien pudiera tenerse presente en el futuro si el Centro Directivo reorienta su doctrina a favor de la llamada «tesis amplia». Además de los argumentos *tradicionales*, tras la promulgación de la Ley 41/2003 y, como ya expusimos:

- (i) Tras la reforma de los artículos 808 y 813 del Código Civil por parte de la Ley 41/2003, se ha pasado a admitir la posibilidad de gravar la legítima estricta con sustitución fideicomisaria a favor del hijo incapacitado judicialmente, precisamente en razón de la mayor protección que ha de procurarse al incapaz. Cabe pensar que si la tesis a que respondiera la sustitución ejemplar fuera la «restrictiva»

(66) Aunque ciertamente resolvía un supuesto donde el testamento había sido otorgado antes de la vigencia del Código Civil, no debe olvidarse, como señalara Díez-PICAZO, que la sucesión de la sustituyente y la del hijo sustituido se abrieron estando ya en vigor el Código y, de acuerdo con su Disposición Transitoria 12.^a, las herencias de los fallecidos después del Código deben adjudicarse y repartirse con arreglo a éste (cit. por MANRESA, *op. cit.*, pág. 228).

el legislador hubiera modificado la sustitución ejemplar en el sentido de precisar que ésta podrá ordenarse no sólo sobre la parte de libre disposición del sustituyente, sino también sobre la parte de legítima. Si el legislador de 2003 ha mantenido inalterado el artículo 776 del Código Civil bien puede deberse a que considera que la sustitución ejemplar puede ordenarse sobre toda la herencia del sustituido («tesis amplia»), no sólo sobre la parte de libre disposición del caudal del sustituyente («tesis restrictiva»), pues si así no fuera parece que en la misma medida en que se han modificado los artículos 808 y 813 del Código Civil para permitir la posibilidad de gravar la legítima estricta con sustitución fideicomisaria a favor de un incapacitado, habría precisado que también cabrá la sustitución ejemplar sobre toda la herencia del sustituido, no sólo sobre lo que el sustituyente le deje como libre designación.

- (ii) Tras dicha reforma, si la tesis que siguiéramos fuera la «restrictiva» nos encontraríamos con un grave contrasentido, pues mientras el sustituyente podría disponer, bajo forma de sustitución fideicomisaria, de todos sus bienes a favor del hijo incapacitado, bajo la forma de sustitución ejemplar —precisamente pensada para estos supuestos— únicamente podría ordenar la sustitución respecto del tercio de libre disposición, es decir, de forma más limitada en su objeto, aun cuando la libertad de formas fuera mayor que en el caso de la sustitución fideicomisaria.

En fin, estimamos que esta RDGRN tercia en un debate doctrinal resolviéndolo a favor de una de las teorías sobre el ámbito objetivo de las sustituciones pupilar y ejemplar («tesis restrictiva») de una forma que nos parece excesivamente llana, acogiendo una de las teorías con base en parte de los argumentos tradicionales que la avalan, pero desconociendo los que la han venido refutando, tan atendibles como aquéllos y que, tras la entrada en vigor de las reformas operadas en los artículos 808 y 813 del Código Civil por parte de la Ley 41/2003 han venido a reforzarse. La «tesis amplia» gana argumentos en su defensa y, a nuestro modo ver, sus consecuencias son las más deseables, como seguidamente explicaremos.

3. DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO OBJETIVO ATENDIDA LA FUNCIONALIDAD DE LA INSTITUCIÓN

Los argumentos que plasma la RDGRN son todos atendibles, pues recogen los que desde hace décadas vienen exponiendo los partidarios de la llamada «tesis restrictiva». Estos argumentos, por otra parte, nos parecen

tan válidos como los empleados por los partidarios de la «tesis amplia». Desde luego, no cabe duda que provienen de una doctrina tan autorizada como la otra.

En realidad, nos encontramos ante un problema insoluble (67), donde los argumentos de una y otra teoría son igualmente válidos y atendibles. Todos, desde luego, con cabida en nuestro Derecho, aunque no podemos desconocer que, en nuestra opinión, la reforma operada en los artículos 808 y 813 del Código Civil por la Ley 41/2003 viene a reforzar una de estas teorías, la conocida como «amplia».

Ante esta tesitura, entendemos lo siguiente: Desde luego, parece claro que estos problemas sobre el ámbito objetivo de las sustituciones pupilar/ejemplar se plantean por la indefinición del legislador y la carencia de un cuerpo jurisprudencial sólido que hubiera podido, en su función complementadora, suplir dicha indefinición. Si la letra de la Ley fuera clara no se suscitarían estos problemas —o, al menos, se suscitarían únicamente en ámbitos académicos y no deberían trascender a la realidad práctica—. Es la indefinición de la Ley y la ausencia de una jurisprudencia consistente lo que provoca que haya de entrarse en la *voluntas legis* como forma para interpretar aquélla y, aquí, casi cualquier solución válidamente argumentada puede ser válida.

En consecuencia, nos parece que el legislador —o la jurisprudencia si hubiera habido ocasión para ello— podría precisar cuál es el alcance del Derecho Civil común, ya que, como hemos visto, este problema no se plantea, por ejemplo, en Derecho Civil catalán, donde la Ley es clara al identificar el objeto de las sustituciones pupilar y ejemplar. Incluso, podríamos decir que la Ley 41/2003, que ha afectado a instituciones clasiqúisimas de nuestro Derecho Civil (como la propia legítima) —aunque en algún caso, como en lo relativo a la delegación de la facultad de mejorar parece que no con la claridad necesaria—, hubiera sido una ocasión perfecta para aclarar los artículos 775 y 776 del Código Civil y, con ello, el alcance de toda una institución como es la sustitución pupilar/ejemplar.

Pero, ante esta situación, *de lege ferenda*, ¿cómo habría de enfocarse una eventual y futura aclaración de la institución? Nos parece que el sentido histórico de las instituciones es algo digno de ser atendido, desde luego en la medida en que explica el origen y, a menudo, el fundamento de éstas y ello ayuda a conocer su alcance y el modo en que han de ser aplicadas. Pero no es menos cierto que una institución jurídica, sea la que fuere, tiene una vida propia y ha de ser entendida en cada momento del modo en que mejor sirva a la colectividad que de ella se dota. Cuando el padre de un incapaz quiere disponer de los bienes de su hijo para después de su muerte, ¿cómo ha de

(67) Sin ambages, LACRUZ reconoce que hay argumentos a favor de ambas tesis, por lo que «cualquier solución es defendible» (*op. cit.*, pág. 291).

actuar?, pues las consecuencias prácticas de seguir una u otra teoría son muy distintas. Parece claro, por tanto, que es una tarea pendiente del legislador civil común aclarar el alcance de la sustitución ejemplar en nuestro Derecho.

Pero puestos a aclarar, es decir, puestos a tener que reformular el artículo 776 del Código Civil —también, en cuanto a su ámbito objetivo, el art. 775—, ¿por qué alternativa ha de inclinarse el legislador, por la «amplia» o por la «restrictiva»? Pues aquí es donde, entendemos, el legislador habrá de sentirse libre de ataduras históricas y comprender que el alcance de la institución no debe ser tributario del pasado sino un instrumento para el futuro, acorde con la demanda de la sociedad donde esta norma habrá de aplicarse. Y en este contexto, creemos claro que el legislador habrá de decantarse por la llamada «tesis amplia», pues es la que mejor satisface la necesidad que actualmente demanda la sociedad de esta antigua institución. Afortunadamente, es un valor constante en nuestro Derecho, claramente en las tres últimas décadas, procurar a quienes pueden considerarse más desvalidos aquellos instrumentos jurídicos que mejor atiendan a su situación de inferioridad en la sociedad (no otra cosa se ha pretendido con la Ley 41/2003) y, es precisamente la llamada «tesis amplia» la que mejor satisface esta necesidad actual de la sociedad que habría de inspirar la *aclaración* de esta institución.

Que el legislador se decantase finalmente por la «tesis amplia» en una futura reforma de la sustitución ejemplar comportaría, en la práctica, facilitar a los padres un instrumento para mejor ordenar la sucesión de sus hijos incapaces (o encauzarla, pongamos por caso, a la persona o entidad que se hará cargo del incapaz cuando falten los padres). Daríamos claramente la posibilidad a un padre de poder testar por su hijo incapaz, sin necesidad de que, necesariamente, al menos parte de la herencia de su hijo haya de deferirse abintestato.

La sustitución ejemplar, cuya aclaración conviene para evitar la dudosa interpretación que actualmente se hace de esta institución —específicamente, aunque no es su único punto oscuro, sobre su ámbito objetivo—, entendemos que puede ser reformulada de forma que devenga en un instrumento más de atención al incapaz, y en este sentido creemos que el acogimiento de la llamada «tesis amplia» por el legislador facilitaría esta tarea, pues la sustitución ejemplar podría ser un instrumento en manos de los padres para estimular que determinadas personas se hagan cargo del incapaz cuando aquéllos falten (instituyendo con la carga de cuidar al incapaz con especial intensidad y dedicación). Pensemos en lejanos parientes o entidades a quienes puede resultar interesante favorecer, con la mayor amplitud posible, y compensar las atenciones y cuidados que pueden prestar al incapaz, en lugar de dejar que una parte de la herencia —la que no procediera del sustituyente para los partidarios de la «tesis restrictiva»— termine en el Estado.

El recurso a la sustitución ejemplar, además, puede presentar un conveniente tratamiento fiscal siempre que se admita la «tesis amplia» en cuanto a su objeto, lo que indudablemente ha de ser tenido en cuenta en orden a la aplicación práctica de esta institución. En efecto, como demostrara ALBALADEJO (68), no es necesario instituir heredero al sustituido en el testamento sustitutorio, por lo que es posible que el sustituyente disponga de todos los bienes del sustituido (69) —también, por tanto, de los que eventualmente reciba del sustituyente— a favor del sustituto (independientemente de que si el sustituido es legitimario respecto del sustituyente, éste no pueda privarle de la legítima —aunque pueda pagarla por actos *inter vivos*—) (70). Aceptado este presupuesto, es decir, siendo posible un testamento sustitutorio donde el sustituyente no instituya al sustituido (caso, por ejemplo, del padre que instituye heredero suyo y del hijo incapaz a determinada persona, con objeto de que ésta cuide del incapaz tras el fallecimiento del padre), la sustitución tendría un conveniente tratamiento fiscal, pues únicamente se produciría una transmisión (cuando el tercero suceda al sustituido), esto es, un único hecho imponible respecto del Impuesto de Sucesiones, que únicamente se devengaría en una ocasión y cuyo sujeto pasivo sería el designado como sustituto (no el sustituido incapaz). El tratamiento fiscal para la «tesis amplia» sin transmisión al sustituido (a salvo, insistimos, de la legítima que pudiera deber el sustituyente al sustituido) puede ser aprovechado convenientemente llegado el caso, siendo un instrumento en manos de los ascendientes para servir de estímulo a quien habrá de cuidar al incapaz, mejor que otros casos que fiscalmente pudieran resultar menos interesantes, como el usufructo de herencia (71) o la sustitución fideicomisaria (72), donde también aparecería como sujeto pasivo el incapaz (73).

(68) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 78 y sigs.

(69) Como también podrá disponer del eventual «patrimonio protegido» que, al amparo de la Ley 41/2003, pudiera haberse constituido (fallecido su titular, el «patrimonio protegido» se integra en su haber hereditario: art. 6.2 de la Ley 41/2003).

(70) En la misma línea, CASTÁN (cfr. «Consulta», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 137, pág. 72 y sigs).

(71) V.gr., atribuyendo el usufructo de la herencia —en su caso, de determinados bienes— al incapaz, disponiendo de la nuda propiedad a favor de quien, con la carga de prestar cuidados, pudiera hacerse cargo del incapaz.

(72) Para conseguir un efecto lo más asimilable posible a la sustitución ejemplar, consideramos que habría de ser condicional (condicionando la sustitución fideicomisaria a que el incapaz no recobre la razón; modulando esta condición del modo más preciso posible, v.gr., si el incapaz está así declarado por resolución firme, limitando el fideicomiso a los supuestos en que se reintegre la capacidad) y, preferiblemente, de residuo (precisando también del mejor modo posible los supuestos en que se permitiría la disposición).

(73) En cualquier caso, el mejor tratamiento fiscal es algo que habrá de determinarse caso por caso, pues tampoco podemos olvidar las interesantes reducciones sobre la base imponible a que se refiere el artículo 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que pueden resultar aplicables.

Nadie mejor que el padre conocerá las necesidades del hijo incapaz y el contexto familiar que existirá tras su fallecimiento. Puede pensarse que dejar los bienes a quien haya de cuidar al incapaz no es la mejor solución y que, más cauteloso, sería dejárselos al hijo incapaz, en su caso incluso instituyéndole fiduciario en los bienes que habrían de integrar la legítima estricta del resto de descendientes. Pero esta posibilidad que ofrece el Código, tras la reforma operada por la Ley 41/2003, posiblemente no le parezca la más apropiada a los padres; tal vez en la familia el recurso a este mecanismo puede ser mal visto por legitimarios que se ven reducidos a meros fideicomisarios y, tal vez, instituyéndoles a ellos herederos con la carga de cuidar del incapaz el fin pretendido por los padres —insistimos, las personas que mejor conocerán las necesidades de su hijo incapaz y su contexto de relaciones familiares— se alcance mejor del modo que indicamos. La sustitución ejemplar habría pasado, pues, a ser un instrumento más del que dispondrán los ascendientes, quienes podrán acudir a él si resulta ser la institución que mejor convenga al descendiente incapaz.

Por último, pensamos que la sustitución ejemplar, tal como aparece en el Código Civil, puede precisar de una revisión. Como venimos señalando, la sustitución ejemplar debe tener una funcionalidad clara: ser instrumento de los padres para ordenar la sucesión del hijo incapaz del modo que mejor convenga al interés de éste. Esta facultad que el Código Civil reconoce a todos los ascendientes debe tener, pues, un carácter marcadamente vicarial. Esto exige repensar alguna cuestión. La sustitución ejemplar histórica —y también la prevista por el Código al momento de su formulación— da respuesta a la sociedad de su época, donde el padre, como regla, fallece relativamente joven y deja un hijo más joven aún. Pero ante el aumento en nuestros días de la expectativa de vida será cada vez más frecuente que el incapaz conserve uno o dos ascendientes y, a la vez, tuviera cónyuge o algún hijo, quienes presumiblemente, según el caso, asumirían la tutela. Nos podríamos encontrar ante una situación donde cualquiera de los ascendientes —ordinariamente, los padres— otorgase testamento sustitutorio, disponiendo de los bienes de su hijo (sin perjuicio del respeto de la legítima —art. 777 del CC—) tal vez contradiciendo el criterio del cónyuge o del hijo del incapaz, quienes en nuestro ejemplo estarían asumiendo la tutela. El tenor literal del Código permite al ascendiente otorgar testamento sustitutorio aunque no ostente la patria potestad o tutela sobre el incapaz y aunque no tenga derecho a legítima de éste, pero tal vez esto deba ser reconsiderado para que la institución no exceda de la función que le debe resultar propia, de tal modo que el círculo de sustituyentes quede reducido únicamente a quienes ostenten bien la patria potestad (en su caso prorrogada o rehabilitada; art. 171 del CC), bien —aunque este supuesto es más delicado— la tutela (con autorización judicial en este caso) del incapaz.

IV. OTRAS CUESTIONES A CONSIDERAR EN LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR

El artículo 776 del Código Civil se refiere al descendiente que sea mayor de catorce años y que haya sido declarado incapaz. En cuanto a la edad, dado que el precepto se refiere a los mayores de catorce años (edad mínima para testar), creemos que lo aconsejable antes de instituir la sustitución será incapacitar al menor (hay que tener en cuenta el art. 201 del Código Civil reformado: «*Los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad*») y, a continuación, instituir una sustitución que podría ser pupilar antes de que el sustituido cumpliera catorce años y ejemplar después, tratándose con su propio régimen después de los catorce años (74). Sólo entonces cabría el juego del párrafo 2.º del artículo 776, dejando sin efecto la sustitución cuando el incapaz hubiera testado válidamente en un intervalo lúcido o después de recuperar la razón.

En cuanto a que el sustituido haya sido incapacitado (75) en el momento de otorgarse el testamento sustitutorio, existen dos posiciones: La que parece más fundada, en el sentido de que no es necesario que la incapacitación sea previa al testamento, bastando con que haya sido incapacitado previamente al momento de la efectividad de la sustitución, es decir, es suficiente con que la incapacitación sea firme en el momento de abrirse la sucesión del sustituyente. Es la posición de la STS de 12 de junio de 1956 —precedida por la de 10 de junio de 1941—, seguida por la mayor parte de la doctrina (76). El Tribunal Supremo considera, en este orden de cosas, que la declaración de incapacidad del sustituido no constituye una solemnidad testamentaria y puede hacerse antes o después del testamento, siempre que preceda al momento de efectividad de la sustitución. Esta doctrina se ha consolidado con la STS de 29 de marzo de 2001, donde se declaró: «*La tesis casacional de la parte recurrente parte de la base consistente en que, para que una persona incapaz pueda ser sustituida testamentariamente, es preciso que esté, dicha incapacidad, declarada judicialmente. Ello no es admisible, y así la senten-*

(74) Como señalara CASTÁN: «*En el caso de un menor de catorce años puede ser sustituido pupilar y ejemplarmente en el mismo testamento subordinando a condición suspensiva de cumplir catorce años la última sustitución*». Vid., CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español y Foral*, t. 6.º, vol. 2.º, Madrid, 1979, pág. 243.

(75) Estamos ante el que HERNÁNDEZ GIL consideró el más importante problema, desde el punto de vista práctico, de la sustitución ejemplar (*op. cit.*, pág. 894). Verdaderamente es el problema que mayor número de veces se ha planteado ante los tribunales.

(76) Cfr. MOLINA RAVELLO, E., «Caso práctico sobre la sustitución ejemplar», en *Revista de Derecho Privado*, 1940-1941, pág. 144; HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, pág. 898; VÁZQUEZ GUNDÍN, E., *op. cit.*, pág. 169, o BONET RAMÓN, F., «Sustitución ejemplar», en *Revista de Derecho Privado*, 1940-1941, pág. 423.

cia de esta Sala de 12 de junio de 1956, específica de una manera muy concreta que “la declaración de incapacidad del sustituto no constituye una solemnidad testamentaria, y puede hacerse antes o después del testamento, siempre que preceda al momento de la efectividad de la sustitución, porque ninguna razón jurídica o de consecuencia social indica la procedencia y necesidad de privar a los ascendientes de la facultad de nombrar sustituto al descendiente enajenado mental, mientras no haya sido declarada judicialmente la incapacidad”. Esta sentencia rompe acertadamente el sesgo contrario que presentaba la anterior jurisprudencia (sentencias de 21 de abril de 1928, 10 de diciembre de 1929 y 15 de febrero de 1932), que no se encontraba dentro de una lógica actual. En conclusión, que una declaración de incapacidad acordada judicialmente el 3 de febrero de 1989, no hace inexistentes, en derecho, unas sustituciones acordadas en testamentos de 30 de noviembre de 1979 y 15 de mayo de 1985, sobre todo cuando aquélla es anterior a las operaciones particionales encargadas al albacea-partidor en el presente caso».

No obstante, otros autores (77) se han inclinado por la necesidad del previo juicio de incapacitación, es decir, entienden que la incapacitación ha de ser firme no sólo en el momento de abrirse la sucesión del sustituyente, sino también en el momento de otorgar éste testamento. ALBALADEJO, en un primer momento, participó de esta opinión (78), amparando su postura en tres antiguas sentencias del TS (79) (21 de abril de 1928; 10 de diciembre de 1929 y 15 de febrero de 1932) y justificándola tanto en un argumento literal (parece que de la letra del art. 776 del Código Civil se desprende que la incapacidad ha de estar declarada en el momento de testar el sustituyente, pues se habla de *incapacitado* —declarado incapaz conforme a Derecho— y no de *incapaz* —incapaz de hecho al momento de la sustitución—) como de seguridad jurídica, ya que entrar a probar que en el momento de otorgarse el testamento existía incapacidad de hecho puede llegar a ser complicado. Posteriormente, sin embargo, dio por buena la nueva jurisprudencia del TS inaugurada con la STS de 10 de junio de 1941 (80). En todo caso, lo que resulta claro es que la enajenación mental debe padecerse en el momento de

(77) Vid., MIGUEL TRAVIESAS, M., *op. cit.*, pág. 413; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *op. cit.*, págs. 483 y 484; OSSORIO MORALES, J., *op. cit.*, pág. 204 (este autor considera que del sentido gramatical del art. 776 del Código Civil se desprende la necesidad de que la declaración de incapacidad preceda al testamento, si bien reconoce que actualmente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia predomina el criterio opuesto), y SANCHEZ ROMÁN, F., *op. cit.*, pág. 685.

(78) Vid., ALBALADEJO, *Sustituciones...*, cit., pág. 111 y sigs.

(79) Una síntesis de los supuestos de hecho y fundamentación de las mismas puede verse en VÁZQUEZ GUNDÍN, E., *op. cit.*, págs. 161 a 167, y HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, págs. 894 a 898.

(80) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 101 y sigs.

otorgarse el testamento sustitutorio, esté o no declarada la incapacidad por tal causa (81), lo que eliminaría la posibilidad de otorgarse un testamento sustitutorio sometido a la condición suspensiva de la enajenación e incapacidad futuras del sustituido; como también está claro que la incapacidad, aun cuando sea al momento de abrirse la sucesión del sustituyente, ha de estar judicialmente declarada, no siendo suficiente la *incapacidad natural* (82).

Unido a lo anterior, debemos tener presente que actualmente la incapacitación no es posible únicamente en supuestos de «*enajenación mental*» (expresión que emplea el art. 776 del CC) sino, en general, ante «*enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*» (art. 200 del CC). Para reconducir la institución de la sustitución ejemplar a la función que le consideramos propia (institución establecida como instrumento de los padres para ordenar la sucesión de sus hijos incapaces del modo que mejor les convenga a estos últimos) consideramos que el único supuesto en que habría de resultar posible es el de incapacitación —por la causa que fuere— con privación de la facultad de testar (la sentencia que declara la incapacitación debe determinar la extensión y límites de ésta: art. 760.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

¿Qué ocurriría si antes de otorgarse el testamento sustitutorio, el incapaz había ya otorgado testamento? Para VÁZQUEZ GUNDÍN sería posible, aun en tal caso, otorgar testamento sustitutorio (83). Esta opinión la estimamos acertada (84) desde el momento que la institución deje de ser un mero remedio para prevenir el abintestato (como se consideró en el Derecho justinianeo) y se conciba también —en la *voluntas legis* que propugnamos— principalmente como una institución protectora del interés del incapaz. Creemos conveniente que el ascendiente pueda otorgar testamento por sustitución, revocándose el testamento anterior del incapaz, si la nueva circunstancia —la incapacitación y la imposibilidad de valerse el sustituido por sí mismo— o acontecimientos familiares así lo aconsejan. Repárese que esta opinión puede sostenerse, ya se admita la «tesis amplia» ya la «restrictiva» si bien con distinto alcance en cuanto al objeto abarcado por el llamamiento en cada caso, pues si se admitiera la «tesis restrictiva» parece que sólo sería posible la revocación del testamento anterior otorgado por el posteriormente incapacitado en la medida en que aquél contuviera disposiciones sobre los bienes futuros que el sustituido pudiera recibir del sustituyente. Como se ve, pues, la «tesis restrictiva»

(81) Cfr. ALBALADEJO, *ibidem*, o HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, pág. 906.

(82) Vid., MANRESA, *op. cit.*, pág. 233, o GARRIDO MELERO, M., *op. cit.*, pág. 907.

(83) Vid., VÁZQUEZ GUNDÍN, E., *op. cit.*, págs. 159 y 160.

(84) En contra, GARRIDO MELERO, quien considera: «*nos parece razonable en los tiempos actuales el mantenimiento (el “congelamiento”, si se quiere) de las disposiciones sucesorias formalizadas por una persona antes de su incapacidad, de forma que en ningún caso puedan ser alteradas por hipotéticas libertades de disposición “por otro”*» (vid., GARRIDO MELERO, M., *op. cit.*, pág. 904).

tendría en este punto un muy limitado alcance funcional, a nuestro modo de ver insuficiente para alcanzar la finalidad —esencialmente tuitiva y protectora— que a la sustitución ejemplar debemos exigir (85).

Por otra parte, ¿*quid* del supuesto en que el incapacitado dejase de estarlo y se hubiere otorgado previamente testamento sustitutorio? Sabemos que el testamento sustitutorio quedará sin efecto, por así establecerlo el artículo 776 del Código Civil, en caso de «*testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón*», pero no se resuelve por el Código Civil qué ocurre si se recobra la capacidad y no se otorga testamento. En ese caso, parecería razonable considerar que la sustitución habría perdido su razón de ser y devendría ineficaz el testamento sustitutorio, aunque el Código parece exigir, para ello, que se otorgue testamento por parte del sustituido (el art. 776.II del CC determina que la sustitución ejemplar quedará sin efecto *por el testamento* del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón). La mayor parte de la doctrina (86), apegada a la literalidad del artículo 776.II del Código Civil y aun cuando no ocurriera así en nuestro Derecho histórico (87), participa de la opinión de que la sustitución debe extinguirse no sólo cuando el sustituido recobra la razón, sino cuando, además, otorga testamento (88). En cuanto a

(85) Evidentemente de esta limitación no adolece la llamada «tesis amplia», en la medida en que se conciba la sustitución ejemplar a modo de *testamento por representación*, pues el sustituyente podrá disponer de la totalidad de los bienes del sustituido —obviamente con respeto de las legítimas de los herederos forzosos del sustituido—.

(86) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 113 y n. 141: doctrina allí citada. En contra, señaladamente, CASTÁN —con cita de SÁNCHEZ ROMÁN y DE BUEN—, para quien resulta anómalo que no baste para dejar sin efecto la sustitución el simple hecho de recobrar la razón el incapacitado, pues si el fundamento de aquella es la incapacidad, desaparecida la causa, debe cesar el efecto, y éste es el criterio que se adopta en la sustitución pupilar, que se extingue por el mero hecho de cumplir el descendiente los catorce años (vid., CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho...*, cit., págs. 244 y 245, y *Consulta...*, cit., pág. 231).

(87) También ocurre así en un ordenamiento tan eminentemente romanista como el catalán (art. 178 del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña).

(88) En esta línea, aunque reconociendo el argumento de autoridad de los antiguos autores, para quienes deviene ineficaz el testamento sustitutorio si el incapaz recobra la razón, sobre la base de la interpretación literal del artículo 776.II del Código Civil, VÁZQUEZ GUNDÍN, para quien según dicha norma el incapaz puede otorgar testamento en un intervalo lúcido o *después de recobrada la razón* —nótese que el Código Civil no dice *al recobrar la razón*, como se dice en el Código portugués—, de donde se desprendería que el Código Civil requiere que el antes incapaz otorgue testamento por sí mismo para la caducidad del sustitutorio anterior, sin ser suficiente que haya recobrado la capacidad (*op. cit.*, pág. 159). LACRUZ, por su parte, se inclina por la necesidad de testamento para extinguir el sustitutorio, habida cuenta «*la conveniencia de conservar la disposición del dueño originario de los bienes mientras no la revoque expresamente el favorecido*» —advértase cómo presupone el ámbito objetivo de esta sustitución de acuerdo con la llamada «tesis restrictiva»— (*op. cit.*, pág. 295).

qué ocurre si, en lugar de un simple *recobrar la razón* se produce la reintegración de la capacidad, así declarada judicialmente, nuevamente nos encontramos ante un problema carente de solución *de lege data* y, aunque pudiera pensarse que el Código, cuando se refiere en el artículo 776.II a *recobrar la razón*, no sólo está pensando en los supuestos en que ésta se *recobra* de facto, sino también en cuando se reintegra la capacidad, no faltan autores que sostienen que, en este caso, la extinción del testamento sustitutorio se produce *ipso iure* con la reintegración de la capacidad, pues éste no es un supuesto contemplado por el artículo 776.II del Código Civil (se refiere al *testamento del incapacitado*, no siéndolo quien recuperó la capacidad) (89).

Por lo que se refiere a los efectos de la sustitución ejemplar, una vez fallecido el sustituyente en vida del sustituido este último deviene heredero de aquél, siendo perfecta —aunque todavía no eficaz— la disposición del sustituyente a favor del sustituto (como si la hubiera hecho el propio sustituido en su testamento). Este efecto se producirá en todo caso si seguimos la «tesis restrictiva». Ahora bien, para los partidarios de la «tesis amplia» este efecto únicamente se producirá si el sustituyente instituyó heredero del sustituido, pero también será posible, como ya hemos explicado, que el sustituyente se haya limitado a nombrar heredero al sustituido, sin instituirle a este mismo, en cuyo caso no habría transmisión del sustituyente al sustituido.

(89) Así lo expone ALBALADEJO, aunque sin decantarse por esta opinión, pues considera que, con toda probabilidad, no se puede asegurar que en la mente del legislador al referirse a que «*la sustitución (...) quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón*» haya estado la idea de referirse sólo a que la sustitución queda sin efecto por el otorgamiento de testamento en intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón, pero siguiendo vigente la incapacitación, sino que posiblemente, o quizá no se planteó el tema de dar distinto trato a ambos supuestos o, quizá, quiso referirse a ambos (vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 114). Jerónimo LÓPEZ, sin embargo, sí defiende abiertamente la extinción del testamento sustitutorio una vez reintegrada la capacidad; conclusión a la que llega examinando el artículo 776.II del Código Civil, pues: 1.º Dicha norma no intenta establecer todos los casos de extinción de la sustitución ejemplar; su finalidad es simplemente resolver el problema que plantea el hecho de que —a diferencia de lo que ocurre con la sustitución pupilar— el sustituido puede testar en determinadas circunstancias, a pesar de que continúe incapacitado. 2.º La norma se limitaría a señalar los diversos momentos en que el incapacitado puede hacer testamento, indicando las consecuencias que se producen si testa. 3.º Dados los términos en que el concepto de *intervalo lúcido* está caracterizado legalmente, la finalidad del artículo 776.II del Código Civil vendría a ser la de resolver la situación que se plantea si el incapaz en *intervalo lúcido* otorga testamento, pero no tanto atender a qué ocurre si se reintegra la capacidad y si, en tal caso, *ipso iure* se extingue el testamento sustitutorio, y, 4.º Realmente el Código Civil, al disponer que el otorgamiento de testamento en *intervalo lúcido* o después de haber recobrado la razón extingue el sustitutorio, lo que hace es asegurarse que se respetan los requisitos que el ordenamiento exige para la eficacia de los actos realizados en *intervalos lúcidos* [cfr. art. 665 del CC], así como evitar, en la medida de lo posible, situaciones de fraude, exigiendo para ello que en el caso de *intervalo lúcido* efectivamente llegue a otorgarse

Por último, en cuanto a los aspectos meramente formales, los partidarios de la «tesis amplia» vienen sosteniendo que es posible tanto un solo testamento, donde el sustituyente, además de ordenar su propia sucesión, haga lo propio con la del sustituido, como un testamento por comisario aparte, referido al sustituido (90). En caso de que se otorgue un solo testamento (suponemos que será lo habitual y, para evitar eventuales problemas y conjeturas lo aconsejable), los partidarios de la «tesis amplia» entienden que habrá que remitir dos partes al Registro General de Actos de Última Voluntad, uno correspondiente al ascendiente sustituyente y otro correspondiente al incapaz (91).

V. CONCLUSIÓN

En el actual contexto jurídico, que no es sino trasunto del contexto social que vivimos, la sustitución ejemplar ha de ser entendida a la vista de la única función que le consideramos propia: ser instrumento de los padres para ordenar la sucesión del hijo incapaz, privado de la facultad de testar por razón de su incapacidad, del modo que mejor convenga al interés de éste. La sustitución ejemplar, pues, debe tener una función de contenido material que exceda de la mera prevención del abintestato.

Sin embargo, la sustitución ejemplar viene regulada de un modo excesivamente parco, insuficiente e, incluso, críptico en algún aspecto en el artículo 776 del Código Civil. Entendemos que para atender a la función que le es propia y que acabamos de señalar precisa de revisión. La discusión *tradicional* en la doctrina acerca de su alcance objetivo (tesis amplia y restrictiva) es cuestión de notable trascendencia práctica, pues en función de la tesis que sigamos la institución tendrá un ámbito objetivo más amplio o más restringido: desde disponer de toda la herencia del sustituido, como permite la «tesis amplia», a tener que limitarse a ordenar la sucesión del sustituido

testamento y, en el caso de haberse *recobrado la razón*, que se haya instado la cesación de la incapacidad (vid., LÓPEZ LÓPEZ, J., *op. cit.*, págs. 6 y 7, n. 8).

(90) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 57. No obstante, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, aun partiendo de la «tesis amplia» considera que formalmente debe existir un solo testamento, aun cuando en sentido material la sustitución implique dos testamentos: «*si bien las sustituciones pupilar y ejemplar implican dos testamentos en sentido material, el del sustituyente ascendiente y el del descendiente sustituido en cuanto a los bienes propios de éste, en el aspecto puramente formal o instrumental ambas disposiciones deben constar en el testamento que otorgue el ascendiente para ordenar su propia sucesión*» (vid., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *op. cit.*, págs. 484 y 485).

(91) Para DE LA CÁMARA, «*de seguir la tesis amplia, que es la que parece más fundada, el Notario autorizante del testamento tendría que mandar dos partes al Registro General de Actos de Última Voluntad, uno del testador sustituyente y otro del sustituido, ya que éste, según esta orientación, no moriría intestado, puesto que se trata de su testamento hecho por comisario legal*» (*op. cit.*, pág. 135).

únicamente respecto de aquello que el sustituyente le deje. La jurisprudencia no se ha decantado por una u otra (la única sentencia del Tribunal Supremo que aborda la cuestión como *ratio decidendi*, de 20 de marzo de 1967, no se ha visto confirmada por al menos otra posterior) y la DGRN no ha abordado la cuestión con la profundidad que la figura requiere. Pueden parecer más convincentes los argumentos de los partidarios de la «tesis amplia», incluso podemos advertir nuevos argumentos «de refuerzo», junto con los *tradicionales*, a la vista de la Ley 41/2003, pero consideramos que la cuestión habría de ser objeto de clarificación por parte del legislador —la Ley 41/2003 hubiera podido ser una ocasión propicia—. Nos hemos decantado por la «tesis amplia» por entender que es la que de un modo más pleno asegura el cumplimiento de la función que a la figura le es propia. Nuestra posición consolidada a la institución como instrumento del que los padres podrán valerse, pongamos por caso, para estimular que determinadas personas o entidades se hagan cargo del incapaz cuando aquéllos falten (instituyendo con la carga de cuidar al incapaz con especial intensidad y dedicación).

También debe ser objeto de revisión el círculo de sustituyentes, quizá excesivamente amplio en la regulación actual, pues cualquier ascendiente puede ordenar la sustitución ejemplar. Desde el momento que la sustitución ejemplar deja de ser un mero instrumento de prevención del abintestato y predicamos de ella una función materialmente orientada, como institución al servicio del incapaz, entendemos que el círculo de personas que puedan hacer uso de la misma debe restringirse a quienes asuman la responsabilidad sobre el incapaz, esto es, sus padres (quienes ejercerán, en su caso prorrogada o rehabilitada, la patria potestad) o tutor. Mantener un círculo de sustituyentes donde cualquier ascendiente pueda sustituir no es precisamente el mejor modo de asegurar la función que a esta institución le debemos atribuir, e incluso podría resultar contraproducente. Esta redefinición del círculo de sustituyentes haría desaparecer el problema derivado de la eventual concurrencia de testamentos sustitutorios, actualmente irresuelto por el Código (con independencia de que únicamente se suscite si seguimos la llamada «tesis amplia» respecto del objeto de la sustitución ejemplar).

Otras cuestiones deberían merecer la atención del legislador, pues aunque encuentren una solución más o menos consolidada en la doctrina y la jurisprudencia su indudable trascendencia práctica aconsejan la mayor dosis de seguridad jurídica posible. Así, convendría aclarar si es necesario que la incapacidad esté declarada en el momento de otorgarse el testamento sustitutorio o basta con que lo esté en el momento de fallecer el sustituyente otorgante. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia se han inclinado por entender que no es necesario que la declaración preceda al testamento, aunque esta posición puede ser reconsiderada por el legislador, pues de reducirse el círculo de sustituyentes en el sentido que hemos propuesto, pudiera con-

venir que con carácter previo al otorgamiento del testamento sustitutorio esté declarada la prórroga de la patria potestad o designado un tutor. Esta necesidad de la previa declaración de incapacidad también podría servir de estímulo para la incapacitación de quienes se encuentren en supuestos que lo aconsejen, en la medida en que actualmente la incapacitación no puede ser vista como un agravio, sino como un modo de proteger a quien lo necesita. Convendría, también, ofrecer respuesta legal a situaciones posibles, como si puede otorgarse testamento sustitutorio cuando el incapaz otorgó previamente testamento (atendiendo a la función que atribuimos a la institución, hemos entendido que sería posible tal testamento sustitutorio), o qué ocurre con el testamento sustitutorio si el incapacitado «recobra la razón» —en expresión del art. 776.II del CC— o se rehabilita su capacidad.

RESUMEN

SUCESIÓN TESTADA. SUSTITUCIÓN EJEMPLAR

El Código Civil regula en su artículo 776 la conocida como sustitución ejemplar, por medio de la cual el ascendiente —sustituyente— puede nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años —sustituido— que, conforme a Derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental. Se trata de una figura de origen romano surgida a imitación o ejemplo de la llamada sustitución pupilar.

Tras lo escueto de la regulación de esta figura, varios problemas quedan irresueltos. El primero y de mayor calado dogmático es determinar el ámbito objetivo de la sustitución ejemplar, es decir, qué bienes puede comprender. Desde que el Código Civil entrara en vigor, dos posturas han sido mantenidas en nuestra doctrina: La primera se denomina «tesis amplia», y considera que el llamamiento del sustituto abarca todo el patrimonio del descendiente sustituido (la sustitución ejemplar viene a entenderse como un testamento otorgado por el sustituyente en representación del sustituido). Para la segunda, el llamamiento

ABSTRACT

TESTATE SUCCESSION. EXEMPLARY SUBSTITUTION

Article 776 of the Civil Code regulates what is known as sustitución ejemplar, or exemplary substitution, whereby a person (the substitutor) can name a substitute for his or her descendant (the substitutee) who is fourteen years of age or older and lawfully declared mentally incompetent. This is a concept of Roman origin that arose as an imitation or example of what is known as pupillary substitution.

The regulation of this concept being so laconic, several problems are left unaddressed. The first, and that of greatest dogmatic significance, is the objective sphere of exemplary substitution, i.e., what assets it can encompass. Since the Civil Code went into force two postures have been maintained in Spanish legal doctrine. The first is termed «the broad thesis», and it considers that the substitute's appointment spans the entire estate of the substituted descendant (Here exemplary substitution is regarded as a will made by the substitutor on behalf of the substitutee). In the second, the substitute's appointment covers

del sustituto abarca sólo la porción en la que el sustituyente instituye al descendiente sustituido; por ello, se conoce como «tesis restrictiva». Ambas teorías cuentan con argumentos que las avalan, sin que la jurisprudencia se haya decantado por una u otra (sólo una sentencia del TS se inclina por una de ellas —la restrictiva— en una única sentencia). En este artículo se sostiene la conveniencia y oportunidad de la «tesis amplia», pues es la que mejor permite que la institución cumpla con la función que a la sustitución ejemplar, tal como debe ser modernamente entendida, se le atribuye: asegurar a los padres un instrumento para ordenar la sucesión de su hijo incapaz, privado de la facultad de testar por razón de su incapacidad, del modo que mejor convenga al interés de éste. A la sustitución ejemplar, pues, se le atribuye una función materialmente orientada que excede de la mera prevención del abintestato. A juicio del autor, la «tesis amplia», en la forma en que delimita el ámbito objetivo de la sustitución consolida a esta figura como un instrumento del que los padres podrían valerse, por ejemplo, para estimular que determinadas personas o entidades se hagan cargo del incapaz cuando aquéllos faltan (instituyendo con la carga de cuidar al incapaz con especial intensidad y dedicación).

Más allá de la discusión académica sobre qué tesis han de prevalecer, el legislador podría clarificar la cuestión, dada su indudable trascendencia práctica, como también podría revisar el círculo de sustituyentes, quizá excesivamente amplio en la regulación actual donde cualquier ascendiente puede ordenar la sustitución ejemplar. Desde el momento que esta figura se entiende como institución al servicio del incapaz el círculo de personas que podrían hacer uso de la misma debería restringirse a quienes de ordinario asuman la

only the portion of the substitutor's estate to which the substituted descendent is heir; it is therefore known as the «restrictive thesis». Both theories have arguments backing them up. Case-law has not chosen one or the other (Only one Supreme Court sentence inclines toward one of them, the restrictive thesis, and it is only one sentence). This article sustains that the «broad thesis» is the more suitable and advisable, for it is the thesis that better allows exemplary substitution to fulfil the function attributed to it in the modern world: to ensure for parents an instrument for organising the succession of their incompetent child, who cannot make a will of his own due to his incompetence, and to do so in the fashion that best looks after the child's interest. Exemplary substitution, then, is attributed a materially oriented function that is more than merely preventing an intestate situation. In the author's opinion, by delimiting the objective sphere of substitution as it does, the «broad thesis» consolidates substitution as an instrument that parents can use, for example, to stimulate certain persons or entities to take care of their incompetent child after they have died (with the especially intense, dedicated assignment of caring for the incompetent child).

Notwithstanding the academic discussion on which thesis ought to prevail, legislators could clarify the question, given its indubitable practical importance. They might also revise the circle of substitutors, which is perhaps excessively wide as currently regulated, where any ascendant relative can order exemplary substitution. As soon as exemplary substitution is regarded as an institution at the service of the incompetent, the circle of persons who can make use of it ought to be restricted to those who ordinarily bear responsibility for the incompetent child, i.e., the child's parents or guardian. There are other shadowy points of

responsabilidad sobre el incapaz, esto es, sus padres o tutor. Otros puntos oscuros del régimen jurídico de esta institución también sería conveniente aclarar, explicándose en este artículo qué opciones interpretativas son posibles y cuáles resultan más oportunas atendida la funcionalidad que a la sustitución ejemplar se atribuye.

the legal rules governing this institution that it would also be advisable to clarify. This article explains what interpretative options are possible and which prove most appropriate, depending on the function that exemplary substitution is given.

(Trabajo recibido el 23-03-07 y aceptado para su publicación el 4-12-07)

Derecho a la cultura *versus* comercio internacional de obras de arte

ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid

y

CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ
Doctora en Derecho. Profesora ayudante
Universidad Carlos III de Madrid

*An Bildern schleppt ihr hin und her
Verlornes und Erworbnnes;
Und bei dem Senden kreuz und quer
Was bleibt uns denn? – Verdorbnes!*

JOHANN-WOLFGANG VON GOETHE (1816)

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: EL NACIONALISMO CULTURAL EN EL COMERCIO INTERNACIONAL DE OBRAS DE ARTE.
- II. LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES CULTURALES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL:
 1. EL DERECHO A LA CULTURA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.
 2. LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EN LA LPHE.
- III. LA PROPIEDAD DE LOS BIENES CULTURALES EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL: *LEX REI SITAE*:
 1. LA REGLA *LEX REI SITAE*.
 2. LAS RECLAMACIONES DE LA PROPIEDAD DE LOS BIENES CULTURALES REALIZADAS POR LOS ESTADOS A SUJETOS PARTICULARES.
 3. LAS NORMAS INTERNACIONALMENTE IMPERATIVAS EN LAS RECLAMACIONES DE PROPIEDAD DE BIENES CULTURALES: ARTÍCULO 29 LPHE:

- A) *El artículo 29 LPHE.*
 - B) *El artículo 29 LPHE como norma internacionalmente imperativa:*
 - a) La aplicación del artículo 29 LPHE por los Tribunales españoles.
 - b) La aplicación del artículo 29 LPHE por los Tribunales extranjeros.
4. LA APLICACIÓN DE NORMAS DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EXTRANJERAS A TRAVÉS DEL ARTÍCULO 12 DE LA DIRECTIVA.

IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: EL NACIONALISMO CULTURAL EN EL COMERCIO INTERNACIONAL DE OBRAS DE ARTE

1. Hasta la segunda mitad del siglo XX el comercio internacional de obras de arte no ha contado, en general, con una regulación convencional específica para la protección de las mismas. Ello se debe a que, hasta entonces, los Estados habían visto en la obra de arte una simple mercancía, sometida a las reglas del mercado (1).

2. La política que un Estado adopta con respecto a los bienes culturales se encuentra determinada por el hecho de que tales bienes pueden ser concebidos desde dos perspectivas: como integrantes de una cultura humana común (*cultural heritage of all mankind*) (*internacionalismo cultural*) o incluidos en el patrimonio cultural de una nación (*nacionalismo cultural*) (2). En el primer caso, resulta irrelevante la procedencia, la ubicación actual, o el derecho de propiedad sobre tales bienes; en el segundo, si bien es igualmente

(1) Vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos de importación y exportación de bienes culturales», en *Estudios de Contratación Internacional. Régimen uniforme e internacional privado*, Bogotá D. C., Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2004, pág. 590; A. E. PÉREZ LUÑO, «Artículo 46. Patrimonio histórico, artístico y cultural», en O. ALZAGA VILLAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. IV, Madrid, 1996, pág. 281; A. WEIDNER, *Kulturgüter als res extra commercium im internationalen Sachenrecht*, Berlin/New York, 2001.

(2) Vid. J. H. MERRYMAN, «Two Ways of Thinking About Cultural Property», en *Thinking About the Elgin Marbles. Critical Essays on Cultural Property, Art and Law*, Londres, 2000, págs. 66-67 (originariamente publicado en *AJIL*, 1986, vol. 80, págs. 831-853); J. H. MERRYMAN, «International Art Law: From Cultural Nationalism to a Common Cultural Heritage», en *NYUJILP*, 1982-1983, vol. 15, págs. 757-764; E. I. GEGAS, «International Arbitration and the Resolution of Cultural Property Disputes: Navigating the Stormy Waters Surrounding Cultural Property», en *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, 1997-1998, vol. 13, págs. 141-142; H. NIÉC, «Legislative Models of Protection of Cultural Property», en *Hastings L. J.*, 1976, vol. 27, págs. 1089-1122; A. SLJIVIC, «Why Do You Think It's Yours?: An Exposition of the Jurisprudence Underlying the Debate Between Cultural Nationalism and Cultural Internationalism», en *The George Washington Journal of International Law and Economics*, 1997-1998, vol. 31, págs. 393-438.

irrelevante su ubicación o propiedad, cobra protagonismo la nación de la que el bien procede (3).

3. Una de las muestras más claras de *internacionalismo cultural* es la que se observa en la *Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado*, firmada en La Haya el 14 de mayo de 1954 (en adelante, Convención de La Haya de 1954) (4). La Convención de La Haya

(3) En la doctrina germánica se ha hablado del *Heritage-Prinzip*: Habría una especie de propiedad mundial (*Welteigentum*) de los bienes culturales y cada Estado estaría obligado, frente a la comunidad internacional, a proteger tales bienes, siempre que se hallen en su territorio, con independencia de las relaciones dominicales jurídico-públicas o privadas. Cabe recordar, sin embargo, que ya el 21 de abril de 1813, Sir ALEXANDER CROKE (1758-1842), Juez de la Vice-Admiralty Court en Halifax, Nueva Escocia, resolvió el caso *The Marquis de Somerueles*, ordenando «the restitution of the property»; precisamente porque Sir ALEXANDER creía que: «The same law of nations, which prescribes that all property belonging to the enemy shall be liable to confiscation, has likewise its modifications and relaxations of that rule. The arts and sciences are admitted amongst all civilized nations, as forming an exception to the severe rights of warfare, and as entitled to favour and protection. They are considered not as the peculium of this or that nation, but as the property of mankind at large, and as belonging to the common interests of the whole species». El texto de esta sentencia puede consultarse en *International Journal of Cultural Property*, 5, 1996, pág. 319 y sigs. Vid., sobre este y otros aspectos de esta polémica cuestión, R. DOLZER, «Die Deklaration des Kulturguts zum “common heritage of mankind”», en R. DOLZER/E. JAYME/R. MUSSGNUNG (Hrsg.), *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes, Symposium vom 22./23. Juni 1990 im Internationalen Wissenschaftsforum Heidelberg*, Heidelberg, 1994, págs. 13-26; W. FIEDLER, «Von territorialen zum humanitären Kulturgüterschutz», en F. FECHNER/T. OPPERMANN/L. V. PROTT (Hrsg.), *Prinzipien des Kulturgüterschutzes - Ansätze im deutschen, europäischen und internationalen Recht*, Berlin, 1996, págs. 159-173; C. FREYTAG, «“Cultural Heritage”: Rückgabeansprüche von Ursprungsländern auf ihr “Kulturgut”?», en F. FECHNER/T. OPPERMANN/L. V. PROTT (Hrsg.), *Prinzipien des Kulturgüterschutzes - Ansätze im deutschen, europäischen und internationalen Recht*, Berlin, 1996, págs. 175-200; B. GENIUS-DEVIME, *Bedeutung und Grenzen des Erbes der Menschheit im völkerrechtlichen Kulturgüterschutz*, Baden-Baden, 1996; C. JENSCHKE, *Der völkerrechtliche Rückgabeanspruch auf in Kriegszeiten widerrechtlich verbrachte Kulturgüter*, Berlin, 2005, págs. 301-305; J. H. MERRYMAN, «Two Ways of Thinking...», pág. 67; A. MONDEN/G. WILS, «Art Objects as Common Heritage of Mankind», *Revue belge de droit international*, 19, 1986, págs. 327-338; L. V. PROTT/P. J. O'KEEFE, *Law and Cultural Heritage*, vol. 3, *Movement*, Londo/Edinburgh, 1989; W. RITTER, «Der Schutz kulturellen Erbes in Deutschland und Europa», en *DA*, 29, 1996, págs. 770-772; ID., *Kulturerbe als Beute?*, Nürnberg, 1997; W. STOCKER, *Das Prinzip des Common Heritage of Mankind als Ausdrucks des Staatengemeinschaftsinteresses im Völkerrecht*, Zürich, 1993; R. WOLFRUM, «The Principle of the Common Heritage of Mankind», *ZaöRV*, 43, 1983, págs. 312-338.

(4) *BOE* núm. 282, de 24 de noviembre de 1960, pág. 16189. Vid. V. A. BÍROV, «Prize or Plunder?: The Pillage of Works of Art and the International Law of War», *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.*, 30, 1997/1998, págs. 201-249, en especial pág. 227 y sigs. y 241 y sigs.; P. J. BOYLAN, *Review of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (The Hague Convention of 1954)*, Paris/London, 1993, en especial págs. 189-197; P. BRÜDERLIN, *Kulturgüterschutz in der Schweiz, Gemäss internationalem Abkommen von Den Haag (1954) über «Kulturgüterschutz bei bewaffneten Konflikten»*, Zürich, 1978; G. CARDUCCI, «L'obligation de restitution des biens culturels et des

de 1954 establece un sistema de protección de los bienes culturales durante el conflicto bélico. En su artículo 4.3 señala que los Estados parte se comprometen a impedir y poner fin a cualquier acto de robo, pillaje, ocultación o apropiación de bienes culturales.

objets d'art en cas de conflit armé: Droit coutumier et droit conventionnel avant et après la Convention de la Haye de 1954 - L'importance du facteur temporel dans les rapports entre les traits et la coutume», *RGDIP*, 104, 2000, págs. 289-357; T. DESCH, «Der Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten nach der Konvention von 1954», *Humanitäres Völkerrecht Informationsschriften*, 12, 1999, págs. 230-234; C. N. EICK, «Verstärkter Schutz von Kulturgut in bewaffneten Konflikten: Das Zweite Protokoll zur Haager Konvention von 1954», *Humanitäres Völkerrecht Informationsschriften*, 12, 1999, págs. 143-147; K. W. EIRINBERG, «The United States reconsiders the 1954 Hague Convention», *International Journal of Cultural Property*, 3, 1994, págs. 27-35; L. ENGSTLER, *Die territoriale Bindung von Kulturgütern im Rahmen des Völkerrechts*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1964, en especial págs. 219 y 222; F. FECHNER, *Rechtlicher Schutz archäologischen Kulturgutes - Regelungen im innerstaatlichen Recht, im Europa- und Völkerrecht sowie Möglichkeiten zu ihrer Verbesserung*, Berlin, 1991, en especial pág. 90; W. FIEDLER, «"Kriegsbeute" im internationalen Recht», en V. M. STROCKA (Hrsg.), *Kunstraub - ein Siegerrecht? Historische Fälle und juristische Einwände*, Berlin, 1999, págs. 47-61, en especial pág. 57; T. FITSCHEN, «Licit International Art Trade in Times of Armed Conflict?», *IJCP*, 5, 1996, págs. 127-132; V. FUENTES CAMACHO, *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales*, Madrid, 1993, págs. 252-254; J.-M. HENKAERTS, «New rules for the Protection of Cultural Property in Armed Conflict: The Significance of the Second Protocol to the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict», *Humanitäres Völkerrecht Informationsschriften*, 12, 1999, págs. 147-154; J. HLADÍK, «The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and the notion of military necessity», *RICR*, 81, 1999, págs. 621-635; ID., «Actividades de la UNESCO en materia de aplicación y promoción de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y sus dos Protocolos», en M. T. DUTLY (ed.), *Protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado: informe de la Reunión de expertos (Ginebra, 5-6 de octubre de 2000)*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2002, págs. 57-68; C. JENSCHKE, *Der völkerrechtliche Rückgabeanspruch...*, págs. 57-73, 167-168 y 171-172; E. LATTMANN, *Schutz der Kulturgüter bei bewaffneten Konflikten - Die schweizerische Gesetzgebung und Praxis aufgrund des Haager Abkommens vom 14. Mai 1954 für den Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten*, Zürich, 1974; D. A. MEYER, «The 1954 Hague Cultural Property Convention and its Emergence into Customary International Law», *Boston Univ. Int'l L. J.*, 11, 1993, págs. 349-389; R. O'KEEFE, «The Meaning of "Cultural Property" under the 1954 Hague Convention», *NILR*, 46, 1999, págs. 26-56; K. J. PARTSCH, «Protection of Cultural Property», en D. FLECK (Ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford, 1995, págs. 377-404; A. H. POULOS, «The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict: An Historic Analysis», *International Journal of Legal Information*, 28, 2000, págs. 1-44; L. V. PROTT, «Commentary», en N. RONZITTI (Ed.), *The Law of Naval Warfare - A Collection of Agreements and Documents with Commentaries*, Dordrecht/Boston/London, 1998, págs. 582-593; CH. ROUSSEAU, *Le droit des conflits armés*, París, 1983, págs. 184-185; W. RUDOLF, «Über den internationalen Schutz von Kulturgütern», en K. HAILBRONNER/G. RESS/T. STEIN (Hrsg.), *Staat und Völkerrechtsordnung, Festschrift für Karl Doehring*, Berlin/Heidelberg/New York/London, 1989, págs. 853-871, en especial pág. 861; S. VON SCHORLEMER, *Internationale Kulturgüterschutz - Ansätze zur Prävention im Frieden sowie im bewaffneten Konflikt*, Berlin, 1992, en especial págs. 277 y 306-307;

La Convención fue elaborada teniendo presente que no existe un patrimonio cultural de cada nación, sino un patrimonio cultural de toda la humanidad. Así, en su Preámbulo, se afirma que «los daños ocasionados a los bienes culturales pertenecientes a cualquier pueblo constituyen un menoscabo al patrimonio cultural de toda la humanidad, puesto que cada pueblo aporta su contribución a la cultura mundial... la conservación del patrimonio cultural presenta una gran importancia para todos los pueblos del mundo... conviene que ese patrimonio tenga una protección internacional» (5).

4. Una de las principales manifestaciones de *nacionalismo cultural* es la *Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales*, hecha en París el 14 de noviembre de 1970 (en adelante, Convención de la UNESCO de 1970) (6). En su Preámbulo, se señala que «...todo Estado tiene el deber de proteger el patrimonio constituido por los bienes culturales existentes en su territorio contra los peligros de robo, excavación clandestina y exportación ilícita... para evitar esos peligros es indispensable que todo Estado tenga cada vez más conciencia de las obligaciones

H. STREBEL, «Die Haager Konvention zum Schutze der Kulturgüter im Falle eines bewaffneten Konfliktes vom 14.5.1054», *ZaöRV*, 16, 1955/56, págs. 35-75; J. TOMAN, *The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Commentary on the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its Protocol, signed on 14 May 1954 in the Hague, and on other instruments of international law concerning such protection*, Aldershot/Brookfield, 1996, en especial págs. 23, 54, 70-71, 97 y sigs., 169-171, 198-199 y 343-347; S. TURNER, «Die Zuordnung beweglicher Kulturgüter im Völkerrecht», en W. FIEDLER (Hrsg.), *Internationaler Kulturgüterschutz und deutsche Frage: völkerrechtliche Probleme der Auslagerung, Zerstreuung und Rückführung deutscher Kulturgüter nach dem Zweiten Weltkrieg*, Berlin, 1991, págs. 19-108, en especial págs. 106 y sigs.; ID., «Das internationale Kulturgüterrecht und die Zerstreuung des deutschen Kulturbesitzes nach dem Zweiten Weltkrieg», en W. FIEDLER (Hrsg.), *Internationaler Kulturgüterschutz und deutsche Frage: völkerrechtliche Probleme der Auslagerung, Zerstreuung und Rückführung deutscher Kulturgüter nach dem Zweiten Weltkrieg*, Berlin, 1991, págs. 109-182, en especial págs. 180-182; R. WOLFRUM, «Reflections on the Protection of Cultural Property in Armed Conflict», en *Festschrift für Erik Jayme*, München, Sellier, European Law Publishers, 2004, págs. 1789-1800.

(5) Vid. párrafos segundo y tercero del Preámbulo de la Convención de La Haya de 1954. Vid. J. H. MERRYMAN, *Two Ways of Thinking...*, págs. 72-73.

(6) *BOE* núm. 31, de 5 de febrero de 1986, pág. 4869. Vid. G. CARDUCCI, *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art, Droit commun, Directive CEE, Conventions de l'Unesco et Unidroit*, Paris, 1997; V. FUENTES CAMACHO, *El tráfico ilícito...*, págs. 254-259; S. GIMBRÈRE/T. PRONK, «The Protection of Cultural Property: From UNESCO to the European Community with Special Reference to the Case of the Netherlands», en *NYIL*, 23, 1992, págs. 223-273; J. N. LEHMAN, «The Continued Struggle with Stolen Cultural Property: The Hague Convention, the UNESCO Convention, and the UNIDROIT Draft Convention», en *Ariz. J. Int'l & Comp. L.*, 14, 1997, págs. 527-549; J. H. MERRYMAN, *Two Ways of Thinking...*, págs. 79-83; L.V. PROTT, «Kulturgüterschutz nach der UNIDROIT-Konvention und nach der UNESCO-Konvention», en *ZVglRWiss*, 95, 1996, págs. 188-202.

morales inherentes al respeto de su patrimonio cultural y del de todas las naciones» (7).

La concepción de los bienes culturales como elementos que constituyen el patrimonio cultural de un concreto Estado determina la regulación que la Convención contempla en sus artículos 3 y 7. En virtud de la Convención se considera ilícita la importación, la exportación y la transferencia de propiedad de bienes culturales que vulnera la legislación del país de origen; siendo el objetivo perseguido por la Convención el retorno del bien cultural a dicho Estado (art. 3 y art. 7.b.ii) (8). La protección que ofrece la Convención se refiere a los bienes culturales procedentes de museos, monumentos públicos civiles o religiosos, o instituciones similares. Por lo tanto, su objetivo no es proteger al propietario originario. Es el Estado de origen el que puede reclamar tales bienes culturales.

5. Si se comparan las dos convenciones mencionadas, se observa que el objetivo de la Convención de La Haya de 1954 es proteger el bien cultural de los daños que se le puedan causar, que pueden llevar incluso a su destrucción (9). En cambio, la Convención de la UNESCO de 1970 intenta que tales bienes permanezcan en el país de origen (10).

6. En su formulación extrema, *nacionalismo* e *internacionalismo cultural* se enfrentan, entre otros, en los siguientes aspectos (11):

- a) Desde la perspectiva del *nacionalismo cultural*, es peor que un bien integrante del patrimonio cultural de la nación sea exportado, que los daños que pueda sufrir el bien en el Estado de origen, como consecuencia de su inadecuada conservación (12). Por el contrario, el *internacionalismo cultural* considera que deben ser trasladados a Estados que cuentan con mayores recursos para conservarlos, en donde podrían ser estudiados por otros investigadores y tendría acceso a los mismos un público más amplio (13).
- b) Para el *nacionalismo cultural*, un bien cultural, aunque mal conservado u olvidado, está mejor en el país de origen que en manos de un particular que lo haya adquirido en el mercado internacio-

(7) Vid. párrafos cuarto y quinto del Preámbulo de la Convención de la UNESCO de 1970.

(8) Vid. M. F. BOLAÑO, «International Art Theft Disputes: Harmonizing Common Law Principles with Article 7 (b) of the UNESCO Convention», en *Fordham Int'l L. J.*, 1991-1992, págs. 137-139; J. B. GORDON, «The UNESCO Convention on the Illicit Movement of Art Treasures», en *Harvard International Law Journal*, 1971, vol. 12, págs. 550-551.

(9) Vid. J. H. MERRYMAN, *Two Ways of Thinking...*, pág. 83.

(10) *Ibidem*.

(11) *Ibidem*, págs. 83-87.

(12) *Ibidem*, pág. 84.

(13) *Ibidem*.

nal (14). El *internacionalismo cultural*, por el contrario, se muestra partidario del comercio internacional de dichos bienes (15).

- c) Según los partidarios del *internacionalismo cultural*, la política del *nacionalismo cultural* que restringe el comercio internacional de obras de arte fomenta el mercado negro (16). En cambio, dicho tráfico ilícito es considerado para el *nacionalismo cultural* como la confirmación de que los sistemas de protección son necesarios (17). Por ello, las naciones que se inclinan por el *nacionalismo cultural* cuentan con legislaciones que regulan la exportación de bienes culturales y ejercitan acciones en las que solicitan el retorno de los bienes al país de origen (18).

7. Una vez examinadas las dos perspectivas desde las que se puede diseñar el sistema de protección de los bienes culturales, procede examinar la regulación existente en el Ordenamiento jurídico español para determinar en cuál de ellas se enmarca.

II. LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES CULTURALES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

1. EL DERECHO A LA CULTURA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

8. El artículo 44 de la Constitución Española (en adelante, CE) establece que: «1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura a la que todos tienen derecho. 2. Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general».

En la Constitución Española se hace alusión a diversas manifestaciones de la cultura, siendo posible distinguir una dimensión general y una dimensión colectiva (19). La primera comprende sus contenidos medulares, los procedimientos y vías de creación, transmisión y comunicación; y la proyec-

(14) *Ibidem*, pág. 84.

(15) *Ibidem*.

(16) Vid. P. M. BATOR, «An Essay on the International Trade in Art», en *Stan. L. Rev.*, 1981-1982, núm. 34, pág. 317; J. H. MERRYMAN, *Two Ways of Thinking...*, pág. 85; J. H. MERRYMAN/A. E. ELSÉN, «Hot Art: A Reexamination of the Illegal International Trade in Cultural Objects», en *J. Arts Mgmt. & L.*, 1982, págs. 5 y 16.

(17) Vid. J. H. MERRYMAN, *Two Ways of Thinking...*, pág. 85.

(18) *Ibidem*, pág. 67.

(19) Vid. J. PRIETO DE PEDRO, «Artículo 44.1. El derecho a la cultura», en O. ALZAGA VILLAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. IV, Madrid, 1996, pág. 209; J. PRIETO DE PEDRO, *Cultura, culturas y Constitución*, 3.^a reimp., Madrid, 2004.

ción de la misma hacia otras materias (20). En el ámbito de la segunda, el artículo 46 CE se refiere al patrimonio cultural (21).

Según ha señalado la doctrina, se considera que existe un deseo comunitario de «apropiación del legado histórico y del acervo cultural y artístico nacional» (22). En este sentido, la Constitución Española establece en el Preámbulo que la Nación española proclama su voluntad de «Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones», así como la de «Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida» (23).

9. El artículo 46 CE establece que «Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del Patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad...» (24).

En virtud del artículo 46 CE, los poderes públicos tienen el deber de proteger el patrimonio cultural (25). Del mencionado patrimonio cultural forman parte todas las creaciones humanas dotadas de *valor cultural*, con independencia de su forma de manifestación (corpórea, única o múltiple, homogénea o heterogénea) (26). Dicho *valor cultural* es el elemento que justifica el especial sistema de tutela de los bienes que lo integran (27).

(20) Vid. J. PRIETO DE PEDRO, *Artículo 44.1...*, pág. 209.

(21) *Ibidem*.

(22) Vid. A. E. PÉREZ-LUÑO, *Artículo 46...*, pág. 280.

(23) *Ibidem*.

(24) Sobre la discusión doctrinal relativa a su consideración como derecho fundamental, Vid. P. LUCAS VERDÚ, «Artículo 46», en L. SÁNCHEZ-AGESTA/P. LUCAS VERDÚ/G. TRUJILLO y P. DE VEGA, *Constitución Española. Edición comentada*, Madrid, 1979, pág. 120; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Madrid, 2004, págs. 19-28, 282-283 y 287-288; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, Madrid, 1995, págs. 36-38 y 318-320; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Derecho y Derechos Fundamentales*, Madrid, 1993, pág. 323 y sigs.; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Madrid, 1988, págs. 195-213; A. E. PÉREZ LUÑO, «Las generaciones de derechos fundamentales», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1991, núm. 10, pág. 203 y sigs.; A. E. PÉREZ-LUÑO, *Artículo 46...*, págs. 293, 299-300; A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9.ª ed., Madrid, 2005, págs. 530-554.

(25) Con respecto a que los poderes públicos son los destinatarios de normas como el artículo 46 CE, vid. G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Lecciones...*, pág. 283; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso...*, págs. 36-38 y 318-320.

(26) Vid. M. VAQUER CABALLERÍA, *Estado y cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución Española*, Madrid, 1998, pág. 256.

(27) Vid. C. BARRERO RODRÍGUEZ, «Patrimonio cultural y organización administrativa», en *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 21, 1995, pág. 36; M. VAQUER CABALLERÍA, *Estado y cultura...*, pág. 255.

Debemos distinguir el bien cultural de su soporte físico (28). El primero es una determinada utilidad de la cosa, sobre la que es posible que exista una pluralidad de bienes. Cada uno de esos bienes puede ser objeto de una tutela específica (29). Sin embargo, la titularidad del bien patrimonial, que se asienta sobre la misma cosa, puede pertenecer a otro sujeto (30). El bien cultural es un «bien inmaterial», caracterizado por ser un bien abierto a una «fruición colectiva», lo que hace que se trate de un bien público (31). El Estado tutela esta fruición colectiva (32). Como el bien cultural debe ser accesible al uso público, se considera que resulta legitimada la intervención administrativa sobre tales bienes (33).

2. LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EN LA LPHE

10. En la línea del *nacionalismo cultural*, el régimen de protección del patrimonio cultural se concreta en el Ordenamiento español en la *Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español* (en adelante, LPHE) (34). En el artículo 1.2 LPHE se señala que: «Integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico». A continuación, en su artículo 2.1, la LPHE hace alusión al deber de los poderes públicos de proteger el mencionado patrimonio: «Sin perjuicio de las competencias que correspondan a los demás poderes públicos, son deberes y atribuciones esenciales de la Administración del Estado, de conformidad con lo establecido en los artículos 46 y 44, 149.1.1 y 149.2 de la Constitución, garantizar la conservación del Patrimonio Histórico

(28) Vid. M. S. GIANNINI, «I beni culturali», en *Riv. trim. dir. pub.*, 1976, pág. 24; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural», en *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 39, 1983, pág. 583; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «El papel de la Administración Pública frente a la exportación ilegal de bienes culturales», en A. L. CALVO CARAVACA/S. AREAL LUDEÑA (dirs.), *Cuestiones actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Madrid, 2005, pág. 101.

(29) Vid. M. S. GIANNINI, *I beni culturali...*, pág. 24; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Consideraciones sobre una nueva legislación...*, pág. 583.

(30) Vid. M. S. GIANNINI, *I beni culturali...*, págs. 30-33.

(31) *Ibidem*, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Consideraciones sobre una nueva legislación...*, pág. 584.

(32) Vid. M. S. GIANNINI, *I beni culturali...*, págs. 30-33.

(33) Vid. M. VAQUER CABALLERÍA, *Estado y cultura...*, págs. 241-242.

(34) *BOE* núm. 155, de 29 de junio de 1985, pág. 20342 y sigs.; rect. *BOE* núm. 296, de 11 de diciembre de 1985, pág. 39101.

Español, así como promover el enriquecimiento del mismo y fomentar y tutelar el acceso de todos los ciudadanos a los bienes comprendidos en él. Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.1.28 de la Constitución, la Administración del Estado protegerá dichos bienes frente a la exportación ilícita y la expoliación».

11. El grado de protección frente a la exportación ilícita de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español varía en función de la categoría a la que los mismos pertenecen. Existen dos categorías de protección fundamentales: los *bienes de interés cultural* y los bienes del Inventario General de Bienes Muebles. Tal como establece la LPHE en su Preámbulo, la categoría de *bienes de interés cultural* comprende los muebles e inmuebles del Patrimonio Histórico Español que, de forma más palmaria, requieran tal protección. Son bienes cuya importancia cultural los convierte en representativos de la historia, el arte o la cultura de España (35). Los *bienes de interés cultural* son bienes *inexportables*, es decir, su salida con carácter definitivo no se encuentra permitida (art. 5.3 LPHE) (36).

Los bienes del Inventario General de Bienes Muebles son aquéllos cuyo grado de interés, desde el punto de vista de los valores culturales tutelados por el Derecho, es menor que el de los *bienes de interés cultural* (37). La exportación de tales bienes se encuentra permitida sólo en caso de que previamente se conceda una autorización expresa de exportación (art. 5.2 LPHE).

12. Nuestro objetivo consiste en determinar cómo influye la existencia de bienes culturales *protegidos* por los Estados en el comercio internacional de obras de arte. Para ello examinaremos, en primer lugar, cómo se regula la propiedad de una obra de arte en el Derecho Internacional Privado español. A continuación, expondremos cómo puede verse afectado un propietario particular por la reclamación de un Estado que, en el ámbito del *nacionalismo cultural*, alega estar cumpliendo con su deber de proteger su patrimonio cultural.

(35) Vid. J. L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Estudios sobre el patrimonio histórico español*, Madrid, 1989, pág. 110 y sigs.; J. M. MAGÁN PERALES, *La circulación ilícita de bienes culturales*, Valladolid, 2001, pág. 213.

(36) Vid. J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, 2 tomos, Madrid, 1994, pág. 310 y sigs.; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *El papel de la Administración...*, pág. 108; P. LÓPEZ-CARCELLER MARTÍNEZ, *La reivindicación de los bienes culturales muebles ilegalmente exportados*, Valencia, 2001, pág. 94.

(37) Vid. C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Madrid, 1990, pág. 618.

III. LA PROPIEDAD DE LOS BIENES CULTURALES EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL: *LEX REI SITAE*

1. LA REGLA *LEX REI SITAE*

13. En Derecho Internacional Privado español no existe una norma de conflicto específica para los litigios relativos a la propiedad de los bienes culturales (38). Cuando se plantea uno de los mencionados litigios ante los Tribunales españoles, éstos acuden al artículo 10.1 del Código Civil, que es la norma de conflicto general en materia de derechos reales. Dicho precepto establece que «La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen. La misma ley será aplicable a los bienes muebles». El artículo 10.1 del Código Civil recoge la que se considera la solución mayoritaria de los sistemas de Derecho Internacional Privado, al determinar aplicable la *lex rei sitae* (39). La regla *lex rei sitae* se aplica con independencia de que el sujeto que reclama la propiedad del bien cultural sea un particular o un Estado.

14. Cuando se discute la propiedad de una obra de arte que ha sido objeto de traslado, es necesario concretar cuál es el *lugar* al que se refiere el artículo 10.1 del Código Civil. La tesis mayoritaria considera que la Ley aplicable es la del lugar en que se encuentra el bien cultural en el momento de su adquisición, ya que ése es el «momento jurídicamente relevante» (40).

2. LAS RECLAMACIONES DE LA PROPIEDAD DE LOS BIENES CULTURALES REALIZADAS POR LOS ESTADOS A SUJETOS PARTICULARES

15. Comenzaremos exponiendo una serie de casos en los que un Estado solicitó el retorno de un bien cultural a un sujeto particular que alegaba ser el propietario del mismo.

16. Uno de los primeros casos se planteó por el Estado italiano con la reclamación de una serie de libros antiguos, que dio lugar al asunto *The King of Italy and the Italian Government v. Marquis Cosimo de Medici Tornaquin-*

(38) Vid. A. MÜLLER-KATZENBURG, «Besitz- und Eigentumssituation bei gestohlenen und sonst abhanden gekommenen Kunstwerken», en *NJW*, 52, 1999, págs. 2251-2258; ID., *Internationale Standards im Kulturverkehr und ihre Bedeutung für das Sach- und Kollisionsrecht*, Berlin, 1995, en especial pág. 157 y sigs.

(39) Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Derechos reales», en A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 8.ª ed., Granada, 2007, pág. 525; V. FUENTES CAMACHO, *El tráfico ilícito...*, pág. 203; L. V. PROT, «Problems of Private International Law for the Protection of the Cultural Heritage», en *RCADI*, 1989, vol. 217, pág. 262.

(40) Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derechos reales...*, pág. 527.

ci, *Marquis Averardo de Medici Tornaquinci, and Christie, Manson and Woods* (41). El Estado italiano solicitó la devolución de los libros, caracterizados por su interés histórico-artístico, al constar valiosas referencias históricas para el Estado italiano. La familia de los Marqueses MEDICI TORNAQUINCI, que era propietaria de los libros, procedió a trasladarlos al Reino Unido para que fueran subastados en la sala Christie's, sin contar con el correspondiente permiso de exportación. Los libros, algunos de propiedad privada y otros de propiedad del Estado italiano, fueron exportados ilegalmente de Italia. El tribunal británico sólo ordenó la devolución de los libros de propiedad estatal.

17. El Estado italiano realizó una reclamación semejante en el caso *Jeanneret v. Vichey*, relativo a la compraventa de la obra *Portrait sur fond jaune* de Henri MATISSE en 1973 (42). Marie Louise JEANNERET adquirió la obra a la señora VICHEY. Un año después de la venta, la señora JEANNERET descubrió que había sido exportada ilegalmente de Italia por la señora VICHEY, así que acudió a los tribunales estadounidenses para solicitar la rescisión del contrato. En el litigio intervino también el Gobierno italiano, alegando que habían sido vulneradas sus normas de exportación. Afirmó además que se trataba de un bien de particular interés artístico e histórico y que su exportación suponía una tremenda pérdida para el Patrimonio Nacional. El tribunal estadounidense no tomó en consideración la reclamación del Estado italiano, al estimar que no existía un vínculo cultural entre el Estado italiano y la obra (43).

18. En el asunto *Danusso*, el Estado ecuatoriano reclamó la propiedad de una serie de bienes culturales a un nacional italiano (44). El litigio se planteó ante los tribunales italianos, cuyo Derecho Internacional Privado determinaba aplicable la Ley ecuatoriana como *lex rei sitae* (45). El Estado alegó en su reclamación que se trataba de bienes de su patrimonio cultural.

(41) Chancery Division 31 julio 1918, *King of Italy v. Marquis Cosimo de Medici Tornaquinci and Christie Manson and Woods* (1919), en *RDI*, 1921-1922, serie III, vol. 1, pág. 194 y sigs. Vid. K. KREUZER, «La propriété mobilière en droit international privé», en *RCADI*, 1996, vol. 259, pág. 139; V. FUENTES CAMACHO, *El tráfico ilícito...*, págs. 107-108.

(42) *Jeanneret v. Vichey*, 541 F. Supp. 80 SDNY 1982, 693 F. 2d 259 (2d Cir. 1982). Vid. I. GUARDÁNS I CAMBÓ, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Madrid, 1992, pág. 77; K. SIEHR, «International Art Trade and the Law», en *RCADI*, 1993, vol. 243, págs. 36-40; V. FUENTES CAMACHO, *El tráfico ilícito...*, págs. 162-164.

(43) Vid. CH. ARMBRÜSTER, «La revendication de biens culturels du point de vue du droit international privé», en *RCDIP*, 2004, vol. 93, octubre-décembre, pág. 741.

(44) *Repubblica dell'Ecuador e Casa della cultura ecuatoriana c. Danusso, Matta e altri*, Tribunale di Torino, 25 de marzo de 1982, en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1982, vol. 18, pág. 625.

(45) Vid. R. CLERICI, «La protection des biens culturels vis-à-vis des règles italiennes de conflit», en *RDIPP*, 1989, págs. 799-808.

Según la legislación ecuatoriana, para la transmisión de tales bienes es preciso el permiso de la Casa de la Cultura de Ecuador (46). Como en la adquisición de los bienes había faltado la autorización que dicha Ley exige para su transmisión, en la sentencia se señaló que G. DANUSSO no había adquirido un título legal de sus vendedores, por lo que se ordenó el retorno de los bienes a Ecuador (47).

19. El Estado neozelandés reclamó una puerta tallada de arte maorí en el caso *Attorney General of New Zealand v. Ortiz* (48). En 1973, un comerciante británico adquirió la puerta en Nueva Zelanda, que fue trasladada sin permiso a Nueva York. Posteriormente fue vendida a George ORTIZ, un conocido coleccionista privado residente en Suiza. En 1978, G. ORTIZ recurrió a la firma Sotheby's para subastar su colección en Londres. El Gobierno de Nueva Zelanda tomó entonces conocimiento del paradero de la obra, por lo que reclamó la propiedad de la misma ante los tribunales ingleses. La reclamación del Gobierno de Nueva Zelanda se basaba en que, en virtud de la *New Zealand Historic Articles Act 1962*, la exportación de objetos históricos sin autorización se encontraba prohibida. Si la exportación se llevaba a cabo en tal caso, la mencionada norma señalaba que el bien debía pasar a ser propiedad de la Corona. Los tribunales británicos examinaron si se había producido una adquisición de la propiedad del bien por parte del Estado de Nueva Zelanda. Como la adquisición de la propiedad por parte del Estado tenía lugar, según la *New Zealand Historic Articles Act 1962*, como consecuencia de la exportación ilegal, el tribunal señaló que ello implicaba admitir una adquisición automática en frontera (49). El tribunal consideró que ello iba en contra de la teoría de la soberanía e implicaba una violación del Derecho internacional (50). Por ello, no fue atendida la reclamación del Estado neozelandés.

20. Otro ejemplo es el caso *United States of America v. Frederick Schultz*, en el que el Gobierno egipcio solicitó el retorno al país de origen de una serie de antigüedades que habían sido vendidas en los Estados Unidos de América por el marchante de arte Frederick SCHULTZ (51). En virtud de la

(46) Artículo 5 de la Ley ecuatoriana del Patrimonio Artístico de 1945: «No podrá transferirse el dominio de los objetos pertenecientes al patrimonio artístico nacional a título gratuito u oneroso, ni desplazar tales objetos, sin autorización de la Casa de la Cultura ecuatoriana, a quien corresponde la conservación del Patrimonio artístico y podrá por su parte denegar la autorización».

(47) Vid. K. SIEHR, *International Art Trade...*, págs. 82-83.

(48) *Attorney General of New Zealand v. Ortiz*, (1982) 2 WLR 10 (QB), (1982) 3 All ER 432 (QB); (1984) 1 AC 1 (CA, HL).

(49) Vid. K. SIEHR, *International Art Trade...*, pág. 187.

(50) *Ibidem*.

(51) *United States v. Frederick Schultz*, 333 F.3d 393, 401 (2d Cir. 2003), *cert. denied*, 72, U.S.L.W. 3292 (2004). Vid. M. A. EL WAHED, «The 1995 UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: a View from Egypt», *Revue de Droit Uniforme/Uniform Law Review*, 2003, pág. 531; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «El co-

legislación egipcia, en concreto la Ley núm. 117 (*The Law on the Protection of Antiquities*), el Gobierno egipcio sostuvo que los bienes en cuestión eran de su propiedad (52). Dicha legislación establecía que pertenecían al mismo todas las antigüedades descubiertas en el territorio de Egipto con posterioridad a su promulgación. F. SCHULTZ negó que la Ley egipcia 117 atribuyese un auténtico derecho de propiedad al Gobierno de Egipto (53). Para ello, sostuvo que la Ley egipcia 117 era una norma de exportación extranjera y, como tal, no podía ser aplicada por los tribunales estadounidenses. El tribunal estadounidense señaló que la Ley egipcia 117 contaba con un amplio ámbito de aplicación, en el que se incluían tanto normas de exportación como normas reguladoras de la propiedad (54). Esta distinción revestía una gran importancia para el litigio dado que, si se admitía que sólo era una norma de exportación, con base en la misma no cabía considerar que los bienes habían sido robados. Pero el tribunal consideró que, en lo que resultaba aplicable al caso, la Ley egipcia 117 regulaba la propiedad de las antigüedades. Para llegar a esta conclusión fue tenida en cuenta la claridad de su lenguaje, y que resultaba aplicable tanto a la exportación de Egipto como a los hechos que tuvieran lugar dentro del país. El tribunal señaló, como prueba de que se trataba de una ley de propiedad, que la Ley distinguía, en lo que a sanciones se refiere, entre el caso de exportación y el de robo, contemplando, para cada uno, distintas penas de prisión y multa. El tribunal estadounidense admitió así que, en virtud de la legislación egipcia, el Gobierno de Egipto era el propietario de las antigüedades.

21. Los casos expuestos tienen en común que los Estados reclaman la propiedad de bienes culturales a sujetos particulares, alegando, en alguna fase del procedimiento, que son bienes que se encuentran protegidos por la legislación estatal o que revisten una especial importancia para el patrimonio cultural del país.

mercio internacional de obras de arte robadas: *United States v. Frederick Schultz*», en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Estudios sobre Contratación Internacional*, Madrid, Colex, 2006, págs. 37-54; C. ERICSON, «United States of America v. Frederick Schultz. The National Stolen Property Act Revives the Curse of the Pharaohs», *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 2004, vol. 12, págs. 509-524; P. GERSTENBLITH, «United States v. Schultz», *Culture without Context: the Newsletter of the Illicit Antiquities Research Centre*, primavera 2002, núm. 10, en <http://www.mcdonald.cam.ac.uk/IARC/cwoc/issue10/USvSchultz.htm>; B. POND, «U. S. v. Schultz», *DePaul-LCA Journal of Art and Entertainment Law*, 2003, vol. 13, pág. 495; P. WATSON, «The Investigation of Frederick Schultz», *Culture without Context: the Newsletter of the Illicit Antiquities Research Centre*, primavera 2002, núm. 10, en <http://www.mcdonald.cam.ac.uk/IARC/cwoc/issue13/mcclain-schultz.htm>

(52) La versión actual de la Ley núm. 117 puede ser consultada en la Base de datos de la UNESCO sobre legislaciones relativas al patrimonio cultural (<http://www.unesco.org>).

(53) Vid. B. POND, *U.S. v. Schultz*..., pág. 495.

(54) *Ibidem*, pág. 504; C. ERICSON, *United States of America v. Frederick Schultz*..., pág. 518.

Ahora bien, ¿resultaron relevantes tales argumentos para el éxito de las reclamaciones, o los tribunales se limitaron a resolver la cuestión de la propiedad sin tener en cuenta la dimensión colectiva del derecho a la cultura?

22. En el ámbito del Derecho Internacional Privado, los tribunales resuelven generalmente las reclamaciones de propiedad de un bien cultural en virtud de la regla *lex rei sitae*. En el asunto *Danusso*, por ejemplo, se valoró si G. DANUSSO se había convertido en propietario de los bienes culturales conforme a la legislación ecuatoriana, por ser la ley del lugar en el que se encontraban los bienes cuando fueron por él adquiridos (55). La falta del permiso de la Casa de la Cultura ecuatoriana motivó que el tribunal considerase que G. DANUSSO no se había convertido en legítimo propietario.

En el caso *United States of America v. Frederick Schultz* también se admitió que el Gobierno extranjero, en este caso egipcio, era el propietario de las antigüedades (56). Los tribunales estadounidenses distinguieron claramente entre la consideración de la Ley egipcia 117 como norma de exportación o norma que regulaba la propiedad. Dichos tribunales aclararon que entendían que las antigüedades eran de la propiedad del Gobierno egipcio y por ello consideraron que habían sido robadas. No se tomó en consideración el hecho de que el Gobierno egipcio pudiera estar protegiendo su patrimonio cultural.

23. En los casos expuestos se observa que las normas de protección del patrimonio cultural —como es el caso de las normas de exportación—, no son tomadas en consideración por los tribunales extranjeros. Los tribunales se limitaron a valorar si el particular se había convertido en propietario conforme a la legislación que resultaba aplicable. Dicho de otra forma, los tribunales extranjeros no decidieron sobre la propiedad del bien cultural con base en un posible papel del Estado de protección del patrimonio cultural.

3. LAS NORMAS INTERNACIONALMENTE IMPERATIVAS EN LAS RECLAMACIONES DE PROPIEDAD DE BIENES CULTURALES: ARTÍCULO 29 LPHE

24. Las conclusiones que acabamos de exponer resultan aplicables cuando la reclamación de la propiedad del bien cultural es resuelta por

(55) «Repubblica dell'Ecuador e Casa della cultura ecuatoriana c. Danusso, Matta e altri», Tribunale di Torino 25 marzo 1982, en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1982, vol. 18, pág. 625.

(56) *United States v. Frederick Schultz*, 333 F.3d 393, 401 (2d Cir. 2003), *cert. denied*, 72, U.S.L.W. 3292 (2004). Vid. M. A. EL WAHED, *The 1995 UNIDROIT Convention...*, pág. 531; C. ERICSON, *United States of America v. Frederick Schultz...*, págs. 509-524; P. GERSTENBLITH, «United States v. Schultz...», en <http://www.mcdonald.cam.ac.uk/IARC/cwoc/issue10/USvSchultz.htm>; B. POND, *U.S. v. Schultz...*, pág. 495; P. WATSON, «The Investigation of Frederick Schultz...», en <http://www.mcdonald.cam.ac.uk/IARC/cwoc/issue13/mcclain-schultz.htm>

los tribunales en virtud de la *lex rei sitae*. Sin embargo, existen reglas que sustituyen la aplicación de tal legislación, en las que sí adquiere relevancia el deber del Estado de proteger el patrimonio cultural, como ocurre con el artículo 29 LPHE.

A) El artículo 29 LPHE

25. El artículo 29 LPHE es una norma material de Derecho Internacional Privado (57). Este artículo establece en su apartado primero que «Pertenecen al Estado los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español que sean exportados sin la autorización requerida por el artículo 5 de esta Ley. Dichos bienes son inalienables e imprescriptibles».

26. El artículo 29.1 es una excepción a la norma de conflicto del artículo 10.1 del Código Civil (58). El artículo 29 LPHE se encuentra previsto para proteger los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español que han sido *exportados ilegalmente*. Será aplicable, fundamentalmente, a los casos en los que hayan sido exportados *bienes de interés cultural* —que, como hemos comentado, son en todo caso inexportables— y a los casos en que son exportados bienes *inventariados* sin la correspondiente autorización administrativa (59). En caso de que se cumplan las dos condiciones señaladas —bien protegido del Patrimonio Histórico Español y exportación ilegal—, la propiedad del bien será atribuida al Estado español.

27. El artículo 29 LPHE se encuentra previsto para regular la propiedad de determinados bienes culturales. En su regulación, el deber del Estado español de proteger su patrimonio cultural influye en diversos aspectos. En primer lugar, se convierte al Estado en propietario de determinados bienes. Son bienes que gozan de una especial protección, por así establecerlo la LPHE en su desarrollo del artículo 46 CE.

En segundo lugar, tal como dispone el artículo 29.2 LPHE: «Corresponde a la Administración del Estado realizar los actos conducentes a la total recuperación de los bienes ilegalmente exportados». Implícitamente podría entenderse que se está reconociendo que, en su reclamación, el Estado español está actuando no sólo como un propietario que defiende su derecho sobre

(57) Vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Granada, 8.ª ed., 2007, pág. 185.

(58) Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derechos reales...*, pág. 541; B. L. CARRILLO CARRILLO, «Tráfico internacional ilícito de bienes culturales y DIPr.», en *Anales de Derecho Universidad de Murcia*, 2001, núm. 19, págs. 221-222.

(59) Vid. J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico...*, pág. 324; V. FUENTES CAMACHO, *El tráfico ilícito...*, pág. 310 y sigs.; P. LÓPEZ-CARCELLER MARTÍNEZ, *La reivindicación...*, págs. 94-95.

un bien, sino también cumpliendo con un deber de protección del patrimonio cultural (60).

Por último, se refuerza la posición estatal frente al tercero que pudiera alegar que se ha convertido en propietario de los bienes mencionados, al establecer que tales bienes son inalienables. Así, si el Estado reclama ante los tribunales españoles la propiedad de un bien cultural del Patrimonio Histórico Español que ha sido ilegalmente exportado a un tercero, el tribunal español, en virtud del artículo 29 LPHE, considerará que el tercero no es el legítimo propietario, por lo que ordenará que el bien regrese al territorio español.

B) *El artículo 29 LPHE como norma internacionalmente imperativa*

28. El artículo 29 LPHE puede ser enmarcado entre las que han sido denominadas *normas internacionalmente imperativas* (61). Dentro de las mismas, se trataría de una *norma de dirección*, ya que protege un interés general o público (62). No trata de proteger a sujetos situados en una posición de inferioridad o debilidad en una relación jurídica, como ocurre con las *normas de protección*, sino que restringe la libertad de las partes para salvaguardar intereses generales y/o intereses públicos (63). Se trata de una norma que controla un sector económico especialmente protegido, como es el patrimonio histórico (64).

(60) En este sentido, cabe matizar que si el bien cultural pertenecía a un particular con anterioridad a la exportación ilegal, aquél podrá solicitar su cesión, siempre que demuestre que perdió el bien o le fue sustraído. Artículo 29.3 LPHE: «Cuando el anterior titular acreditase la pérdida o sustracción previa del bien ilegalmente exportado, podrá solicitar su cesión del Estado, obligándose a abonar el importe de los gastos derivados de su recuperación, y, en su caso, el reembolso del precio que hubiere satisfecho el Estado al adquirente de buena fe. Se presumirá la pérdida o sustracción del bien ilegalmente exportado cuando el anterior titular fuera una Entidad de derecho público». Vid. J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico...*, pág. 324; C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica...*, pág. 627; J. M. A. MAGÁN PERALES, *La circulación ilícita...*, págs. 247-248.

(61) Vid. K. H. NEUMAYER, «Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé et des obligations», en *RCDIP*, 1958, pág. 70 y sigs.; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, cit., págs. 195-198; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Contratos internacionales, I...*, cit., págs. 431-434; B. L. CARRILLO CARRILLO, *Tráfico internacional...*, pág. 222.

(62) Vid. G. FARJAT, *L'ordre public économique*, París, 1963; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS/M. VIRGÓS SORIANO, «Le commerce international de l'art en Droit espagnol», en *La vente internationale d'oeuvres d'art*, Ginebra, 1985, pág. 340; M. VIRGÓS SORIANO, «Obligaciones contractuales», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS (dir.), *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, 1995, págs. 178-179.

(63) Vid. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS/M. VIRGÓS SORIANO, *Le commerce international...*, pág. 340; M. VIRGÓS SORIANO, *Obligaciones...*, págs. 178-179; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Contratos de importación...*, pág. 623.

(64) Vid. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS/M. VIRGÓS SORIANO, *Le commerce international...*, pág. 340; M. VIRGÓS SORIANO, *Obligaciones...*, págs. 178-179.

29. Por definición, la *norma internacionalmente imperativa* es aquella que, según el Derecho del Estado al que pertenece, resulta aplicable con independencia de la ley designada por la norma de conflicto de ese país (65). Junto a esta concepción funcional, cabe tener presente una definición conceptual, que señala que es precisa su aplicación para salvaguardar la organización política, social o económica de un país (66). La combinación de ambas definiciones —*conceptual* y *funcional*— permite concebirlas como reglas imperativas cuya aplicación, con independencia del Derecho aplicable, se encuentra justificada por su papel en la organización política, social o económica del Estado al que pertenecen (*Eingriffsrecht*) (67). Siguiendo esta definición, en el caso del Derecho Internacional Privado español, la *norma internacionalmente imperativa* del artículo 29 LPHE será aplicada con independencia del Derecho que resulte aplicable a la propiedad del bien cultural en virtud de la regla *lex rei sitae* (art. 10.1 del CC).

30. En el tema que nos ocupa debemos determinar si el recurso a la teoría de las *normas internacionalmente imperativas* garantiza que, en las reclamaciones de propiedad de bienes culturales, sea relevante el papel que desempeña el Estado en la protección de su patrimonio cultural. El obstáculo fundamental con el que nos enfrentamos es el problema que plantea la aplicación de tales normas por los tribunales.

31. Frente a lo que ocurre en un plano contractual, en el que el artículo 7 del *Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales* (en adelante, CR) se ocupa de las condiciones de aplicación de las *normas internacionalmente imperativas*; en los litigios relativos a la propiedad de bienes culturales no existe un precepto similar (68).

32. Siguiendo un esquema semejante al que se emplea en el artículo 7 CR, debemos distinguir el supuesto en el que la *norma internacionalmente*

(65) Vid. P. MAYER, «Lois de police», en *Rép. Internat. Dalloz*, 1998.

(66) Vid. P. FRANCESCakis, «Conflit de lois», en *Rép. Internat. Dalloz*, 1.ª ed.

(67) Vid. P. MANKOWSKI, en C. V. BAR/P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht*, vol. I, 2.ª ed., München, 2003, págs. 262-273; P. MAYER, *Lois de police...*, 1998.

(68) Versión consolidada en *DOCE* C 27, de 26 de enero de 1998; texto también en *BOE* núm. 171, de 19 de julio de 1993, corrección de errores en *BOE* núm. 189 de 9 de agosto de 1993 y *BOE* núm. 82 de 6 de abril de 1999. Vid. A. L. CALVO CARAVACA, «Contratos internacionales, I», en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Granada, 8.ª ed., 2007, pág. 431 y sigs.; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Contratos de importación y exportación de bienes culturales», en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Curso de contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, págs. 555-562; M. GIULIANO/P. LAGARDE, «Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», en *DOCE* núm. 327, de 11 de diciembre de 1992; I. GUARDÁNS I CAMBÓ, *Contrato internacional...*, pág. 551; R. PLENDER/M. WILDERSPIN, *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, 2.ª ed., Londres, 2001. Dicha información será matizada más adelante cuando examinemos el alcance del artículo 12 de la Directiva.

imperativa de protección del patrimonio cultural pertenece al Derecho del foro, del supuesto en que se trata de una *norma internacionalmente imperativa* de un tercer Estado.

a) La aplicación del artículo 29 LPHE por los tribunales españoles

33. El primer caso sería el de un tribunal español que, en la reclamación de la propiedad de un bien cultural, debe valorar si aplica el artículo 29 LPHE o la *lex rei sitae*, conforme al artículo 10.1 del Código Civil. En primer lugar, el litigio ha de incluirse en el ámbito de aplicación de la *norma internacionalmente imperativa* (69). Dicho ámbito de aplicación es definido por el legislador del Estado a cuyo Ordenamiento pertenece la norma en cuestión (70). En el caso del artículo 29 LPHE, sería preciso que el bien cultural, cuya propiedad se discute, sea un bien del Patrimonio Histórico Español que haya sido exportado ilegalmente de España. Con respecto al contenido obligatorio o imperativo del artículo 29 LPHE, el tribunal español consideraría que el objetivo perseguido por dicho precepto —la protección del Patrimonio Histórico Español— se consigue mediante la aplicación de tal precepto, ya que se traduce en la atribución al Estado de la propiedad del bien cultural, impidiendo que un tercero alegue que lo ha adquirido válidamente. Además, como el artículo 29 LPHE atribuye al Estado español la propiedad del bien cultural, se observa que fue elaborado por el legislador español como excepción al artículo 10.1 del Código Civil, ya que ignora la regulación que dicho precepto puede establecer con respecto a la propiedad del bien cultural.

34. Ahora bien, ¿es necesario para el tribunal español acudir a la tesis de la *norma internacionalmente imperativa* para justificar la aplicación del artículo 29 LPHE? Como expusimos en su momento, el artículo 29 LPHE es una norma material especial de Derecho Internacional Privado. Ello supone que proporciona una «respuesta jurídica directa, inmediata y sustantiva» a las reclamaciones de propiedad de bienes culturales (71). El litigio sobre la propiedad de un bien cultural del Patrimonio Histórico Español, que ha sido ilegalmente exportado de España, es resuelto por la norma con la atribución de la propiedad del bien al Estado español. Cuando ante un tribunal se plan-

(69) Vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, pág. 198; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Contratos internacionales, I...*, pág. 432.

(70) Vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, pág. 198; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Contratos internacionales, I...*, pág. 432.

(71) Vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, pág. 184.

tea un conflicto entre normas de su Derecho Internacional Privado de producción interna, siendo una de ellas una norma material especial (art. 29 LPHE) y la otra una norma de conflicto (art. 10.1 del CC), prevalece la primera en virtud del principio de especialidad (72). El tribunal español no necesita, por lo tanto, acudir a la tesis de la *norma internacionalmente imperativa* para justificar la aplicación del artículo 29 LPHE, sino al concepto de *norma material especial*, que opera como corrección a la norma de conflicto del artículo 10.1 del Código Civil (73).

b) La aplicación del artículo 29 LPHE por los tribunales extranjeros

35. Procede, a continuación, examinar si la tesis de las *normas internacionalmente imperativas* nos lleva a resultados diferentes cuando un tribunal extranjero se plantea aplicar una *norma internacionalmente imperativa* que no pertenece al Derecho del foro ni al que regula la propiedad del bien cultural. Éste sería el caso en el que un tribunal extranjero se plantea aplicar el artículo 29 LPHE a la reclamación de un bien cultural, cuando su norma de conflicto le remite a un Derecho que no es el español.

36. Como ya hemos comentado, no existen cláusulas generales que, en las reclamaciones de propiedad de bienes culturales, obliguen a los Estados a aplicar *normas internacionalmente imperativas* de Estados extranjeros. El tribunal extranjero podrá tener en cuenta diversos factores (74). En primer lugar, si el supuesto se encuentra cubierto por el ámbito de aplicación de la *norma internacionalmente imperativa* extranjera. También tendrá en cuenta si la norma protege un interés digno de tutela. En nuestro caso, dicho interés es la protección del patrimonio cultural de un Estado. A ello cabe añadir la valoración sobre la existencia de un vínculo de la situación con el Estado a cuyo Ordenamiento pertenece la *norma internacionalmente imperativa*. Dicho vínculo consistiría en la pertenencia del bien cultural cuya propiedad se reclama al Patrimonio Histórico Español (75).

37. Los aspectos mencionados son criterios que el tribunal extranjero puede emplear para justificar la aplicación de las normas que protegen el patrimonio cultural de otros Estados. Sin embargo, con las salvedades que a continuación expondremos al examinar el artículo 12 de la Directiva, no existe norma alguna que obligue a un juez extranjero a aplicar las normas de

(72) Vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, pág. 56.

(73) Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derechos reales...*, pág. 541.

(74) Vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, pág. 198.

(75) Vid. I. GUARDÁNS I CAMBÓ, *Contrato internacional...*, pág. 551.

protección del patrimonio cultural extranjeras a los litigios sobre la propiedad de un bien cultural.

Resulta llamativo además que, incluso en el plano contractual, en el que sí se hace alusión a tales normas, no se prevé la *aplicación* de las mismas sino una facultativa *toma en consideración* (art. 7.1 CR) (76).

Por ello, la tesis de las *normas internacionalmente imperativas* tampoco parece garantizar que la reclamación de la propiedad de un bien cultural se resuelva mediante la aplicación de normas extranjeras de protección del patrimonio cultural.

4. LA APLICACIÓN DE NORMAS DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EXTRANJERAS A TRAVÉS DEL ARTÍCULO 12 DE LA DIRECTIVA

38. En el ámbito comunitario, el artículo 30 TCE establece que «Las disposiciones de los artículos 28 y 29 no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros».

El artículo 30 TCE deroga la libre circulación de determinadas categorías de mercancías, entre las que se encuentran los bienes culturales (77). El

(76) *Ibidem*, pág. 559 y sigs.

(77) Con respecto al concepto de mercancía comunitario, vid. STJCE de 10 de diciembre de 1968, *Comisión/Italia, Obras de arte*, 7/68, *Rec.*, pág. 617. Vid. comentario de la sentencia de P. PESCATORE, en *Rev. trim. dr. eur.*, 1985, págs. 451-462. Vid. A. BIONDI, «The Gardener and other stories: the peregrination of cultural artefacts within the European Union», en R. CRAUFURD SMITH (ed.), *Culture and European Union law*, Oxford, 2004, págs. 153-165; R. CLERICI, «La circolazione delle opere d'arte nella Comunità Europea», en M. CONSTANZA (ed.), *Commercio e circolazione delle opere d'arte*, Padua, 1999, pág. 36. Sobre el alcance del artículo 30 TCE, KARYDIS, «Le juge communautaire et la préservation de l'identité culturelle nationale», en *Rev. trim. droit eur.*, 1994, págs. 550-575; F. LÓPEZ RAMÓN, «La movilidad del patrimonio histórico español en la Comunidad Europea», en *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, 1992, núm. 75, págs. 359-379; J. M. MAGÁN PERALES, «Algunas precisiones sobre la noción de bien cultural en el Tratado de la Comunidad Europea», en *Patrimonio cultural y derecho*, 1998, vol. 2, págs. 171-182; A. MATTERA, «La libre circulation des oeuvres d'art à l'intérieur de la Communauté et la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique», en *Revue du Marché Unique européen*, núm. 2, 1993, págs. 13-20; T. L. MARGUE, «La protection des trésors nationaux dans le cadre du grand marché: problèmes et perspectives», en *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 1992, págs. 905-918; C. H. M. MAURER, *Die Ausfuhr von Kulturgütern in der*

obstáculo que estas medidas suponen para el comercio intracomunitario de los bienes culturales responde, simplemente, al intento de preservar dichos bienes de los efectos nocivos que se derivarían de su libre circulación (78).

39. Para proteger el patrimonio cultural de los Estados miembros fue elaborada la *Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro* (79). Dicha norma combina un procedimiento de restitución automática de los bienes culturales que han sido exportados ilegalmente, con una norma de conflicto específica para la regulación de la propiedad de los mismos. La norma de conflicto dispone que «La propiedad del bien cultural tras su restitución se regirá por la legislación interna del Estado miembro requirente» (art. 12).

40. Comenzando por la restitución automática, cabe señalar que la Directiva prevé un procedimiento de restitución de los bienes culturales que se encuentran en un Estado miembro (Estado requerido), que han sido exportados ilegalmente de otro Estado miembro, al que se denomina Estado requirente (art. 1, apartados tercero y cuarto). Sólo resulta aplicable a las salidas ilegales del territorio de un Estado miembro que se hayan producido a partir del 1 de enero de 1993 (art. 13). La salida ilegal del bien se produce, según dispone el artículo 1 en su apartado segundo, cuando se haya infringido la legislación en materia de protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional de un Estado miembro, o bien la normativa comunitaria que regula la exportación de bienes culturales desde el territorio comunitario a terceros Estados [*Reglamento (CEE) núm. 3911/1992 del Con-*

Europäischen Union, Frankfurt am Main, 1997; J. F. POLI, «Droit communautaire, compétences culturelles des Etats membres de protection du patrimoine national, et Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés», en *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 1998, págs. 89-100; G. SCHAUERTE, «Restitution von Kulturgut als Problem bei europäischen Kooperationen», en *Museumskunde*, 62, 1997, págs. 123-130; I. A. STAMATOUDI, «The National Treasures Exception in Article 36 of the EC Treaty: How Many of them Fit the Bill?», en *Art, Antiquity & L.*, 1998, págs. 39-51; A.-K. UHL, *Der Handel mit Kunstwerken im europäischen Binnenmarkt - Freier Warenverkehr versus nationaler Kulturgutschutz*, Berlin, 1993.

(78) Vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Madrid, 2003, pág. 70.

(79) DOCE núm. L 074, de 27 de marzo de 1993, págs. 0074-0079; modificada por la Directiva 2001/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001, DOCE núm. L 187, de 10 de julio de 2001, págs. 0043-0044. La Directiva ha sido objeto de trasposición a través de la *Ley 36/1994, de 23 de diciembre, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea* (BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 1994, pág. 38672 y sigs.); modificada por la *Ley 18/1998, de 15 de junio* (BOE núm. 143, de 16 de junio de 1998, pág. 19799 y sigs.).

sejo, de 9 de diciembre de 1992, relativo a la exportación de bienes culturales] (80).

41. El hecho de que la ilegalidad de la salida venga determinada por la vulneración de las normas nacionales de exportación resulta de gran relevancia para el tema que tratamos. Como expusimos en su momento, el artículo 46 CE establece que los poderes públicos tienen que proteger el patrimonio cultural. También señalamos que el mencionado régimen de protección se concreta en el LPHE que, entre otras medidas, regula la exportación de los bienes culturales del Patrimonio Histórico Español. En virtud de la Directiva, los bienes del Patrimonio Histórico Español que, estando incluidos en su ámbito de aplicación, hayan sido objeto de exportación ilegal, han de retornar a España.

Si la Directiva dispone que el bien cultural ha de regresar a un Estado que cuenta con un régimen de protección de aquél, es que admite entonces que existe un deber de los Estados miembros de proteger su patrimonio cultural. Y no sólo lo admite, sino que contribuye a tal protección, ordenando el retorno del bien al Estado miembro de origen.

42. Podemos realizar todavía consideraciones adicionales sobre la protección del patrimonio cultural de los Estados miembros si atendemos ahora a la norma de conflicto. Según hemos señalado, sólo cuando el bien retorne al Estado requirente, es decir, cuando haya sido restituido, podrá discutirse la cuestión de la propiedad del bien (art. 12 de la Directiva) (81). Según establece el artículo 1 de la Directiva en su apartado tercero, el Estado miembro requirente es aquél de cuyo territorio ha salido de forma ilegal el bien cultural. Por ello, se considera que la Directiva establece la aplicación de la *lex originis* (82).

43. La doctrina ha discutido sobre las consecuencias que se derivan al acudir a la *lex originis* para determinar la propiedad del bien en el caso

(80) DOCE núm. L 395, de 31 de diciembre de 1992, págs. 1-5; modificado por Reglamento (CE) núm. 2469/96 del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, DOCE núm. L 335, de 24 de diciembre de 1996, pág. 9 y sigs.; modificado por Reglamento (CE) núm. 974/2001 del Consejo, de 14 de mayo de 2001, DOCE núm. L 137, de 19 de mayo de 2001, págs. 10 y sigs.; modificado por Reglamento (CE) núm. 806/2003 del Consejo, de 14 de abril de 2003, DOCE núm. L 122 de 16 de mayo de 2003; rect. DOCE núm. L 121, de 1 de mayo de 2001, pág. 48 y sigs.

(81) Vid. V. FUENTES CAMACHO, «La Ley 36/1994, de 23 de diciembre, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea», en *REDI*, 1995, vol. XLVII, págs. 492-493; K. SIEHR, «The Protection of Cultural Property: the UNIDROIT Convention and the ECC instruments of 1992/93 Compared», en *Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*, 1998, pág. 678.

(82) Con respecto a la *lex originis*, vid. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS/M. VIRGÓS SORIANO, «Law and Practice of the International Art Trade in Spain», en M. BRIAT (coord. ed.), *International Sales of Works of Art - La Vente Internationale d'Oeuvres d'Art*, 1988, pág. 333 y sigs.

de que haya sido adquirido en el mercado internacional por un tercero. Existen dos tesis fundamentales: la tesis de la *sustitución* y la tesis de la *negación* (83).

En virtud de la primera, se aplica retroactivamente, para valorar si el tercero adquirió el bien cultural, la ley del país de origen del bien cultural. Más interesante para el tema que nos ocupa es la tesis de la *negación*. Ésta implica que la adquisición del tercero no será válida porque afecta a un bien cultural protegido, al determinar la ley del país de origen que el bien ha sido exportado ilegalmente. Según esta tesis podemos entender, por lo tanto, que en la Directiva no sólo se otorga un papel relevante al deber del Estado de proteger su patrimonio cultural en el procedimiento de restitución automática, sino también a la hora de determinar la propiedad del bien cultural que ha sido objeto de comercio internacional.

IV. CONCLUSIONES

44. Con base en las consideraciones realizadas, podemos señalar que, como regla general, los tribunales no aplican, en las reclamaciones de propiedad de bienes culturales, las normas de protección del país de origen de los mismos. La regla *lex rei sitae* (art. 10.1 del CC) conduce a determinar la propiedad del bien ignorando el deber de protección del patrimonio cultural que el *nacionalismo cultural* asigna a cada Estado.

45. Para dar cabida a las normas de protección en los mencionados litigios cabría considerar que las normas de protección de bienes culturales, como el artículo 29 LPHE, son *normas internacionalmente imperativas*. Así, se trataría de normas aplicables con independencia de la ley designada por la norma de conflicto. Sin embargo, no existen garantías de que tales normas sean aplicadas por tribunales extranjeros. Como excepción, cabe citar no obstante el artículo 12 de la Directiva 93/7/CEE que, interpretado siguiendo la tesis de la *negación*, permite sostener que se reconoce el deber de los Estados de origen de proteger los bienes de su patrimonio cultural.

(83) Vid. K. KREUZER, *La propriété mobilière...*, págs. 173-174.

RESUMEN

NACIONALISMO CULTURAL Y MODELOS DE PROTECCIÓN DE BIENES CULTURALES

El nacionalismo cultural sostiene que los bienes culturales han de ser devueltos al Estado de cuyo territorio han sido ilegalmente trasladados. Cuando tal Estado ejercita una acción contra el poseedor de tales bienes culturales, los tribunales competentes, para conocer de la misma, no suelen aplicar normas extranjeras de protección del patrimonio cultural. Sin embargo, la Directiva 93/7/CEE establece en su artículo 12 que la propiedad de los bienes culturales se regirá por la legislación del Estado requirente.

ABSTRACT

CULTURAL NATIONALISM AND MODELS OF PROTECTION OF CULTURAL PROPERTY

Cultural nationalism maintains that cultural objects must be returned to the State from whose territory they have been unlawfully removed. When that State initiates proceedings against the possessor of those cultural objects, the competent courts usually do not enforce foreign rules on the protection of national treasures. However, the Council Directive 93/7/EEC states in article 12 that ownership of cultural objects shall be governed by the law of the requesting Member State.

(Trabajo recibido el 03-07-07 y aceptado para su publicación el 04-12-07)

Hacia un concepto clarificador de servicio. El contrato de servicios como tipo contractual general

por

JUAN FRANCISCO ORTEGA DÍAZ
Doctor en Derecho
Profesor Ayudante de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. APUNTES RELEVANTES ACERCA DEL CONTRATO DE SERVICIOS COMO TIPO CONTRACTUAL GENERAL.
3. EL CONTRATO DE SERVICIOS COMO TIPO CONTRACTUAL GENERAL.
4. EL CONCEPTO DE «SERVICIO» COMO PIEDRA ANGULAR DE LA DISTINCIÓN ENTRE EL TIPO CONTRACTUAL GENERAL (CONTRATO DE SERVICIOS) Y EL ESPECIAL (CONTRATO DE OBRA):
 - 4.1. ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE SERVICIO.
 - 4.2. CRITERIOS DE DISTINCIÓN. ESPECIAL ATENCIÓN AL CRITERIO DE LA INMATERIALIDAD:
 - A) *Obligación de medios y obligación de resultado.*
 - B) *Otros criterios diferenciadores:*
 1. El criterio de la subordinación o dependencia.
 2. La forma de fijar la remuneración.
 3. El criterio del objeto de la obligación de hacer.
 4. El criterio de la materialidad.
5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Vivimos en un mundo de servicios. El desarrollo del mercado y el crecimiento de eso que se ha dado en llamar sociedad del bienestar o del consumo han incrementado exponencialmente los servicios que, en los últimos cincuenta años, son ofertados en el mercado por los distintos operadores económicos.

No es de extrañar, por tanto, que el concepto de servicio, así como la regulación que del mismo ha hecho el legislador español, haya sido objeto de estudio por parte tanto de juristas como de economistas. No en vano, y quizá de manera exagerada aunque gráfica, ya nos decía SCHRICKER que del consumo, y especialmente de los servicios, deviene el contenido actual de la vida del hombre de nuestro tiempo (1).

Lo cierto es que, desde un punto de vista jurídico, tanto el concepto de servicio, a veces vago e impreciso, como su regulación, han presentado un conjunto de problemas que no han pasado desapercibidos. A su examen, así como a la propuesta de algunas soluciones en este ámbito, dedicaremos las siguientes páginas.

2. APUNTES RELEVANTES ACERCA DEL CONTRATO DE SERVICIOS COMO TIPO CONTRACTUAL GENERAL

Como es sabido, nuestro Código Civil menciona de manera extremadamente escueta e insuficiente (2) el contrato de servicios bajo la denominación

(1) SCHRICKER, G., «Concorrenza desleale e tutela dei consumatori», en *Rev. Dir. Ind.*, 1974, págs. 86-138.

(2) La reforma del contrato de arrendamiento de servicios en una única figura jurídico-positiva que abarque la totalidad de los contratos de servicios es una de las tareas pendientes del poder legislativo español. La situación arcaica y absolutamente desfasada de la realidad que presenta la actual regulación es una cuestión indiscutida [TORRES LANA, J. A., «Artículo 1.583», en *Comentario del Código Civil*. PAZ ARES, C.; BERCOVITZ, R.; Díez-PICAZO, L.; SALVADOR, P. (dirs.), T. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993. 2.ª ed., págs. 1170-1175; RUIZ VADILLO, «Esquema sobre una posible revisión parcial del Código Civil», en *ADC*, 1979, págs. 3-82] pues, como ha señalado el maestro BERCOVITZ, el arrendamiento de servicios es una «figura totalmente huérfana de regulación, para la cual cualquier reforma habrá de afrontarse como una nueva regulación» (BERCOVITZ, A., «*El nuevo Derecho Mercantil*». 20 años de ordenamiento constitucional. Homenaje a Estanislao de Aranzadi, Aranzadi, 1999, págs. 120-139.) Una nueva regulación se intentó con el Proyecto de Ley 121/43, de 12 de abril de 1994, el cual no llegó a buen puerto por las circunstancias políticas del momento. A pesar de que el texto fue una bocanada de aire fresco pues, no en vano, configuraba una única categoría de contratos de servicios (art. 1.543 del Proyecto), lo cierto es que, en lo concreto, poseía, junto a algunos errores sistemáticos, un contenido excesivamente general de los preceptos reguladores del «contrato de servicio». En lo general, el Proyecto mos-

de *arrendamiento*, ex artículo 1.544, como aquella relación contractual consistente en el simple intercambio de servicio y precio. De esta manera, en primer lugar y de forma inexcusable, cabe cuestionarse si los contratos de servicios únicamente se ajustan a los estrechos ropajes del arrendamiento (3). Es esta una cuestión que comenzó a ser puesta de relieve en el pensamiento pandectístico (4) europeo y que, desde entonces, bien puede decirse que ha sido resuelto dando una respuesta negativa a la interrogante. De forma generalizada, en los países europeos cuyos procesos codificadores bebieron de la fuente del Código Civil napoleónico (5), esta categoría contractual se definió bajo la denominación de arrendamiento, pero no asumió el contenido de esta categoría contractual. Tanto en el comportamiento de los legisladores de los diferentes ordenamientos como en el pensamiento de las distintas corrientes jurídicas europeas, nunca existió la concepción de que el contrato de servicios fuera un tipo o una modalidad contractual inmersa en la figura del arrendamiento. La explicación a este fenómeno es mucho más sencilla y de un claro origen histórico. Al proceder a la definición del contrato de servicios, el legislador napoleónico siguió la institución romana en la que el contrato de servicios resultaba englobado. La *locatio conducti* romana, institución jurídica de una enorme amplitud (6), subsumía en su contenido la figura

traba un apego excesivo a la regulación decimonónica, que no era comprensible desde la realidad económica que pretendía regular, y que explica la frialdad con la que el texto fue acogido por la Doctrina española (CORDERO LOBATO, E., «Notas al Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obras», en *RDPr*, 1995, págs. 875-898).

(3) Ello a pesar de algunas opiniones significativas que señalan que nuestro Ordenamiento ha procedido: «[...] Restringiendo nuestra atención de lo que el arrendamiento de servicios en sus distintas categorías y motivos brinda como campo legislativo, a la pequeña y acotada parcela a que tan vasto instituto ha quedado reducido en nuestro Código, recordaremos que el concepto de dicho contrato lo constituimos en nuestra mente por la coordinación de los elementos de servicio o trabajo y precio en el común consentir de ambas partes estipulantes». V. SCAEVOLA, Q. M., *Código Civil*, T. XXIV, Parte Segunda, 2.ª ed., Reus, Madrid, 1862, pág. 23.

(4) WINDSCHEID, *Diritto dell Pandette*. Traducción de Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa, Torino, 1902, págs. 3-12; PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, 1845, págs. 7-24; KÉLLER, *Pandekten*, Leipzig, 1861, págs. 15-22; VANGEROW, *Pandekten*, Marburg und Leipzig, 1863, págs. 54-57.

(5) Una muestra clara de lo dicho es la diferenciación apreciada entre el Código Civil italiano, de clara influencia napoleónica, y el Código Civil alemán, que carece de la misma. Mientras en el primero se tipifica el contrato de servicios dentro de la categoría del arrendamiento (*Affitto*) (arts. 1615-1652), en el Código Civil alemán (BGB), ex § 611, se define una única categoría contractual de contratos de servicio (*Dienstvertrag*).

(6) Cabe precisar que en el seno de la figura de la *locatio conducti* se englobaban tres tipos de contratos diferenciados únicamente entre sí por el contenido de la prestación. De esta manera, se habla de la cesión temporal de una cosa (*locatio conductio rei*), la cesión del trabajo de una persona (*locatio conductio operarum*) y la cesión del resultado de un trabajo (*locatio conductio operis*). No obstante, es preciso señalar que, paradójicamente, esta distinción en el seno de la locación es ajena al mundo romano. En el Derecho

del arrendamiento en su sentido amplísimo (7). Tal era así, que la prestación de servicios en el Derecho romano se insertaba dentro de dicha categoría, por lo que, en aquel Derecho, no era descabellado afirmar que los servicios eran objeto de arrendamiento (*locatio conducti*). No obstante, y como es bien conocido, esta realidad jurídica fue muy diferente tanto en los ordenamientos europeos modernos como contemporáneos. Ya, a principios del siglo XIX, la pandectística alemana puso de manifiesto la amplitud de la categoría histórica de la *locatio conducti* y la inadecuación de, en función del origen histórico, calificar la prestación de servicios bajo la categoría de arrendamiento (8); figura jurídica que, incluso con anterioridad al propio contexto del proceso codificador, poseía un contenido muy concreto, esto es, la entrega de la cosa para su uso o disfrute por un tiempo determinado a cambio de un precio cierto (art. 1.543 del CC).

No obstante, a pesar de estas advertencias, los codificadores europeos que imitaron el Código Civil napoleónico, entre ellos, como es conocido, el español, decidieron acudir al concepto de arrendamiento. Y es, cuando menos, inevitable el preguntarse por qué. Basta observar el articulado que tipi-

romano, en el romanismo, la *locatio conducti* era una institución única que encarnaba de forma unitaria la figura del arrendamiento (V. SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, 1960, pág. 518; VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1997, 9.ª ed., págs. 562-590; IGLESIA, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, 10.ª Ed., Ariel, pág. 405). La distinción, por tanto, entre distintos tipos de arrendamiento dentro de la institución no es fruto del Derecho Romano sino de la Pandectística alemana del siglo XIX (vid. SOLE RESINA, J., *Arrendamiento de obras o servicios. Perfil evolutivo y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 12-19). De esta manera, los pandectistas definieron el arrendamiento como la relación jurídica mediante el cual se entregaba el uso a cambio de dinero. No obstante, siendo conscientes de que el uso podía recaer sobre cosas y sobre fuerzas de trabajo, procedieron a la distinción entre *locatio rei* y *locatio operarum*, respectivamente. Con todo, observando que el arrendamiento de servicios podía darse tanto dirigido a la obra como tal, cuando al resultado que con la obra se conseguía, añadieron la *locatio operis* (V. AMIRANTE, L., «Voz Locaciones: in generale (Diritto Romano)», en *Noviss. D. It.*, T. IX, Turín, 1963, pág. 992).

(7) Tal es así que, desde el siglo II a.C., la *locatio conductio* se convierte, junto a los contratos de compraventa, sociedad y mandato, en uno de los cuatro tipos contractuales básicos de la sociedad romana. A pesar de una definición de esta figura en las fuentes jurídicas romanas, lo cierto es que la figura de la locación era un tipo contractual unitario en la Roma del periodo señalado. Ahora bien, siendo cierta esta unidad del tipo, ello no nos impide observar que, dentro de éste, existen una pluralidad de modalidades de locación. No en vano, fue esta pluralidad —fruto como hemos visto de la propia amplitud del tipo— la que llevó a los pandectistas a realizar la tradicional diferenciación entre *locatio rei*, *operarum et operis* (vid. AMIRANTE, L., «Locazione», en *Novissimo Digesto Italiano*, T. IX, Turín, 1957, págs. 992-996; ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni*, Napoli, Jovene, 1966, págs. 345-349; LONGO, G., «Osservazioni critiche sulla disciplina giustiniana della *locatio conductio*», en *Studi Biondi*, T. II, Milano, Giuffrè, 1965, págs. 285-310; MAYER-MALY, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen Recht*, Viena-Munich, 1956, págs. 1-35).

(8) PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, 1845, págs. 8-12; KÉLLER, *Pandekten*, Leipzig, 1861, págs. 20-26.

fica el contrato de servicios (arrendamiento de servicios) para obtener una respuesta. Como es sabido, su regulación específica comprendida entre los artículos 1.583 y 1.587, centra su atención en la regulación de las prestaciones de servicios manuales de los trabajadores dependientes, prestación que, no debemos olvidar, constituía en la sociedad decimonónica la manifestación prototípica del esfuerzo humano. No obstante, pocas dudas existen sobre la inconveniencia de esta decisión. Y lo fue porque, ya en la época de la promulgación del Código Civil, el desarrollo del trabajo manual asalariado había alcanzado cotas de desarrollo tales que exigía una normativa propia que solventara, de forma más concreta, su específica problemática que no era otra sino la laboral. Lo cierto es que el nacimiento de dicha regulación, y el origen del derecho laboral en nuestro país, no tardó en aparecer, dejando sin aplicación efectiva gran parte de la regulación del arrendamiento de servicios (9). El párrafo segundo del artículo 1.584 del Código Civil (10) debe entenderse derogado por la Constitución (11), al referirse a un criterio apoyado en una discriminación por razón social. El resto del articulado, a excepción del artículo 1.583 (12) y 1.587 (13), deben considerarse superados por la legislación laboral, debiendo reservarse su aplicación, dudosa en algún caso, para supuestos muy concretos que, por diversas razones, resultan excluidos del ámbito de aplicación de las normas del Derecho del trabajo: la razón por la

(9) Para un examen detallado de la evolución del contrato de trabajo desde la figura del arrendamiento de servicios hasta el actual derecho laboral, vid. GARCÍA SANMIGUEL, L., *De la sociedad aristocrática a la sociedad industrial en la España del siglo XIX*, Edicusa, Madrid, 1973; MARTÍN VALVERDE, A., «La formación del Derecho del Trabajo en España», en *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, págs. XIII-XCIV; GONZÁLEZ POSADA, E., *El derecho del trabajo. Una reflexión sobre su evolución histórica*, Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1996; DE LA VILLA GIL, L. E., *La formación histórica del Derecho español del trabajo*, Comares, Granada, 2003.

(10) El artículo 1584.2 del Código Civil señala: «*El amo será creído, salvo prueba en contrario: 1. Sobre el tanto del salario del sirviente doméstico. 2. Sobre el pago de los salarios devengados en el año corriente*».

(11) TRIGO GARCÍA, M.^º B., *Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Comares, Granada, 1999, págs. 82-84.

(12) En el ámbito del contrato de servicios, este artículo no sólo es eficaz desde la perspectiva técnico-jurídica sino que, además, goza de una extraordinaria importancia. Así, el artículo 1.583 inserta en el concepto positivo del contrato de arrendamiento de obra o servicios (art. 1.544) el carácter temporal que le es ajeno. Para un análisis detallado del fundamento de dicha prohibición, vid. VAQUERO PINTO, M.^º J., *El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios*, Comares, Granada, 2005, págs. 369-384.

(13) El artículo 1.587 del Código Civil señala: «*La despedida de los criados, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados, a que se refieren los artículos anteriores, da derecho para desposeerles de la herramienta y edificios que ocuparen por razón de su cargo*». En este sentido, su plena vigencia es defendida por TRIGO GARCÍA, que apuesta por su aplicabilidad a todo tipo de prestaciones de servicios (TRIGO GARCÍA, M.^º B., *ob. cit.*, págs. 104-108).

que no han sido objeto de derogación expresa es ese residual ámbito de aplicación que conservan (14).

Con todo, esta atipicidad sobrevenida no fue el único problema al que se enfrentó la configuración legal otorgada al arrendamiento de servicios. Fruto de la tradición histórica de la *locatio conducti*, y también al seguidismo legislativo del modelo francés en razón al momento temporal, el contrato de arrendamiento de servicios queda reservado, únicamente, a los trabajos manuales, quedando excluida cualquier prestación de carácter intelectual (15). Dicha configuración normativa, como tardó poco tiempo en demostrar la

(14) VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de servicios», *ob. cit.*, pág. 17. Con todo, a mi juicio, ese ámbito de aplicación es tan extremadamente reducido que bien puede defenderse una derogación de dichos preceptos. Así, por ejemplo, del artículo 1584.1 del Código Civil se ha manifestado que, a pesar de su inadecuación y desuso, debe concedérsele cierta vigencia (TRIGO GARCÍA, M.^a B., «Contrato de...», *op. cit.*, pág. 172), siendo especialmente aplicables a aquellos contratos de servicio doméstico que, por su escasa importancia social y económica, han sido excluidos de la regulación laboral (TORRES LANA, J. A., *Comentario del Código Civil*. PAZ ARES, C.; BERCOVITZ, R.; DÍEZ-PICAZO, L.; SALVADOR, P. (dirs.), T. II, Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, 2.^a ed., págs. 1170-1175). Es esta una posición que no podemos compartir. El fundamento de las exclusiones realizadas por el artículo 2 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (*RCL* 1985/2017), se encuentran en que dichas relaciones *interpartes*, bien no merecen una regulación propia al no constituir un supuesto conflictual (sirva de ejemplo el art. 2.c: «Los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad»), bien son excluidos de la regulación laboral especial, pero no de la legislación laboral común.

(15) En este sentido debemos recordar que en el Derecho Romano las prestaciones de carácter intelectual no podían identificarse con la figura de la *locatio conducti*. La razón de esa imposibilidad se encuentra en que la locación era una figura romana de carácter remuneratorio, carácter del que no gozaban los trabajos de carácter intelectual, fruto de su alta consideración social. Dichas prestaciones, lejos de ser consideradas fruto de la locación, eran consideradas la consecuencia propia de un mandato que, por su propia naturaleza, tenía un carácter gratuito. No obstante, si bien *de iure* esta división mantuvo una vigencia plena, lo cierto es que *de facto*, la perdió plenamente cuando, en la época imperial, se elaboró la división entre la *merces* —precio de la *locatio*— y los honorarios propios del mandato. La diferencia esencial era que, si bien los primeros eran considerados como el precio por la prestación de un trabajo servil, los segundos eran simplemente entendidos como un reconocimiento por el trabajo o un honor. En este sentido, debemos tener presente que es, precisamente, en la época imperial cuando se producen grandes avances en los conocimientos y en la difusión de los mismos, lo que hace que importantes miembros de familias patricias romanas, con gran poder e influencia política, se dediquen, entre otros menesteres, a la práctica de las profesiones liberales, perspectiva desde la cual debe vislumbrarse el éxito de esta doctrina. No deja de resultar curioso que, desde un punto de vista meramente filológico, el español haya recogido la baja consideración del término *merces*, dando lugar al vocablo *mercenario* —quien realiza un trabajo a cambio de un precio—, pero que no posee en nuestra lengua ningún rasgo de honorabilidad; situación contraria ocurre con el concepto *honorario*, vocablo dotado de cierto prestigio que se entiende como aquel *estipendio o sueldo que se da a alguien por su trabajo en algún arte liberal* (RAE). Vid. ALEMÁN MONTERREAL, A., *El arrendamiento de servicios en Derecho Romano*, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, Almería, 1996, págs. 57-68.

práctica del tráfico económico, obtuvo un fracaso relativo. Si bien la España del siglo XIX era una sociedad eminentemente agrícola, no es menos cierta la existencia de una burguesía culta y dedicada a las profesiones liberales de carácter intelectual (abogados, médicos, ingenieros) que vieron, en el arrendamiento de servicios, un tipo contractual que les resultaba útil y del que, sin embargo, parecían quedar excluidos. Pensemos que, como se ha dicho, a pesar del amplísimo concepto que instaura el artículo 1.544 del Código Civil, el pensamiento jurídico de la época —fruto sin duda de la configuración histórica de la figura derivada de la *locatio*— se entendía que el arrendamiento de servicios únicamente era aplicable al trabajo manual, concepción en la que no encajaban los profesionales liberales (16). Con todo, la realidad y las exigencias del tráfico se impusieron. A pesar de las razones históricas, lo cierto es que, desde un punto de vista del derecho positivo, la configuración del arrendamiento de servicios ex artículo 1.544 del Código Civil hacía posible la inclusión, en el seno del mismo, de cualquier obligación *de hacer*, independientemente de su carácter intelectual o no.

La consecuencia de esta nueva situación no deja de ser paradójica. El contrato de servicios que, *a priori*, fue concebido para regular el trabajo dependiente, al pasar éste a ser regulado por la nueva disciplina del Derecho Laboral, queda destinado, no exclusiva pero sí mayoritariamente, a la regulación de prestaciones de carácter intelectual; unas prestaciones en las que los codificadores, tanto francés como español, no pensaban por las razones históricas derivadas de la *locatio* que ya han sido expuestas.

De este modo, con la aparición de la disciplina del Derecho Laboral, la práctica totalidad de los preceptos que regulan el arrendamiento de servicios quedan vacíos de contenido, a excepción de los artículos 1.583 y 1.587 del Código Civil que aún resultan aplicables. Ello hace inevitable una labor de interpretación continua de los órganos jurisdiccionales que solventan, caso a caso, las continuas patologías propias del contrato (determinación del precio, responsabilidad del prestador y desistimiento unilateral, principalmente) en las diferentes relaciones jurídico-contractuales. Para ello, y ante la palpable regulación insuficiente del arrendamiento de servicios, el operador jurídico acude a las normas de derecho positivo que regulan otras figuras jurídicas afines, especialmente el mandato, para proceder a aplicar analógicamente su regulación al supuesto concreto (17). En cualquier caso, esta solución no deja

(16) TROPLONG, M., *Droit Civil*, Du Mandat, Charles Hingray, París, 1846, págs. 359-370.

(17) En ocasiones, incluso, un sector de la doctrina ha propuesto abiertamente el considerar el mandato como «[...] marco normativo para acoger a las relaciones que se establecen entre profesional y cliente cuando éste contrata servicios profesionales» (vid. CERVILLA GARZÓN, M.^a D., *La prestación de servicios profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 92-93). De manera, más clara aún, lo expresa M.^a T. ALONSO PÉREZ al negar que la aplicación de la normativa del mandato sea una aplicación analógica al

de ser una salida de emergencia que dista mucho de ser satisfactoria. Y ello es así porque, si bien la normativa del mandato puede ser aplicable ante determinados tipos de servicios —aquellos que tienen por objeto la gestión patrimonial, llevan aparejados un poder de representación o una actuación frente a un tercero— debido a que son las únicas proporcionadas por el legislador, esta aplicabilidad no puede ser preconizada con carácter general. No en vano, el resto de las normas de la regulación del mandato se caracterizan por su inevitable adecuación al ser aplicables a un contrato que puede ser tanto gratuito como oneroso (art. 1.711 del CC) (18).

Con todo, junto a la figura del arrendamiento de servicios, y como si se tratara de la otra cara de la misma moneda, el legislador tipificó el arrendamiento de obra. En buena medida, y a la luz de la utilidad de la prestación, la metáfora numismática parece acertada. Si examinamos la figura general del arrendamiento, en su sentido histórico proveniente de la *locatio conducti*, podemos ver que los rasgos que unifican el arrendamiento de cosas, servicios y obras son excesivamente genéricos (19). El único rasgo unificador vendría determinado por la percepción de cierta utilidad por una de las partes (arrendatario) por la cual se obliga a pagar un precio determinado a quien la presta (arrendador). No obstante, pocas dudas existen de que, entre las cualidades de las prestaciones, hay diferencias insalvables, pues es muy distinta la na-

defender que el mismo de hecho aparece regulado con dos normas diferentes en el Código Civil: arrendamiento de servicios y mandato (vid. ALONSO PÉREZ, M.^a T., *Los contratos de servicios de Abogados, Médicos y Arquitectos*, Bosch, Barcelona, pág. 125). De manera favorable a la analogía, se ha propuesto que, ante el vacío de contenido normativo sufrido por la regulación arrendamiento de servicios, se debe integrar el contrato mediante la aplicación de las normas propias del mandato, en la medida y atendiendo a las particularidades de la relación del abogado (vid. SERRA RODRÍGUEZ, A., *La relación de servicios del abogado*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 191), indicándose que puede plantearse una posible aplicación analógica de ciertas reglas del mandato a algunos contratos de servicios, pero no aplicar directamente y sin mayor perjuicio todas las normas del mandato (vid. DÍAZ REGAÑÓN-ALCALÁ, C., *La resolución unilateral del contrato de servicios*, Comares, Granada, 2000, pág. 59).

(18) En este sentido, cabe poner de manifiesto que la aplicación de la normativa del mandato a la prestación de servicios de carácter oneroso produciría resultados intolerables. Así, resulta evidente que el reembolso de gastos e indemnización al mandatario (arts. 1.728 y 1.729 del CC) no compatibilizan bien con la prestación onerosa de servicios que es la regla general en el tráfico. Idéntica situación se produce en relación a las normas relativas a la extinción del contrato de mandato cuya aplicación conllevaría el favorecer la desvinculación contractual de quienes han comprometido su actuación profesional (renuncia del mandatario), justificar desistimientos unilaterales sin consecuencias indemnizatorias en perjuicio de quienes hacen de la prestación de servicios su forma de vida (revocación del mandante), o entender que se produce la extinción automática del contrato en supuestos en los que la continuación del contrato puede ser la mejor solución atendidos los intereses en conflicto (muerte, incapacidad, declaración de prodigalidad, concurso o insolvencia). Para un examen detallado de esta situación indeseada, vid. VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de...», *ob. cit.*, págs. 272-295.

(19) VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de...», *ob. cit.*, pág. 73.

turalidad que constituye el mero goce de las cosas (*arrendamiento de cosas*) que la de las que se derivan de prestaciones provenientes del trabajo (*arrendamiento de servicios o de obra*). A la luz de nuestro Código Civil, bien podemos deducir que no era ajena al legislador español esta realidad, la cual le llevó a regular separadamente el arrendamiento de cosas (arts. 1.542-1.582) y el de servicios y obra (arts. 1.583-1.603).

3. EL CONTRATO DE SERVICIOS COMO TIPO CONTRACTUAL GENERAL

Como es sabido, el ámbito del arrendamiento de cosas no acarreó especiales problemas desde el punto de vista de la imputación del tipo contractual a un supuesto de hecho concreto. A pesar de la amplitud del artículo 1.543 del Código Civil, el tipo contractual resulta claro y, lo que es más importante, no presenta problemas de distinción con otros tipos contractuales. Pues bien, justamente lo contrario es lo que sucede en el ámbito del arrendamiento de servicios o de obra. Tanto el vasto concepto de arrendamiento de servicio, ex artículo 1.544 del Código Civil, configurado como el mero intercambio de «servicios» por «precio», como el impreciso artículo 1.588 del Código Civil, que configura el arrendamiento de obra sobre un concepto ilimitado de obra, o al menos no limitado normativamente, si bien resulta evidente que el legislador estaba pensando en una obra de carácter material, hace que la distinción entre una u otra modalidad en función del objeto contractual se haya convertido en una disputa doctrinal clásica en el ámbito del derecho de obligaciones y contratos.

En la actualidad, esta diferenciación entre arrendamiento de servicios y de obra parecería generar *a priori* en nuestro Derecho positivo consecuencias de orden práctico. La normativa del contrato de servicios, como se ha visto en un momento anterior, se encuentra prácticamente vacía de contenido, debiendo reconducirse su disciplina normativa a la teoría general del Derecho de obligaciones. Por su parte, la normativa del arrendamiento de obra, al margen de las modificaciones e intervenciones sufridas desde el ámbito del Derecho administrativo (20), continúa eficaz y dotada de contenido, regulando extremos que no han sido regulados en el ámbito del arrendamiento de servicios.

Por todo ello, parece necesario determinar cuando la obligación de hacer —y de manera añadida, la obligación de dar— puede ser encuadrada dentro del concepto de obra y, consecuentemente, dentro de la categoría de *arrendam-*

(20) Entre ellas, especialmente, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (RCL 1999/2799). Ley 27/2003, de 17 de noviembre, del Ruido (RCL 2003/2683). Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 2/2000, de 16 de junio (RCL 2000/1380).

miento de obra para poder beneficiarnos de su regulación. No en vano, tanto el *servicio* como la *obra* constituyen, fundamentalmente, una obligación de hacer. Ex artículo 1.544 del Código Civil, el servicio —como concepto general— se configura como la realización de esta obligación a cambio de un precio; la obra —como concepto más reducido— se caracteriza por exigirse su *ejecución*, un término que coincide con la idea del codificador de diseñar un *arrendamiento* destinado a regular, básicamente, la obligación *de hacer* que se concretaba en un resultado material y, más específicamente, en la construcción de una casa.

Con todo, resulta evidente que, desde los tiempos de la codificación, este concepto restringido de obra ha sido ampliado, englobando dentro del mismo, no sólo las obligaciones *de hacer* que se concretaban en un resultado material, sino también a aquéllas que no lo hacían (prestaciones de carácter intelectual). Tras esta ampliación del concepto, no existe otro deseo que obtener el beneficio para estas prestaciones de la regulación propia del contrato de obra; un deseo que parece fundamentado en la creencia de que esta regulación es la solución a todos los problemas.

A nuestro juicio, la realidad es muy diferente. Basta examinar la regulación legal para constatar qué preceptos del Código Civil dedicados a la regulación del arrendamiento de obra son, en verdad, aplicables a las prestaciones inmateriales. Existen algunos cuya aplicación es imposible al presuponer claramente la ejecución de una obra material (arts. 1.588, 1.591, 1.592, 1.597, 1.598 y 1.600 del CC). Se distinguen, también, un conjunto de normas que no pueden sino considerarse aplicaciones de la idea de bilateralidad de obligaciones, idea que debe inspirar, igualmente, el régimen propio del arrendamiento de servicios: la atribución del riesgo al deudor (arts. 1.589, 1.590 y 1.592.2 del CC) y la simultaneidad del pago (arts. 1.599 del CC). Por su parte, los artículos 1.593, 1.595.1 y 1.596 del Código Civil contemplan principios generales del Derecho de Obligaciones: la vinculación contractual (invariabilidad del precio pactado en forma alzada, arts. 1.593 del CC), la extinción de la obligación personalísima por muerte del deudor (arts. 1.595.1 del CC) y la responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento (arts. 1.596 del CC).

Así las cosas, el artículo 1.594 del Código Civil, precepto que contempla la facultad de desvinculación del comitente en el arrendamiento de obra, es el único que puede consentir su aplicación a la prestación inmaterial. Ahora bien, siendo esto cierto, no lo es menos que la *ratio* a la que responde esta norma —que no es otro que la posibilidad de ahorrar el esfuerzo del prestador sin merma de sus legítimas expectativas económicas (21)— consiente su

(21) PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*. Vol. II. *Derecho de Obligaciones. Contratos y cuasicontratos. Obligaciones derivados de actos ilícitos*, Bosch, Barcelona, 1994, 2.^a ed., pág. 503.

aplicación generalizada al conjunto de contratos de servicios (22). No parece razonable, por tanto, alterar el concepto de obra del que parte el legislador al regular el arrendamiento de obra, para conseguir la aplicación de un solo precepto, máxime cuando es posible su aplicación analógica a cualquier contrato de servicios.

Consecuentemente, la solución debe venir por una vía diferente que debería producirse en dos pasos diferenciados: 1) El establecimiento de un tipo contractual unitario para todos los contratos de servicios (tipo general) dentro de cuyo ámbito —como tipo especial— se encuadrara el contrato de obra. 2) La dotación, de manera imprescindible, de una nueva regulación normativa al tipo general (contrato de servicios) (23).

4. EL CONCEPTO DE «SERVICIO» COMO PIEDRA ANGULAR DE LA DISTINCIÓN ENTRE EL TIPO CONTRACTUAL GENERAL (CONTRATO DE SERVICIOS) Y EL ESPECIAL (CONTRATO DE OBRA)

A la luz de la normativa vigente, pocas dudas ofrece el hecho de que la calificación de un contrato como contrato de servicios en sentido amplio nos conduce a una figura contractual dotada de una atipicidad sobrevenida que, a efectos prácticos, remite su disciplina a la teoría general de las obligaciones y contratos. Situación bien diferenciada ocurriría si dicha relación contractual se enmarca en el arrendamiento de obra, donde existe una regulación determinada que solventa cuestiones específicas que, en el ámbito del arrendamiento de servicios, quedan en manos de la teoría general.

Esta situación nos fuerza a solventar dos cuestiones de forma inexorable. Determinar qué debemos entender por *servicio* y su delimitación, dentro del tipo general de contratos de servicios, entre el arrendamiento de servicios propiamente dicho y el arrendamiento de obra.

(22) Para un examen detenido de esta afirmación, VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de...», *ob. cit.*, págs. 459-460.

(23) Conforme al estado actual de la cuestión, descriptivas, cuando no aclaratorias y desoladoras, son las palabras de algún autor cuando señala que cuando una relación jurídica es calificada como arrendamiento de servicios: «[...] *la consecuencia será, por lo que se refiere a su régimen general, la inaplicabilidad de las reglas propias del arrendamiento de obras y del mandato; no hay, en cambio, una consecuencia positiva que se traduzca en la aplicabilidad de determinadas normas legales a la relación en cuestión pues, muy difícilmente, podrá obtenerse alguna utilidad de las normas que el Código Civil ha dedicado a la regulación del arrendamiento de servicios*». PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J., *Anotaciones a Enneccerus-Kipp-Wolf. Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. T. II, 2.º Vol. 1. Doctrina Especial. Primera Parte, Bosch, Barcelona, 1963, 3.ª ed., pág. 455.

4.1. ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE SERVICIO

Dice la más reputada doctrina civilista que el objeto de la obligación permite identificar los contratos de servicios, caracterizados porque la prestación o comportamiento que debe realizar uno de los contratantes consiste, fundamentalmente, en el despliegue de cierta actividad, material o intelectual (24). Así, en primer lugar, y recordando el artículo 1.088 del Código Civil, que clasifica los distintos tipos de prestaciones del deudor, bien podemos señalar que el concepto de servicio se identifica con una clara conducta de *hacer*. No obstante, como es bien conocido por la doctrina civilista, el concepto de la obligación de hacer, y en especial en su relación con la conducta de *dar*, ha sido debatido históricamente. No en vano, no es discutido el hecho de que la obligación de *hacer* es, por antonomasia, más amplia que la de *dar*, en tanto en cuanto, desde que se produce la identificación del objeto de la obligación con la conducta objeto de la prestación (25), toda obligación es de hacer al suponer, necesariamente, un comportamiento del deudor consistente en la entrega de una cosa o en el despliegue de una actividad (26), lo que nos conduce a un serio problema en la definición conceptual de la obligación de *hacer* que excluya la obligación de *dar*. La obligación de hacer se identificaría con «aquella en que la prestación debida es una actividad diferente de la entrega de una cosa» (27). Consecuentemente, podemos afirmar que el objeto de la obligación propia del tipo general de los contratos de servicios se identifica, únicamente, con una prestación consistente en una obligación de *hacer*. Ahora bien, ello no implica que, conforme al examen específico de cada contrato de servicios, la existencia de una obligación de *dar*, junto a la obligación de *hacer*, altere el encuadre del contrato en el ámbito de los contratos de servicio. De hecho, en el ámbito del comercio electrónico, en las relaciones jurídicas enmarcadas en esta categoría contractual es habitual que en las prestaciones identificadas con el «servicio» concurren tanto una obligación de *hacer*, de carácter primordial, como una obligación de *dar*:

Un ejemplo paradigmático de esta realidad viene protagonizado por el contrato de creación de sitios web (28). Mediante

(24) GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a C., *Estructura y función del tipo contractual*, Bosch, Barcelona, 1979, págs. 657-677; VAQUERO PINTO, M.^a J., *ob. cit.*, pág. 33.

(25) Para una evolución histórica de la evolución doctrinal hasta llegar dicha identificación, vid. DE LOS MOZOS, J. L., «Voz: Obligación», en *NEJS*, T. XVII, Barcelona, 1982, págs. 785-795.

(26) VAQUERO PINTO, M.^a J., *ob. cit.*, pág. 34.

(27) DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. T. II. *Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1996, 5.^a ed., pág. 244.

(28) En este momento parece necesario precisar el concepto de *website* o *sitio web*. En este sentido, es habitual que conceptos como página web y *websites* sean usados de

éstos (29), el empresario se obliga con un prestador a pagar un precio determinado a cambio de una prestación consistente en dos obligaciones fundamentales. Una doble obligación de *hacer*, consistente en la creación de un sitio web y su mantenimiento durante el plazo acordado y, secundariamente, un obligación de *dar*, esto es, entregar el website creado, modalidad de entrega que se entenderá efectuada, normalmente, a través de la colocación en el servicio de *hosting* (30) correspondiente conforme a las órdenes del principal.

Vemos, por tanto, que el concepto de servicio, en un sentido jurídico, se identifica con una prestación, esto es, con una obligación de *hacer*. Sin que ello, claro está, impida que cada contrato en concreto se configure particularmente, tal y como hemos visto, con obligaciones de otro carácter (31). Por

forma sinónima. Una página web es un documento electrónico que forma parte de un *website*. Así, un *website* o *sitio web* se define como un conjunto de páginas web que pertenecen a una misma empresa, persona o institución, la cual está organizada jerárquicamente. La cabeza jerárquica y principal de las páginas web que componen el *website* se denomina *homepage* y se caracteriza porque desde ella puede accederse a todas las demás páginas del sitio web. Vid. ORTEGA DÍAZ, J. F., «Sitio web y enlaces en Internet. Una reflexión desde el ámbito de la Propiedad Intelectual», en *RCE*, núm. 35. 2003, págs. 33-85.

(29) PANTALEÓN PRIETO, F. y SOLER PRESAS, A., «La protección jurídica de las páginas web», en *ADC*, julio-septiembre, 2001, págs. 1051-1103.

(30) El *hosting* o almacenamiento de datos es el servicio prestado a través de una relación contractual por la cual, una de las partes, se compromete a albergar en un *servidor* (ordenador que sirve información a una red central), los datos suministrados por la otra parte contratante (normalmente páginas o sitios web) a cambio de un precio determinado. Para un examen detenido de la cuestión, vid. PRENAFETA, J., «Contratos de hosting», en *Alfa-Redi*, núm. 43 (<http://www.alfa-redi.org/revista/revista.asp?idRevista=43>).

(31) No obstante, ello no nos debe llevar a desconocer el concepto de *servicio* en un sentido económico. Así, en este ámbito, se ha manifestado que el servicio es entendido como aquellas actividades económicas que, en el tráfico jurídico, se desenvuelven primordialmente mediante la ejecución de las obligaciones de hacer (vid. CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, París, 1980, págs. 87-88). No obstante, a pesar de esta identificación con la obligación de hacer, no se produce una identificación entre el concepto económico y jurídico (vid. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., «El contrato mercantil de servicios», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, núm. 1, 1997, págs. 291-335; VAQUERO PINTO, M.^a J., *ob. cit.*, págs. 40-42). Y ello es así porque, en realidad, en el ámbito económico el concepto de servicio se identifica, más que con la obligación de hacer, con la obligación de dar que, como es sabido, es la obligación propia del sector terciario (vid. REICH, N., «La protección de los consumidores en los contratos de servicios según el Derecho comunitario», en *EC*, núm. 16, 1990, págs. 131-139; SANTOS BRIZ, J., «La responsabilidad civil en un supuesto de prestación de servicios. La propuesta en el Derecho español», en *RDP*, 1992, págs. 99-112; CAVANILLAS MÚJICA, S., «La protección del subconsumidor en la normativa sobre responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos», en *EC*, núm. 18, págs. 43-50). En este sentido, y a pesar de lo que podría pensarse, no parece que el concepto jurídico de *servicio*, como prestación equiparable a una obligación de *hacer*, esté teniendo demasiado éxito en su incorporación legislativa. Así, en el ámbito del comercio electrónico, basta ver la Exposición de Motivos de

ello, no parece superfluo el recordar qué requisitos debe cumplir la obligación de *hacer*, una obligación cuya identidad, insistimos, se configura como el elemento en común de todos los contratos de servicio.

Si una consecuencia resulta clara de lo expuesto, es que el objeto de un contrato de servicio se identifica con una obligación de *hacer*. No en vano, de forma apegada a la realidad, se ha definido al objeto contractual como las cosas y servicios a los que el contrato se refiere (32) y, de forma más sutil, como la realidad social acotada por la voluntad de las partes (33).

Así, parece adecuado que, para examinar esa obligación que se sustancia en el objeto del contrato, sea necesario acudir a los artículos 1.271 y 1.273 del Código Civil. Dichos preceptos tipifican los tres requisitos clásicos, e imprescindibles, para la existencia jurídica del objeto contractual (posibili-

la LSSICE («*Se acoge, en la Ley, un concepto amplio de “servicios de la sociedad de la información”, que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la red), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador [...]» para percatarse que los servicios recogidos a título ejemplificativo se identifican con una obligación de dar y no de hacer. Todo ello, parece eliminar de dicha norma legal el concepto jurídico de servicio a favor de una concepción plenamente económica; cuestión que, a tenor de la expresión «*siempre que represente una actividad económica para el prestado*», queda plenamente decantada.*

(32) Vid. DÍEZ-PICAZO, L., «Fundamentos...», *ob. cit.*, pág. 197. En este sentido, debemos pensar el origen histórico que inspiró el concepto del objeto contractual en nuestro Derecho. En este sentido, parece preciso señalar que el artículo 1.226 del Código Civil francés señala que todo contrato tiene por objeto una cosa que una parte se obliga a dar o que una parte se obliga a hacer o a no hacer. Basta un examen detenido del contenido del precepto para vislumbrar una clara confusión terminológica. Así, el término *cosa* se emplea en un sentido extremadamente lato, incluso impropio (vid. DÍEZ PICAZO, L., «Fundamentos...», *ob. cit.*, pág. 197), pues es entendible que las *cosas* puedan ser objeto de obligaciones de dar pero no de obligaciones de hacer o no hacer. Así, en las obligaciones de hacer, el protagonismo del objeto contractual lo asumirá la conducta del prestador (servicio) sin que de ello se derive la creación o transformación de una cosa (obra). Ante esta realidad, no hubiera sido extraño que el codificador español hubiera incurrido en el mismo error. Afortunadamente no fue así y, si bien recorre la misma línea de pensamiento que el Código francés, el Código Civil español estableció como elemento esencial del contrato un «objeto cierto que sea materia del mismo» (art. 1.262 del CC). Con todo, no es aquí donde se hace más palpable esta diferenciación con el Código Civil francés. En los artículos que lo desarrollan (arts. 1.271 a 1.273 del CC), el codificador español, sin referirse en ningún momento a la obligación de *dar* y a la de *hacer*, sí establece una dualidad entre *cosas* y «servicios», pareciendo atribuir la obligación de *dar* a la primera, y la de *hacer* a la segunda, respectivamente.

(33) DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 1982, pág. 192.

dad, licitud y determinación) (34). En este sentido, y a pesar de la dualidad conceptual entre «cosas» y «servicios» por la que se decanta nuestro Código

(34) La no apreciación de los tres requisitos constitutivos del objeto contractual ha generado un debate doctrinal entre civilistas que se extiende hasta nuestros días. Tradicionalmente, se ha manifestado que la nulidad es la forma más radical de ineficacia en el seno de una relación jurídico-contractual. No obstante, en íntima relación con los elementos esenciales del contrato (art. 1.261 del CC), se ha manifestado que, ante una imputación negativa de alguno de estos elementos, cuestión que se producirá en relación al objeto (art. 1.261.2) si no se aprecia la concurrencia de los requisitos señalados (arts. 1.271-1.273), no nos encontraríamos ante un supuesto de nulidad contractual sino, simplemente, ante un supuesto de inexistencia. Consecuentemente, este supuesto de inexistencia se convertiría en la forma más radical de ineficacia que se diagnosticaría a aquellas relaciones jurídicas que carecieran de alguno de los elementos esenciales ligados, ontológicamente, a su nacimiento jurídico (vid. SOTO NIETO, F., «Nulidad de los contratos», en *NEJS*, T. XVII, Barcelona, 1982, págs. 664-687). En el fondo de este razonamiento subyace la llamada concepción racional o lógica del contrato. Así, parece argumentarse el sinsentido (*lógica*) que produce el achacar existencia a una relación contractual que no reunió los requisitos esenciales para su nacimiento (inexistencia), frente a aquellas otras relaciones jurídicas que sí las reunieron y que, por tanto, existieron pero que, al enfrentarse a mandatos o prohibiciones legales, incurrían en una nulidad radical. Lo cierto es que, estos siempre interesantes juegos intelectuales que tanto nos entretienen a los juristas, pocos efectos prácticos producen en el tráfico jurídico. Tanto la pretendida figura de la inexistencia como la nulidad radical producen los mismos efectos jurídicos, esto es, la más radical ineficacia. En cualquier caso, como era de esperar, las críticas a esta concepción lógica o racional del contrato no tardaron en aparecer. Así, en el plano de lo teórico, se manifestó que en la ciencia del Derecho no existe una contraposición entre el ser y el no ser, entre el existir y el no existir, sino entre el valer o no valer, siendo esto aplicable tanto al concepto de inexistencia como de nulidad (TRAVIESAS, M., «Sobre nulidad jurídica», en *RGLJ*, núm. 124, 1914, págs. 491-514). En palabras menos oscuras, y quizá simplistas aunque espero que aclaratorias, lo que se puso de manifiesto fue que el Derecho no se encarga de la disquisición de las esencias sino del examen de su validez y aplicación a la solución de problemas concretos. Y es precisamente, la consecuencia de este extremo la que nos conduce a la segunda gran crítica: No existe en Derecho una disciplina propia de la inexistencia sino que, simplemente, es necesario acudir al régimen de la nulidad. Ante semejante realidad, se impone el sistema dual de nulidades, esto es, nulidad *versus* anulabilidad como formas diferentes de ineficacia en nuestro ordenamiento, subsumiéndose la inexistencia como causa de nulidad. Esta posición, finalmente, ha sido acogida por la doctrina científica por lo que, compartimos posición con VAQUERO PINTO cuando señala que, en el actual estado de nuestro Derecho positivo, los casos de inexistencia contractual son supuestos de nulidad radical, como resulta de los artículos 1.261, 1.300, 1.310 y 6.3 del Código Civil (VAQUERO PINTO, M.^a J., *ob. cit.*, págs. 44-45; JORDANO FRAGA, F., *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988, págs. 339-340). Me parece una afirmación correcta, diplomática y llena de sentido común. En otras palabras, lo que viene a defender la concepción racional o lógica del contrato es que el contrato que no cumple los requisitos esenciales no existe y, por tanto, no produce efectos jurídicos. En verdad, difícilmente se puede negar que la concepción racional o lógica del contrato sea racional o lógica aunque también es bastante obvia. Lo que no existe no puede producir efectos. Por ello, en puridad, en el plano de lo abstracto, me parece que no es que la inexistencia sea una causa de nulidad, pues no puede ser nulo, esto es, no se puede privar de efectos jurídicos a algo que nunca existió. No obstante, en el plano de lo concreto, y de ahí nuestro acuerdo con la citada autora, ese contrato inexistente genera en el tráfico una apariencia contrac-

Civil, es indudable que tradicionalmente las obligaciones de *dar* han gozado de un mayor protagonismo. Por ello, lo más habitual ha sido que los requisitos propios del requisito esencial del objeto contractual hayan sido examinados a la luz de las *cosas* materiales (35); examen que, en la mayoría de los supuestos, no parece presentar mayores complejidades. Realidad diferente acontece al poner en relación dichos requisitos con la obligación de *hacer*, puesta en relación que no se articula conforme a una cosa material (*objeto mediato*) sino a una conducta del prestador.

Por ello, parece conveniente examinar, individualmente, los requisitos propios del objeto contractual del contrato de servicios o, lo que es lo mismo, los requisitos que debe cumplir la conducta del prestador objeto del contrato.

tual. De ahí que sea preciso englobar, en aras de la seguridad jurídica en el tráfico, la inexistencia como causa de nulidad radical. Una nulidad, que en el caso de la inexistencia contractual, tiene unos efectos declarativos en el tráfico. Lo que se hace es declarar la no producción de efectos jurídicos; efectos estos que nunca pudo producir al no existir. Esto es, justo lo contrario que aquellos contratos que, al cumplir los elementos esenciales que ontológicamente le son propios, nacen como tales y que, sin embargo, al incurrir en un mandato o prohibición *contra legem* se les priva de los efectos jurídicos que *a priori* sí podrían generar. Finalmente, cabe señalar, si no insistir, en la inexistencia de consecuencias prácticas en la diferenciación entre inexistencia y nulidad. No obstante, no deja de llamar la atención que, a pesar de aceptar la inexistencia como un tipo de nulidad y de ser conscientes de la inutilidad patente de esta distinción, civilistas consagrados vean con buenos ojos esta distinción como un herramienta útil «*a efectos didácticos*» (PUIG PEÑA, F., «Ineficacia de los negocios», en *NEJS*, T. XII, 1977, págs. 453-458), como un «*instrumento dialéctico, útil en algún caso para forzar los límites verdaderos o supuestos de una regulación dada sobre la nulidad*» [DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Artículo 1.300», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. ALBADALEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (dirs.), T. XVII, Vol. 2.º, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1995, 2.ª ed., págs. 302-320].

(35) Cabe destacar que, en opinión del algún autor, el protagonismo otorgado a las *cosas* en gran parte de los códigos europeos de inspiración codificadora napoleónica, tiene su fundamento en la adopción por éstos del sistema de transmisión de la propiedad que, como es sabido, está basado exclusivamente en la voluntad contractual. Dado que nuestro Código Civil acoge la doctrina del título y el modo (art. 609 del CC), el mantenimiento de ese protagonismo de las *cosas* en nuestra codificación supone una inconsecuencia dogmática, como mera reproducción de un antecedente. Consecuentemente, se afirma, los preceptos de la sección, relativas al objeto contractual, obedecen a la función pedagógica-popular que se impusieron los codificadores latinos, para poner de manifiesto que, en las contrataciones que versan sobre el dominio de las cosas, son éstas las que requieren de una especial concreción; en tanto que los contratos que disciplinan conductas lo que interesa es el entero comportamiento como conducta global del deudor [RAMS ALBESA, J., «Artículos 1.271 y 1.272», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. ALBADALEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (dirs.). T. XVII. Vol. 1.º. B. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1993, págs. 441-469].

A) *Licitud*

En el ámbito de la teoría general de los contratos, y no sólo en relación a los contratos de prestación de servicios, es una afirmación clásica el afirmar la necesidad de la licitud del objeto contractual (36). La determinación de la licitud del negocio jurídico en general y, del objeto contractual en particular, es una de las preocupaciones que claramente reflejó el codificador en nuestro Código Civil.

En efecto, si debemos trazar un esquema que nos dibuje el sistema de control de la licitud tipificada en el Código Civil, éste se nos presenta como una pirámide de tres bloques diferenciados:

En primer lugar, y como norma general que se extiende sobre todo el texto, se halla el artículo 6.3, cuya aplicación se extiende a todos aquellos actos contrarios a las normas imperativas, condenando a los actos que incurrieren en tal comportamiento a la forma más absoluta de ineficacia, la nulidad absoluta (37). Con todo, siendo esto cierto, no lo es menos el hecho de que el precepto en cuestión señala que la norma vulnerada puede establecer un efecto distinto en caso de contravención (38).

(36) DÍEZ-PICAZO, L., «Fundamentos de...», T. I, *ob. cit.*, pág. 208.

(37) En este sentido, cabe señalar el carácter general de esta disposición que, al no estar vinculado a ningún régimen normativo concreto, puede devenir en una norma de imposible aplicación. Ello es así porque, debido a su carácter general, puede resultar imposible su conexión con los regímenes específicos de las nulidades. En el ámbito contractual, algún autor señala que el propio código, en la regulación que de éstos hace, ya parece agotar tanto los supuestos de nulidad de los propios contratos como sus propios regímenes (vid. CARRASCO PERERA, A., «Artículo 6.3», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. ALBADALEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., T. I. Vol. 1.º, RDP, Madrid, 1992, págs. 769-782). En este sentido, creemos acertada la valoración de VAQUERO PINTO al señalar que el artículo 6.3 del Código Civil contendría un predicado de nulidad, pero no un supuesto específico de nulidad ni un régimen con el que hacerse practicable (VAQUERO PINTO, M.ª J., *ob. cit.*, pág. 47). Ante esta perspectiva no parece desacertada la conclusión de CARRASCO PERERA al señalar que, en definitiva, este precepto no es más que un modo de formular sintéticamente la sanción de nulidad por contravención al orden público (vid. CARRASCO PERERA, A., «Artículo 6.3», *ob. cit.*, pág. 780).

(38) La polémica acerca de cuál puede ser otro ese efecto o si ese otro efecto es posible, ha sido tarea ardua y duradera en el tiempo. En este sentido, aceptando la posibilidad de ese otro efecto, compartimos la posición de que éste debe identificarse, dentro de la categoría dogmática de las ineficacias, con la figura de la anulabilidad [vid. DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Sub. Capítulo VII. De la nulidad de los contratos», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. ALBADALEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (dirs.). T. XVII. Vol. 2.º *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1995, 2.ª ed., págs. 273-302; VAQUERO PINTO, M.ª J., *ob. cit.*, pág. 47]. De opinión contraria, sosteniendo que ese otro efecto no puede ni debe identificarse con la anulabilidad sino con las otras formas de particularización de la ineficacia indisponible como la nulidad parcial (vid. GORDILLO CAÑAS, A., *Nulidad, anulabilidad e inexistencia. El sistema de las nulidades en un Código*

En segundo lugar, y ya en el ámbito de la configuración general de los contratos, nos encontramos con el artículo 1.255 del Código Civil que, omitiendo la consecuencia que se produciría en el supuesto de infracción, realiza un claro control de licitud basado en la adecuación del objeto a las leyes, la moral y el orden público (39). No obstante parece preciso realizar, junto a un sector muy destacado de la doctrina, alguna consideración al respecto. Si bien es cierto que el artículo 1.255 del Código Civil habla de «causa», lo cierto es que ésta no parece verse afectada en relaciones contractuales que, objetivamente, son ilícitas o contrarias al orden público. En estos supuestos, la ineficacia del contrato está más relacionada con la admisibilidad de la propia autonomía privada que con el propio elemento esencial de la causa (40). En cualquier caso, como nos señala la doctrina civilista, al guardar silencio acerca de las consecuencias de la infracción, el artículo 1.255 nos permite elegir, de forma matizada, el modelo de invalidez. De esta manera, y en una aplicación mixta de los artículos 6.3 y 1.255 del Código Civil junto

latino situado entre la primera y la segunda codificación. Centenario del Código Civil 1889-1999. T. I. Asociación de Profesores de Derecho Civil. Centro de Estudios Ramos Areces, Madrid, 1990, págs. 935-983).

(39) La redacción del artículo 1.255, que permanece inalterada desde el periodo codificador, es uno de esos preceptos que transpiran el ansia de perdurabilidad del Código Civil. Dicho precepto aspira a ser preciso pero sin dejar de ser flexible, no sacrificando esta cualidad en aras de una redacción más rígida. Para ello, el codificador emplea un concepto rígido de claro carácter positivo —Ley— y dos conceptos jurídicos indeterminados —moral y orden público—. Ambos conceptos son difícilmente definibles desde un punto de visto jurídico, pues su propia definición ya implica un juicio de valor subjetivo difícilmente sustentable de forma irrefutable desde un punto de visto metodológico. No obstante, este defecto es, precisamente, su mayor virtud. La moral, como tal, no es otra cosa que la concreción de la bondad o malicia del hacer humano conforme a los valores imperantes en cada momento histórico. Igualmente, el propio concepto de orden público como aquel estado de la sociedad en el que las autoridades pueden ejercer sus funciones, siendo éstas aceptadas y respetadas por los ciudadanos. Ambos conceptos indican realidades mutables y, por tanto, adaptables a cada momento a través de la interpretación. Son, como se ha señalado respecto al concepto del orden público, unos conceptos eminentemente dinámicos por su continua necesidad de adaptación a la sociedad que es una realidad esencialmente cambiante (DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C., *El orden público como límite de los derechos y libertades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 93).

(40) Díez PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. T. I. *Introducción. Teoría del contrato*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 242; LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVARRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F.; RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*. Vol. 2. *Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelitos*, Madrid, Dykinson, 1999, pág. 453; CLAVERÍA GÓZALVEZ, L. H., «Artículo 1.275», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBADALEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (dirs.). T. XVII, 1.º-B. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, págs. 536-577.

a los relativos a la interpretación de los contratos (41), podrá optarse por la nulidad parcial del contrato cuando únicamente una parte del contrato sirva para la consecución de los intereses legítimos y pueda ser amputada sin privar de sentido a la otra parte (42). Por el contrario, cuando el pacto, cláusula o condición atente sustancialmente contra una norma positiva o contra el orden público —más discutible si atenta contra la moral—, nos encontraremos ante dos supuestos: A) La ineficacia plena del contrato cuando las cláusulas, pactos o condiciones atenten gravemente contra la ley y el orden público no pudiendo producir efectos jurídicos de forma independiente el resto del contrato. B) Afirmer la eficacia del contrato, al realizar una interpretación flexible (43), en los supuestos en los cuales la contrariedad entre la cláusula, pacto o condición del ordenamiento sea extraordinariamente leve (44).

En tercer lugar, y como tercer escalafón piramidal en el control de licitud, nos hallamos, ya en el seno de la regulación de cada uno de los elementos esenciales del contrato, el artículo 1.275. A tenor de lo dicho con anterioridad, pocas dudas existen respecto a que es en este artículo donde el codificador ha instaurado el auténtico control de licitud causal. Dicho en otros términos, únicamente las razones subjetivas son las que afectan a la causa, pues las objetivas se identifican más con la falta de operatividad de la autonomía de la voluntad. En este sentido, pocas dudas existen respecto a que, únicamente, el examen de la causa concreta, en una clara actividad valorativa y, por tanto subjetiva del juzgador, hace posible determinar la conformidad del contrato respecto al ordenamiento jurídico en función a las razones que han movido a las partes a contratar y en qué medida éstas han sido incorporadas al mismo (45).

(41) RUIZ MUÑOZ, M., *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Lex Nova, Valladolid, 1993, pág. 103.

(42) VAQUERO PINTO, M.^a J., *ob. cit.*, pág. 49.

(43) La doctrina de la «interpretación flexible» ha sido desarrollada de forma extensa por el Tribunal Supremo en el ámbito contractual como forma de modulación de la nulidad como sanción cuando ésta se deriva de la vulneración de normas que no prevén de forma expresa las consecuencias de su infracción. En este sentido, para un examen detenido de este desarrollo jurisprudencial, vid. CARRASCO PERERA, A., «Artículo 6.3», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. ALBADALEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (dirs.), T. XVII. 1.º-B. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, págs. 796-804.

(44) VAQUERO PINTO, M.^a J., *ob. cit.*, pág. 49.

(45) ALONSO PÉREZ, M., «El error sobre la causa», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Castán Tobeñas*, T. III, Universidad de Navarra, 1969, págs. 7-32; JORDANO BAREA, J. B., «La causa en el sistema del Código Civil español», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. I. Asociación de Profesores de Derecho Civil, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 1041-1060; CLAVERÍA GONZÁLEZ, L. H., *La*

Visto este marco general, resulta evidente que, en el ámbito de los servicios, la licitud del objeto reviste un carácter especial. Ello es así porque, en el ámbito de las cosas objeto de contrato, éstas no son ilícitas por su propia naturaleza, sino que poseen una ilicitud sobrevenida por imperativo ilegal, impidiéndoles superar el control de licitud propio del objeto del contrato. De esta manera, se puede decir que la licitud en el ámbito de las cosas se encuentra directamente relacionado con la posibilidad legal de su comercialidad en el tráfico.

La situación descrita respecto a la licitud en el ámbito de las cosas debe ser matizada en el ámbito de los servicios. Dicha realidad se fundamenta en el diferenciado control de licitud que nuestro Código Civil impone a las cosas y a los servicios. Así, el artículo 1.271 de dicha norma, tipificador del control de licitud, señala en su párrafo primero que *«pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres»* mientras que, en su párrafo tercero, nos indica que *«pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres»*. Vemos por ello que, al contrario de lo que ocurre en el ámbito de las cosas, el control de licitud en el ámbito de los servicios es más mutable, pues la superación del mismo se articula, no sólo sobre la inexistencia de una norma prohibitiva (46), cuestión a todas luces evidente, sino, fundamentalmente, sobre un concepto jurídico indeterminado e interpretable como las buenas costumbres.

Con todo, respecto al control de licitud que recae sobre las cosas, parece necesario realizar alguna consideración. Así, con respecto a las cosas, suele distinguirse entre ilicitud objetiva y sobrevenida. La primera se produciría cuando el objeto contractual recayera sobre alguna de las cosas dotadas *per se* del carácter de la extracomercialidad (47), mientras que, la segunda, ven-

causa del contrato. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998, págs. 67-115; TORRALBA SORIANO, V., «Causa ilícita. Exposición sistemática de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *ADC*, 1966, págs. 661-708.

(46) Cabe señalar que, en el ámbito de las cosas, la extracomercialidad viene determinada, de manera casi exclusiva, por la existencia de una norma legal específica que determina su ilicitud, excluyéndolas del comercio. No obstante, existen determinados bienes que, a la luz del propio Código Civil, gozan del carácter de extracomercialidad: A) Los bienes de dominio público ex artículo 339. B) Las cosas que no son susceptibles de apropiación, por ser cosas comunes a todos o por quedar fuera del ámbito y del poder de apropiación del individuo (por ejemplo: el aire, la luz, etc.). C) Los bienes no incluidos en el patrimonio y, por tanto, sustraídos de la libre disponibilidad de los particulares (p.ej.: el estado civil de las personas). Vid. DIEZ-PICAZO, L., «Fundamentos de...», *ob. cit.*, pág. 209.

(47) Si bien la posición de la doctrina se decanta mayoritariamente por considerar fuera del comercio a las cosas inapropiables, esta posición no es unánime. Así, algún autor ha señalado que la extracomercialidad es *«aquella situación en que se encuentran determinadas cosas en sentido jurídico que las hace estar sustraídas del tráfico, mientras no se produce una circunstancia, legalmente prevista, que determine la posibilidad de ser*

dría dada por una norma prohibitiva. No obstante, en el ámbito de las cosas, esta situación puede ser simplificada. En los supuestos de ilicitud objetiva, esto es, objeto contractual que recae sobre cosas inapropiables, lo cierto es que el llamado control de licitud no tiene demasiado sentido. Y no lo tiene porque, con carácter general, las cosas que gozan de tal carácter no pueden ser objeto de contrato (art. 1261.2 del CC). De esta manera, más que de un objeto contractual ilícito, parece más propio hablar de la inexistencia del objeto. En los supuestos de ilicitud o extracomercialidad sobrevenida, tampoco sería necesario llegar al control de ilicitud, pues la cosa objeto del contrato contravendría la ley, la moral o el orden público (art. 1.255 del CC), encontrándonos, no ante un supuesto de nulidad sino de inexistencia contractual.

En el ámbito de los servicios, parece evidenciarse aún más lo superfluo del control porque la ilicitud (48) es coincidente con los límites generales de la autonomía privada autónomamente considerada: uno puede obligarse por contrato a todo aquello que no sea contrario a las leyes, las buenas costumbres o el orden público (49) (arts. 1271.3 y 1.255 del CC). Consecuentemente, y al margen de la existencia de una norma positiva, la ilicitud del servicio será apreciada, en tanto en cuanto sea el resultado de la apreciación de las buenas costumbres y del orden público en cada momento. Por ello, los ejemplos clásicos de servicios ilícitos, no se identifican con prestaciones aisladas, sino con prestaciones realizadas en un contexto social determinados y/o con fines condenados por los valores morales imperantes (proxenetismo, arrendamiento de servicios de carácter indefinido).

Finalmente, cabe preguntarse la conveniencia de este doble control del objeto (el general del art. 1.255 y el particular del 1.271 del CC). Lo cierto es que, en el ámbito de los servicios, compartimos la idea de que la ilicitud referida al objeto, ex artículo 1.271 del Código Civil, no sólo resulta superflua sino también perturbadora (50). Y ello es así porque, si consideramos la licitud como un presupuesto esencial de la existencia del objeto contractual, en el supuesto de que incurra en ilicitud no existe otra salida que la declaración de inexistencia del contrato (51) por contravenir el artículo 1261.2 del Código Civil, lo que, como es natural, impide la producción de cualquier efecto jurídico. Por el contrario, si se entendiera la existencia del objeto dotado de una ilicitud sobrevenida, podrían entrar en juego diferentes tipos de ineficacia. De esta manera, un contrato de servicios por el que una de las

objeto nuevamente de relaciones jurídicas normales» (vid. ALEGRE GONZÁLEZ, en *RDPr*, 1971, T. LV, págs. 139-148).

(48) VAQUERO PINTO, M.^a J., *ob. cit.*, pág. 51.

(49) RAMS ALBESA, J., «Artículos 1.271 y 1.272», *ob. cit.*, pág. 472.

(50) VAQUERO PINTO, M.^a J., *ob. cit.*, pág. 51.

(51) SAN JULIÁN PUIG, V., *El objeto del contrato*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 259-260; ALONSO PÉREZ, M.^a T., *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Bosch, Barcelona, pág. 376.

partes se comprometa a matar a un tercero, es necesariamente nulo al contravenir directamente los fundamentos del ordenamiento jurídico y, en el propio ámbito regulatorio, los artículos 6.3 y 1.255 del Código Civil. No obstante, un contrato de prestación de servicios por el que una de las partes se compromete a prestarlos a perpetuidad, puede ser eficaz en su mayor parte, sufriendo tan sólo una ineficacia parcial en aquello que atañe a la perpetuidad (art. 1.583 del CC).

B) Posibilidad

Que el objeto contractual debe ser posible es algo que, en principio, parece adentrarse en los parajes de la obviedad. Ello es así porque, como ya señalaran los clásicos, *impossibilium nulla obligatio est* (52). En efecto, es muy razonable el afirmar que nadie puede obligarse a algo que es imposible.

No obstante, en un examen detenido de la cuestión, el concepto de «posibilidad» no se nos manifiesta tan nítidamente como pudiera parecer, obligándonos a cuestionarnos que debemos entender por «posibilidad» como requisito estructural del concepto de servicio en particular y, del objeto contractual, en general. El planteamiento de esta cuestión, que dista mucho de ser novedosa, se ha resuelto por la doctrina señalando que, respecto a las cosas, el concepto de «posibilidad» se identifica con la existencia real de las mismas (53) o, de forma más exacta, con la propia existencia real y con la cualidad del poder ser de la cosa (cosa futura) (54). En el ámbito de los servicios, por el contrario, dicho concepto se identifica con la posibilidad de su íntegra prestación.

De esta manera, insistimos, tanto la existencia o la futura cualidad de existir (cosas) como la posibilidad racional de la ejecución de la prestación (servicios) se configuran, únicamente, como el requisito estructural que examinamos (posibilidad). En otras palabras, las cosas o servicios «imposibles» quiebran el requisito estructural. No obstante, es aquí donde nos encontramos con un debate doctrinal que bien puede expresarse en la pregunta de qué entendemos imposible. ¿Debe entender que el concepto de imposibilidad únicamente se identifica con lo que empíricamente (materialmente) ni existe ni puede existir (cosas) o con la prestación que no se puede ejecutar (servicios)? O, por el contrario, ¿podemos entender que la imposibilidad jurídica,

(52) D. 50, 17, 185. Cels. 8 dig.

(53) RAMS ALBESA, J., «Artículos 1.271 y 1.272», en *Comentarios al... ob. cit.*, pág. 453.

(54) GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a J., «Artículos 1.271-1.272», en *Comentario del Código Civil*. PAZ ARES, C.; BERCOVITZ, R.; DíEZ-PICAZO, L., SALVADOR, P. (dirs.). T. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, 2.^a ed., págs. 473-476.

esto es, aquello que no puede existir, crearse (cosas) o ejecutarse (servicios) por imperativo normativo, incurre también dentro del concepto de imposibilidad? Nos encontramos así con dos vertientes de la imposibilidad, la empírica y la jurídica (55), una dualidad que genera el interrogante de si la imposibilidad jurídica incurre en el tipo estructural. Es lo que podríamos bautizar como el dilema de la imposibilidad.

A pesar de que existe la existencia de una opinión unitaria respecto al carácter estructural de la imposibilidad empírica, no es menos cierto que el concepto suele entenderse en un sentido amplio, abarcando también a la imposibilidad jurídica (56). Es una opinión que no podemos compartir. La imposibilidad empírica fundamenta su carácter estructural del tipo en la base de que, de no existir, no cabe una realidad (cosa o servicio) sobre la que se deposite el consentimiento (art. 1261.1 del CC). Resulta por tanto evidente que, al analizar el objeto contractual ante una situación de imposibilidad empírica, el contrato es doblemente inexistente: Por un lado, no cabe afirmar la existencia del objeto y, por otro, al no existir dicho objeto no existe una realidad sobre la que depositar el consentimiento contractual.

Esta situación no ocurre ante un supuesto de imposibilidad jurídica. En esa realidad, el objeto existe o puede existir *de facto* (cosa) o puede ejecutarse (servicio). La realidad de la cosa o del servicio existe y es posible. Cuestión diferente es que la propia existencia o cualidad de ser (cosa) o su ejecución (servicio) pueda ser antijurídico lo que, en puridad, nada tiene que ver con el examen del tipo contractual sino con una valoración jurídica que podrá tener consecuencias en el ámbito de la ineficacia (57), pero no en el ámbito de la estructura del tipo (58). Como acertada y concisamente señala VAQUERO PINTO, la ilicitud que entraña la imposibilidad jurídica no supone la valoración estructural, sino jurídica o moral, y corresponde al tratamiento funcional de la ineficacia (59). De modo ejemplificativo, y quizá tramposo, un contrato de compraventa de estupefacientes no parece reunir dudas acerca del objeto. El objeto, los estupefacientes, existen. Es una realidad posible sobre la que puede caer el consentimiento. Cuestión diferente es que dicho objeto no cumpla el requisito estructural de la licitud (*res*

(55) La imposibilidad de carácter legal o jurídico ha sido definido como aquel supuesto en el que «El objeto contemplado por las partes, como materia sobre la que su contrato recae, puede chocar con una prohibición legal o con un precepto normativo que lo impida». Vid. Díez-Picazo, L., «Fundamentos de...», *ob. cit.*, pág. 204.

(56) SAN JULIÁN PUIG, V., «El objeto...», *ob. cit.*, págs. 267-268.

(57) En concreto, en el ámbito jurisprudencial, los supuestos de imposibilidad jurídica son habitualmente reconducidos a la figura de la causa ilícita, lo que merece alguna crítica para algún sector doctrinal. En este sentido, vid. CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L. H., «Comentario a la sentencia de 30-12-1985», en *CCJC*, 10, 1986, págs. 3387-3394.

(58) GORDILLO CAÑAS, A., «Nulidad, anulabilidad...», *ob. cit.*, pág. 962.

(59) VAQUERO PINTO, M.^a J., *ob. cit.*, pág. 53.

extracommercium). A mi juicio, es dicho requisito estructural (art. 1.255 del CC) y no éste (art. 1.272 del CC) el que debe realizar el control de la licitud. Cabe destacar que esta discusión no es nueva. Desde la perspectiva de la licitud como presupuesto objetivo del contrato, mucho se ha discutido acerca del control de licitud y, muy especialmente, poniéndose de manifiesto el altísimo grado de dificultad que existe para distinguir la imposibilidad jurídica del requisito estructural de la licitud (60).

A mi juicio, es esta una discusión poco fructífera a tenor de las consecuencias que, en los supuestos concretos, pueden producirse. Como señala M.^a T. ALONSO PÉREZ, acudir al concepto de la imposibilidad jurídica suele ser habitual en los contratos de servicios, concepto al que suele acudir ante situaciones de infracción de la regulación de dichas profesiones (titulación, colegiación, etc.). De esta manera, se argumenta, que siguiendo el sentido amplio de la concepción de la imposibilidad, se entiende que no puede apreciarse el requisito estructural de la posibilidad lo que, irremediamente, no nos deja otra salida que declarar la inexistencia del contrato (61). Lo cierto es que no podemos compartir esta opinión. Y no lo hacemos por dos razones diferenciadas:

Nos parece que no responde a la configuración que del régimen contractual realizó el codificador. En otras palabras, nos parece que, en buena medida, traiciona el orden en el que el tipo contractual debe ser analizado para determinar o no su existencia y eficacia. Y lo es porque el codificador estableció con claridad el control de licitud en sede de estructura contractual. Y lo hizo, en primer lugar, estableciendo el control de licitud cuya finalidad es determinar la posible antijuridicidad del contrato. Sólo gozando de la seguridad de que el objeto es lícito, el codificador pasó a exigir el requisito estructural de la posibilidad con el fin de garantizar la no efectividad *inter partes* de obligaciones respecto a cosas o prestaciones imposibles, esto es, cosas que, bien ni existen ni pueden existir, bien no pueden ejecutarse (servicios). Esta es la configuración originaria. Sólo posteriormente, y por razones que veremos a continuación, se crea el concepto de imposibilidad jurídica —que no es otra cosa que un ilícito que debía ser analizado con anterioridad— y que no se ajusta con holgura al corsé del requisito estructural de la «posibilidad». En este sentido, no deja de resultar paradójico aceptar la licitud del objeto contractual durante el control de licitud para des-

(60) Para un examen detenido de la cuestión, vid. DE LOS MOZOS, J. L., «El objeto del negocio jurídico», en *RDP*, 1960, págs. 372-391; DE LOS MOZOS, J. L., «Voz “Objeto del negocio jurídico”», en *NEJS*, T. XVII, Barcelona, 1982, págs. 771-785.

(61) ALONSO PÉREZ, M.^a T., «Los contratos...», *op. cit.*, págs. 379-382.

pués, al examinar el requisito de la posibilidad del objeto, declarar su «imposibilidad jurídica», es decir, su antijuridicidad.

La aceptación del criterio amplio de imposibilidad, con el fin de englobar a la imposibilidad jurídica, únicamente tiene un fin, esto es, negar la existencia del tipo estructural de la «posibilidad» (art. 1.255) y no, únicamente, negar el requisito de la «licitud». Tras este regate interpretativo se encuentra el deseo de poder argumentar, sin dejar ninguna otra salida, la nulidad absoluta del contrato al carecer del requisito estructural de la «posibilidad». Debemos tener presente que las consecuencias entre una y otra opción pueden generar consecuencias de muy diversa índole. Negar el requisito estructural de la «posibilidad» conlleva la declaración de la inexistencia del contrato. No superar, por el contrario, el control de ilicitud, deja otras puertas abiertas, permitiendo a las partes elegir matizadamente el modelo de invalidez (nulidad parcial, si una parte del contrato puede sobrevivir sin la parte declarada nula o nulidad radical, si no es así). Ante esta realidad, ¿qué utilidad práctica otorga al tráfico contractual una interpretación, sin duda forzada, que otorga un régimen de nulidad más severo? La respuesta, en nuestra opinión, es que ninguna ventaja aporta por lo que tampoco ninguna utilidad.

C) *Determinación*

La necesidad de la «certeza» (art. 1.261 del CC) es el tercer requisito exigido por nuestro Código Civil al objeto en una relación de carácter contractual. No obstante, el objeto no sólo debe existir en el ámbito de lo puramente abstracto, sino que debe ser determinable conforme a su especie (art. 1.273 del CC). Es, a todas luces, una exigencia lógica. No pueden existir obligaciones contractuales si no se ha determinado en qué consisten tales obligaciones. En este sentido, cabe señalar que el propio concepto de la certeza posee un destacado aspecto subjetivo, cuando no psicológico, ligado a la convicción de la existencia del objeto. La certeza del objeto del contrato vendrá determinada por un conjunto de circunstancias, fundamentalmente, la información que sobre el mismo posean las partes lo que determinará la formación psicológica de la certeza, extremo que, gráficamente, ha llevado a algún autor destacado a señalar que el requisito de la certeza no se encuentra tanto en el objeto como en el sujeto (62).

(62) SAN JULIÁN PUIG, V., «El objeto...», *ob. cit.*, pág. 57.

En este sentido cabe destacar el *iter* realizado por el codificador a través de los requisitos que determinan la existencia del objeto contractual. Si con la «licitud» se estableció la barrera de entrada al tráfico contractual de aquellos objetos que no gozaban del carácter de la comercialidad y con la «posibilidad» se restringió el objeto contractual al mundo de lo real, del *factum*, con la «determinación» se produjo la incorporación de la realidad a la obligación o al contrato, lo que, consecuentemente conlleva que, en ausencia de determinación, lo que faltará realmente es el consentimiento contractual (63).

Con todo, la apreciación del requisito de la «determinación» no puede producirse, de igual modo, cuando el objeto se identifica con una cosa como cuando lo hace con un servicio. Los procesos de formación de la convicción son particularmente diferentes. La convicción de la certeza de una cosa vendrá dada por la constatación de un *factum*, de una realidad que puede responder a una comprobación empírica. Igualmente, su determinación responderá a una constatación empírica del *quid*, el *quale* y el *quantumque* (64) que forme, en las partes contractuales, la convicción de la certeza y la determinación. Por el contrario, y como es fácilmente entendible, no ocurre lo mismo en el plano de los servicios. La constatación de los requisitos de la certeza y la determinación son diferentes cuando éstos no se refieren a cosas sino a servicios. La pregunta es obvia. ¿Cómo logramos formar la convicción de las partes respecto a la presencia de los requisitos de certeza y determinación cuando el objeto contractual es el propio de las obligaciones de hacer? A mi juicio, una respuesta definitiva no es posible. En este ámbito, creo que debemos distinguir entre la certeza (art. 1.261 del CC) y la determinación (art. 1.273 del CC). La certeza de la existencia de una obligación, que por antonomasia pertenece en exclusiva al mundo de lo abstracto (ideas), no puede ser exigida en el ámbito de lo concreto (real). La exigencia de la convicción psicológica de las partes de lo cierto a través de la recepción sensorial y comprobación empírica del objeto del contrato, no es posible. Así, pensemos que la exigencia del requisito de lo «cierto» en el ámbito de las obligaciones nos conduce al concepto de «obligación cierta». Este concepto no puede identificarse con la obligación que, en un sentido jurídico existe, pues las obligaciones, en el ámbito del Derecho Privado que examinamos, nacen como consecuencia de un contrato que aún no existe. Asimismo, este concepto de «obligación cierta» no puede ser identificado con aquella obligación de hacer cuyo cumplimiento es posible, pues ello se identifica con el requisito de la posibilidad (art. 1.272 del CC) que, como se ha estudiado, es el segundo de los requisitos estructurales del objeto contractual. Por

(63) VAQUERO PINTO, M.^a J., *ob. cit.*, pág. 57.

(64) HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Artículo 1.273», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. ALBADALEJO, M., y DÍAZ ALABART, S. (dirs.), T. XVII, Vol. 2.º, *Revista de Derecho Privado*, Madrid. 1995, 2.ª ed., págs. 470-518.

ello, entiendo que la formación de la convicción de «certeza» en el ámbito de las obligaciones de hacer debe formarse en el ámbito de lo abstracto y no en el de lo material. Por ello, entendemos que el concepto de certeza, respecto a la obligación de hacer, debe identificarse con el fin perseguido por la obligación de hacer (65), en definitiva, por el problema a resolver (66). No obstante, en las obligaciones de hacer siempre existirá un cierto grado de indeterminación o, más técnicamente, «determinabilidad», cuya admisibilidad dependerá, ex artículo 1.273 del Código Civil *in fine*, de la existencia de modelos o criterios de determinación (67) que excluyen la necesidad de celebrar un nuevo convenio entre los contratantes.

Ante esta realidad, que no deja de causar cierta inquietud en el ámbito de los servicios, la pregunta a responder es qué criterio de determinación debemos emplear para conseguir dar cumplimiento a la exigencia de «determinación» en el ámbito de las obligaciones de hacer (servicios). En este sentido, y a pesar de la advertencia razonable y razonada por la cual en los contratos de servicios el modelo de determinación de la prestación conlleva, necesariamente, un cierto grado de discrecionalidad de los sujetos de la relación contractual (68), lo cierto es que el modelo general de determinación del arbitrio del tercero (69) —previsto para el contrato de sociedad y de compra-

(65) En este sentido, parece acertada la afirmación de que, respecto a lo servicios, se logra cierto grado de certeza: «[...] a través de la indicación de un *opus* u otro resultado de la actividad a desarrollar» (vid. MORENO QUESADA, B., «Problemática de las obligaciones de hacer», en *RDPr*, 1976, págs. 467-502).

(66) ALONSO PÉREZ, M.^a T., «Los contratos de...», *ob. cit.*, pág. 371.

(67) En este sentido cabe señalar que, *a priori*, no existe en nuestro Derecho una enumeración de cuáles pueden ser los criterios de simple determinabilidad del objeto de los contratos, siendo posible, por tanto, establecer una amplia gama de posibilidades. Con todo, fundamentalmente, los criterios de determinación han sido estudiados partiendo de la distinción entre remisión en el propio contrato a criterios objetivos (arts. 1.447 y 1.448 del CC), o remisión al criterio subjetivo o arbitrio de un tercero o al arbitrio de una de las partes del negocio (arts. 1.447, 1.449 y 1.690 del CC). (MARTÍN PÉREZ, A., «Sobre la determinabilidad de la prestación obligatoria», en *RGLJ*, 1958, II, págs. 3-31). En este mismo ámbito, al tratar esta cuestión, algunos han señalado, por vía de ensayo, y en referencia al ámbito de las cosas, algunas posibilidades tales como: A) Las partes establecen únicamente un género al cual ha de pertenecer el objeto del contrato. B) Las partes han tenido a la vista, han examinado o han establecido unas muestras, con las cuales han establecido unas muestras con las cuales ha de ser conforme a la mercancía vendida: venta sobre muestras (art. 327 del Código de Comercio). C) Las partes se remiten a criterios exteriores en orden a la fijación de la cuantía o de la especie de la prestación (art. 1.448 del CC). Con el mismo fin, pero con una aplicación mayor al ámbito de los servicios. D) La determinación del objeto se remite al arbitrio de una tercera persona. E) La determinación del objeto del contrato se deja al arbitrio de una de las partes (vid. Díez Picazo, L., «Fundamentos...», T. I., *op. cit.*, págs. 211-212).

(68) VAQUERO PINTO, M.^a J., *ob. cit.*, pág. 59.

(69) El arbitrio del tercero como modelo de determinación del objeto contractual permite a un tercero, ajeno a la relación contractual, proceder a la determinación del objeto a través de posibles actuaciones: A) *Arbitrium boni viri*. B) *Arbitrium mere*. En

venta (arts. 1447.1 y 1.690 del CC) (70)—, junto con el modelo de determinación de arbitrio de parte (71), han sido ampliamente aceptados por la doctrina (72). De esta manera, como ha señalado la doctrina más destacada, se

el primer caso, el tercero fundamentará su decisión en función de criterios objetivos de equidad, pudiendo impugnar las partes su decisión ante la jurisdicción ordinaria si no existen dichos criterios objetivos. En el segundo caso, sin embargo, el tercero únicamente deberá actuar conforme con su leal saber y entender, siendo su decisión únicamente impugnabile cuando se haya producido con mala fe. En este sentido, para un estudio en profundidad de dicho modelo de determinación, ROCA JUAN, J., *Determinación indirecta de la prestación en la relación obligatoria*, Anales de la Universidad de Murcia, X (1951-1952), págs. 435-465; DÍEZ-PICAZO, L., *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1957.

(70) A pesar de que el Código Civil español únicamente prevé específicamente a estos dos supuestos concretos, es opinión mayoritaria que no existe dificultad en admitir con carácter general este modelo de determinación cuando las partes así lo hayan aceptado. En este sentido, cabe señalar lo habitual de la aplicación de dicho modelo en la determinación del precio, por ejemplo, en la retribución de servicios o el interés de un préstamo, aunque este modelo no opera exclusivamente en la determinación de la cantidad sino que puede operar para determinar extremos de otra naturaleza. Vid. DÍEZ-PICAZO, L., «Fundamentos...», *op. cit.*, pág. 212.

(71) El arbitrio de una de las partes como modelo de determinación del objeto es una figura cuya admisibilidad dista de ser obvia. Y es así porque, si el Código Civil reconoce en determinados momentos la posibilidad del arbitrio de un tercero, lo cierto es que repetidamente hace lo contrario respecto al modelo de determinación que examinamos. Así, de forma específica, lo niega respecto a la compraventa en el artículo 1.449 y respecto a la designación de partes en la sociedad en el artículo 1.690 del Código Civil. Con todo, por si ello no fuera suficiente, el Código Civil también lo niega de forma general en el artículo 1.256, pareciendo eliminar cualquier sombra de duda acerca de la admisibilidad del arbitrio de parte al señalar que «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». A pesar de esta aparente imposibilidad, a mediados del siglo pasado surge en el Derecho español la llamada doctrina del arbitrio de equidad que terminó por conseguir algo que parecía imposible, esto es, la compatibilidad de este modelo con la tipificación normativa del Código Civil. Este regate doctrinal parte de una correcta interpretación del Derecho histórico. Se manifiesta así que, en este punto, el codificador bebió de las fuentes romanas que, como principio, prohibían remitirse al arbitrio de una las partes. No obstante, se señaló que, en el Derecho romano, si bien esta prohibición era cierta, también lo era el hecho de su permisibilidad cuando el arbitrio de una de las partes procedía de manera equitativa (*arbitrium boni viri*). Únicamente la regla general, cuyo fundamento es la ausencia de equidad, fue recogida en el proceso codificador. Por ello, cuando la nota de equidad existe, quiebra el fundamento de la prohibición, razón por la cual no parece incompatible este modelo de determinación del objeto entendido este como *reductio ad arbitrium boni viri*. En este sentido, afirman los creadores de la exitosa teoría analizada, que la determinación equitativa aislada de la pura idea de subjetividad es compatible con una prohibición que lo que pretende eliminar es la pura arbitrariedad (ENNECERUS-KIPP-WOLFF, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, T. II, Vol. 1, Bosch, Barcelona, 1954, págs. 29-30).

(72) HERNÁNDEZ GIL, A., *Obras completas. Derecho de Obligaciones*, T. II, Espasa Calpe, Madrid, 1988, págs. 60-61; DÍEZ PICAZO, L., «La formación del contrato», en *ADC*, 1995, I, pág. 8; HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Artículo 1.273», en *Comentarios al... ob. cit.*, pág. 517; LUCAS FERNÁNDEZ, F., «El pago del precio en el arrendamiento de servicios profesionales», en *ADC*, 1983, págs. 1469-1514.

produce la diferencia entre voluntad y arbitrio (73) o, aún más nítidamente, entre «voluntad arbitraria» —auténtica conducta cuya prohibición deseaba el codificador— y el auténtico *arbitrium boni viri*. La importancia de su diferenciación es crucial para determinar la validez del modelo de determinación del objeto. Así, mientras la «voluntad arbitraria» no es en absoluto tolerada, pues no está sometida a límite alguno sino al capricho injusto de la parte; el arbitrio que procede conforme a criterios objetivos, y por tanto constatables, fundados en la equidad (*arbitrium boni viri*), es plenamente admisible como modelo de determinación del objeto. No en vano, a tenor de lo visto, bien puede declararse que el arbitrio basado en la equidad en nada es arbitrario. Esto es, el *arbitrium boni viri* tiene más que ver con la justicia, como manifestación de la equivalencia de las prestaciones que debe regir el ámbito contractual, que con el arbitrio entendido como la voluntad no gobernada por la razón sino por el apetito o el capricho.

4.2. CRITERIOS DE DISTINCIÓN. ESPECIAL ATENCIÓN AL CRITERIO DE LA INMATERIALIDAD

A) *Obligación de medios y obligación de resultado*

Es una posición extendida en el seno de la doctrina y la jurisprudencia, la idea por la que el contrato de arrendamiento de obra se diferencia del de servicios en función del carácter de la prestación. De esta manera, en el contrato de servicios, el prestador se compromete únicamente a desarrollar el objeto de la obligación de forma diligente, mientras que, en el de obra, se compromete a obtener un resultado concreto. Así —se argumenta— el prestador en los contratos de servicios asumiría una obligación de mera actividad; en los de obra, una obligación de resultado. Este posicionamiento, que goza de una difusión indiscutible (74), presenta dificultades que trataremos de analizar.

En efecto, parece necesario detenerse en la piedra angular de este criterio diferenciador, esto es, en la capacidad de distinguir cuándo una obligación de hacer es de medios y cuándo, de resultado. A pesar de su aparente sencillez

(73) Díez-PICAZO, L., «Fundamentos...», T. I, *ob. cit.*, pág. 213.

(74) Para comprobar esta realidad, al margen del examen de la postura de la mayoría de la Doctrina, basta examinar el artículo 1.583 del Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994, dirigida a modificar la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra, cuyo texto se decantaba por la diferenciación de la naturaleza de la obligación (medios/resultados) como criterio diferenciador entre el contrato de arrendamiento de servicios (tipo general) y el de obra (tipo especial). Artículo 1.583 del Proyecto: «*Por el contrato de servicios una de las partes se obliga, a cambio de una retribución, a realizar determinada actividad considerada en sí misma y no por su resultado. Los contratos de trabajo se regularán por su propia regulación*».

en abstracto, no siempre lo es en concreto. Realizar esta distinción fuera de los casos arquetípicos no resulta sencillo (75), razón por la que debemos preguntarnos qué criterio debemos emplear para realizar la misma.

En este sentido, parece existir acuerdo en que la autonomía privada de las partes, en el negocio jurídico, es el principal criterio a la hora de determinar si el negocio jurídico creado está configurado por obligaciones de medios o de resultado (art. 1.255 del CC); una opinión que, en último término, no es más que una mera aplicación de la teoría general de las obligaciones (76), ya que no existe precepto legal que altere la regla general. Pero, el problema se plantea cuando del acuerdo que constituye el negocio jurídico, no se desprende claramente la voluntad de los contratantes. A nuestro juicio, y sorprendentemente es algo que parece obviar la doctrina, la voluntad de las partes deberá buscarse en los actos de éstos, y muy especialmente, en los coetáneos y posteriores al contrato (art. 1.285 del CC). Con todo, parece evidente que la mera aplicación de este criterio no resultará siempre suficiente. Por ello, en una postura inspirada claramente en el artículo 1.285 del Código Civil, se ha manifestado por parte de la doctrina que es preciso examinar el conjunto de cláusulas contenidas en el contrato al constituir éstas indicios reveladores de la intención de las partes (77) contratantes (78). Con todo, en múltiples

(75) Así lo señala VAQUERO PINTO poniendo como ejemplos arquetípicos y como: «[...] obligación de resultado la del transportista o la del contratista de obras quienes ni pueden pretender haber cumplido su prestación, sino cuando realizan el concreto opus o resultado debido: la traslación, en el espacio y sin daño, de las cosas o personas transportadas al punto de destino; la realización de la construcción o reparación comprometidas. Son normalmente obligaciones de actividad o de medios las del médico, del abogado o del mandatario y gestor de negocios. El médico cumple su obligación cuando desarrolla el conjunto de actuaciones exigibles a un profesional normal, en las circunstancias del caso, aunque el paciente no haya sanado porque no debe la curación. Lo mismo puede decirse del abogado, mandatario o gestor de negocios que cumplen si despliegan su actividad diligente, aunque el fallo judicial sea adverso para el cliente, o el resultado de la gestión haya sido perjudicial para los intereses del mandante o del *dominus negotii*». VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de...», *ob. cit.*, pág. 111.

(76) Díez PICAZO L., «Fundamentos...», T. II., *ob. cit.*, pág. 141.

(77) JORDANO FRAGA, F., «Obligaciones de medios y de resultado. A propósito de alguna jurisprudencia reciente», en *ADC*, 1991, págs. 5-96. Es destacable que en el fundamento del artículo 1.285 del Código Civil se encuentra esta idea. La única diferencia radica en la finalidad perseguida. Mientras el artículo 1.285 del Código Civil pretende hallar la intención de los contratantes para arrojar luz sobre el sentido de una de las cláusulas del contrato, en el caso que nos ocupa, la finalidad es determinar si en la voluntad de las partes se encontraba el deseo de asumir la obtención de un resultado concreto (obligación de resultado) o la mera realización de una actividad (obligación de actividad). Vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «Artículo 1.285», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. ALBADALEJO, M., T. XVII, Vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, págs. 41-42.

(78) De un rápido examen a los distintos y múltiples criterios que han sido planteados por la parte de la Doctrina, se desprende el hecho de que muchos de ellos, en realidad, no dejan de ser meros elementos de inducción de la voluntad contractual. Tal es el caso,

ocasiones, el despliegue de esta conducta tampoco genera resultados fructíferos. Ante esta situación, la pregunta vuelve a ser que cómo clasificamos la obligación, como de actividad o como de resultado. En este sentido, la doctrina ha desarrollado un conjunto de criterios de los que señalaremos los más relevantes:

- Criterio del *alea y del facere debido*: Conforme a este criterio, que sin lugar a dudas es el que goza de mayor apoyo tanto doctrinal como jurisprudencial, aquellos resultados o fines cuya realización o logro efectivo no están en la mano del deudor, sino que dependen, en gran medida, de otros factores ajenos a su control —la disposición anímica o los hábitos del paciente, en el caso del médico, o la formación y el talante de los Jueces, en el caso de los abogados—, no deben considerarse incluidos en el contenido de la prestación del deudor de un *facere*, sino que deben clasificarse como tales obligaciones de medios. En este sentido, significativo es el pronunciamiento del TS en sentencia de 4 de marzo de 1993 al señalar que «[...] la obligación del profesional sanitario no es una obligación de resultado, sino una obligación de medios, ya que está obligado no a curar al enfermo, sino a proporcionarle con diligencia y plena dedicación todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia (lex artis ad hoc) y la situación actual de los conocimientos en medicina» (79). No obstante, este criterio tampoco está libre de controversia. Como ha puesto de relieve la doctrina francesa (80), es necesario no olvidar que todas las obligaciones contractuales presentan un determinado nivel de riesgo, intrínseco al negocio jurídico. Diferenciar entre este normal riesgo obligatorio y las auténticas obligaciones aleatorias (obligaciones de medio) es un inconveniente que se ha intentado resolver a través de la conjugación de la intervención activa o pasiva del acreedor en el cumplimiento de la obligación (81). De esta manera, se argumenta, si el acreedor posee una conducta activa, debe valorarse la obligación como de medios mientras que, si posee una pasiva, será un in-

por ejemplo, del llamado criterio de la naturaleza de la actividad desplegada. De acuerdo con el mismo, las actividades propias de profesionales liberales asumirían siempre obligaciones de medios mientras que las actividades propias de los oficios se identificarían con obligaciones de resultado, puesto que éste se obtiene normalmente si la actividad se realiza conforme a la *lex artis*. Para un examen detallado de la cuestión, vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993, págs. 44-45.

(79) STS de 4-3-1993 (RJ 1993/2001).

(80) FROSSARD, J., *La distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat*. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1965, págs. 135-137.

(81) LE TOURNEAU, P. H., «La responsabilité...», *ob. cit.*, págs. 420-421.

dicio que nos indicará que nos encontramos ante una obligación de resultado (82).

- *Criterio de la determinación de la prestación:* Conforme al mismo, la naturaleza de la obligación vendrá determinada por la precisión y por los contornos jurídicos con los que el prestador se compromete a cumplir la obligación. Por ello, cuando existen contornos jurídicos claros y precisos, el prestador asume una obligación de resultado; cuando éstos no existen, asume una de medios (83). A nuestro juicio, la conveniencia de la adopción de este criterio es más que criticable. Y lo es por dos razones diferenciadas: *a)* El propio concepto de contornos jurídicos claros es un concepto jurídico indeterminado. ¿Cuándo se considera que la regulación contractual es lo suficientemente clara? Lo lógico sería entender que eso ocurriría cuando del conjunto del clausulado se pudiera extraer con claridad la voluntad de las partes contratantes; realidad que nos llevaría al criterio diferenciador que ya anunciara JORDANO (84). *b)* La solución a la que se llega es extraordinariamente simple: Cuando los pactos contenidos en el contrato no sean exhaustivos, teniendo, por tanto, el deudor cierto margen de acción, la obligación deberá ser considerada como de medios; siéndolo de resultado, en el caso contrario. Conforme a este criterio, en un contrato de prestación de servicios médicos de intervención quirúrgica en el que el cirujano determinara las actuaciones a realizar, éste asumiría una obligación de resultado y no de servicios; conclusión que, a todas luces, no resulta satisfactoria.
- *Criterio de la equidad:* El recurso al principio de la equidad es el último de los criterios que, especialmente en el ámbito del Derecho francés, ha gozado de cierta difusión. Como es fácilmente imaginable,

(82) A nivel internacional, este criterio se encuentra recogido en el artículo 5.5.d) de los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales (PCCI) de la UNIDROIT (www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles1994/fulltext.pdf). Dicho precepto señala: «Para determinar en qué medida la obligación de una parte implica una obligación de emplear los mejores esfuerzos o de lograr un resultado específico, se tendrán en cuenta, entre otros factores: *a)* los términos en los que se describe la prestación en el contrato; *b)* el precio y otros términos del contrato; *c)* el grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado; *d)* la capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la obligación». De manera gráfica, los propios Principios ejemplifican el apartado *d)* de la siguiente manera: «“A” se encuentra en condiciones de proveer a “B” de la asistencia técnica necesaria para aplicarla a nuevos descubrimientos en procesos químicos. “A” conviene con “B” en que éste enviará algunos de sus ingenieros para asistir a un curso de capacitación organizado por “A”. “A” no puede garantizar que “B” llegue a conocer en profundidad los nuevos procesos químicos, ya que dicho resultado dependerá, en parte, de que “B” efectivamente envíe a sus ingenieros al curso de capacitación, de la capacidad de estos ingenieros y de su atención durante el curso».

(83) FROSSARD, J., «La distinction des...», *ob. cit.*, pág. 167.

(84) JORDANO FRAGA, F., «Obligaciones de medios y...», *ob. cit.*, pág. 60.

la clasificación de la obligación del deudor como una obligación de medios o de resultado tiene consecuencias directas posteriormente, en el momento del examen de la responsabilidad del deudor. En función de que la obligación tenga uno u otro carácter será exigible un mero *opere* o un auténtico *opus*. Así, en función de que el criterio adoptado otorgue a la obligación un carácter de medio o de resultado, el acreedor o el deudor pueden ser colocados en una situación de privilegio. Ante esta realidad, el criterio de la equidad propone que, en determinados casos, se estime la existencia de una obligación de medios o de resultado en función de cual de estas naturalezas obligacionales favorezca al acreedor que, víctima del daño ante un incumplimiento, debe ser colocado en la mejor posición posible para exigir la correspondiente responsabilidad al deudor. Viendo lo anterior, en base al principio de equidad, la doctrina francesa ha entendido que deben ser consideradas obligaciones de medios aquellas cuyas prestaciones contractuales posean un carácter gratuito (85), aquellas en las que el acreedor participe en la prestación (86) o en las que el deudor esté sometido al acreedor (87). Por el contrario, como nos recuerda VAQUERO PINTO, conforme al criterio de la equidad, «*son circunstancias que favorecen la calificación de la obligación como resultado: el papel pasivo del*

(85) Comparto con TRIGO GARCÍA la idea de que la mera gratuidad de la prestación no posee la entidad suficiente para atribuir la naturaleza de medios a la obligación. La gratuidad puede indicar, en concurso con otras circunstancias, que la voluntad contractual de las partes iba dirigida a configurar una obligación de medios, pero no cabe extraer de ello una regla general. Vid. TRIGO GARCÍA, M.^o B., «Contrato de servicios...», *ob. cit.*, págs. 202-203. De opinión contraria, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Las obligaciones de...», *ob. cit.*, pág. 121.

(86) Obtener una regla general a partir de la conducta participativa del acreedor resulta, cuando menos, arriesgado. Imaginemos al propietario de una vivienda que contrata, con un grupo de operarios, la realización de determinadas reformas, participando él mismo en una parte de las mismas. Conforme a lo que antecede, podría surgir la duda acerca de si la obligación asumida puede ser calificada como una obligación de medios en vez de una auténtica obligación de resultado. Paradójicamente, la aplicación de tal criterio, en el supuesto señalado, resulta tremendamente injusto con el acreedor a quien, presumiblemente, se pretende proteger.

(87) La imprecisión del concepto de sumisión del deudor frente al acreedor parece configurarse, más que como un criterio, como una excusa que permita al operador jurídico, en el momento de calificar la naturaleza de la obligación, adoptar la decisión que más favorezca al acreedor. Ello es así porque no sólo en las obligaciones de medios el deudor está sometido al acreedor, sino también en las de obra. De esta manera, el carpintero, que construye unas puertas conforme a unas determinadas indicaciones, se encuentra sometido al acreedor que dicta las mismas. Cierto es que, en las obligaciones de actividad, el prestador del servicio goza de una mayor independencia, pero ésta nunca es absoluta. Pensemos en la actuación de un abogado a lo largo de un proceso judicial. El mismo desempeña su actividad con cierta independencia pero, a lo largo del proceso, debe contar con la aprobación de su cliente. La dependencia, en un sentido amplio, existe en ambas naturalezas obligatorias.

acreedor; la constatación de una situación de inferioridad del acreedor en la relación con el deudor; la fiabilidad de las técnicas y los instrumentos utilizados por el deudor para el cumplimiento de su obligación» (88).

B) *Otros criterios diferenciadores*

Basta examinar la literatura jurídica, en el ámbito del contrato de servicios, para comprobar que la diferenciación tradicional entre obligaciones de medios y de resultado sigue gozando de un éxito indudable. Y ello a pesar de que, desde que dicha distinción obtuvo difusión, fue sometida a duras críticas.

Así, se señaló la relatividad subjetiva existente en la apreciación de una obligación de medio y otra de resultado. En definitiva, dicha distinción lleva aparejada una decisión sobre la función teleológica de la obligación, un proceso decisorio éste que, en múltiples ocasiones, es hermenéuticamente complejo, cuando no imposible. Tal es así que, en múltiples ocasiones, una obligación puede ser clasificada como de actividad o como de resultado, en función de la posición subjetiva que se adopte.

Como es fácilmente comprensible, estas críticas arrojan serias dudas sobre el propio criterio clasificatorio. Esta situación, de cierta subjetividad, en la función teleológica de la obligación, ha llevado a un sector de la doctrina a señalar que, en realidad, todas las obligaciones de medios son obligaciones de resultado. No en vano —se argumenta— «[...] *lo que se llama obligaciones de medios no son sino obligaciones en las que el objeto se ha precisado estrechamente, mediante un resultado fragmentario, por una tarea parcial tocante a un objeto más extenso que, sin embargo, ha quedado fuera de la obligación» (89).* De ahí, lo ideal es garantizar más rígidamente la posición del acreedor, posición reforzada que, en último término, «*beneficia el espíritu de los negocios» (90).*

Como era de esperar, la reacción de los defensores de la distinción no se hizo esperar, señalando que las críticas son «*meras distinciones terminológicas que no suponen un inconveniente serio para el establecimiento de la distinción» (91).* Según lo anterior, si bien es cierto que de las obligaciones de medios, el deudor espera un resultado, esa cuestión no impide establecer

(88) VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de...», *ob. cit.*, pág. 116.

(89) MARTON, M. G., «Obligations de résultat et obligations de moyens», en *RTDC*, 1935, págs. 499-543.

(90) WIGNY, M. P., «Responsabilité contractuelle et force majeure», en *RTDC*, 1935, págs. 19-95.

(91) JORDANO FRAGA, F., «Obligaciones de medios...», *ob. cit.*, págs. 12-20.

la distinción. Como señala JORDANO, si bien es cierto que el deudor, en cualquier obligación, debe siempre esperar un resultado, también lo es que el contenido de ese resultado debido puede definirse o configurarse de distintas maneras. En las obligaciones de hacer siempre podrán distinguirse los casos en los que el fin-resultado al que se encamina la conducta debida por el deudor se incorpora a la prestación, de aquellos otros casos en los que no se incorpora a la misma (92). En el primer caso, el resultado debido por el deudor es la realización del *opus*; en el segundo, el resultado debido es sólo el despliegue de una conducta diligente, destinada al logro de un fin posterior que resulta excluido de la obligación (93).

A pesar de lo problemático que resulta la incorporación indúbita del interés del acreedor a la prestación, como principio general, lo cierto es que el gran problema del criterio diferenciador, que hasta ahora hemos analizado, es que no permite identificar categorías de contornos definidos. Establecer, con el cincel de los principios generales, una marca que establezca con claridad cuáles son los tipos obligatorios que se incorporan al ámbito de los contratos de servicios (tipo general) y cuáles a los de obra (tipo específico) no es posible. Y ello es así, entre otras razones, porque, en ausencia de un régimen jurídico único que regule los contratos de servicios e imponga normas específicas, todas las relaciones contractuales pueden ser convencionalmente alteradas por las partes (art. 1.255 del CC), lo que conlleva la posibilidad de que, al examinar una determinada relación obligatoria, en ella concurren todos o algunos de los rasgos que caracterizan a una obligación de medios o de resultado (94).

Con todo, a pesar de las críticas, no existe ninguna duda acerca del éxito del criterio tradicional, pero ello no ha evitado que existan otros criterios delimitadores. Dichos criterios, si bien no han sido capaces de obtener la posición de prevalencia que el criterio tradicional ostenta en el tráfico, deben ser tenidos en cuenta. Y deben serlo porque, en situaciones en las que la calificación del tipo contractual sea dudoso —cuestión nada extraña teniendo

(92) La apreciación de que el interés primario del acreedor pueda o no incorporarse a la prestación, en cualquier situación, ha sido recientemente cuestionado. No sin razón, se afirma que en la determinación de ese interés primario existe una cierta dosis de arbitrariedad doctrinal. Y reveladoras me parecen las palabras de VAQUERO PINTO cuando señala que esta arbitrariedad existe, incluso «[...] en los supuestos arquetípicos. ¿Por qué el interés primario del acreedor debe ser necesariamente en un contrato de obra la conclusión de la misma y no un negocio especulativo posterior proyectado por el comitente? ¿Por qué el interés primario del acreedor de unos servicios médicos debe ser necesariamente la curación y no la supresión de un dolor incurable? ¿No sería más prudente entender que cada compromiso obligatorio es único y que en cada uno de ellos la extensión de la prestación aparece determinada por intereses que las partes han decidido incorporar?» (vid. VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de...», *ob. cit.*, pág. 120).

(93) JORDANO FRAGA, F., «Obligaciones de medios...», *ob. cit.*, págs. 13-14.

(94) VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de...», *ob. cit.*, pág. 121.

en cuenta el grado de arbitrariedad que es intrínseco a la apreciación del interés primario del acreedor—, estos criterios pueden resultarnos tipológicamente útiles, pues nos ayudan a realizar una correcta calificación del tipo en aquellas situaciones en las que concurran con otros criterios de la misma naturaleza.

1. El criterio de la subordinación o dependencia

La subordinación del deudor de la prestación respecto al acreedor es uno de los criterios diferenciadores del tipo que ha gozado de cierta difusión doctrinal. Así, se entiende que, cuando el deudor depende directamente del acreedor, nos encontramos ante un arrendamiento de servicios; por el contrario, cuando tal dependencia no existe, nos hallamos ante un arrendamiento de obra.

Asimismo, este criterio no está exento de problemas. El concepto de dependencia es un concepto difuso que debe ser acotado (95). Por ello, en el ámbito civilista, el concepto de dependencia se ha entendido ora en sentido técnico, ora en sentido económico. En el primero, el concepto de dependencia, en sentido técnico, ésta se identifica con la ausencia de libertad en la ejecución de la prestación. El deudor se ve obligado a realizar la obligación de hacer bajo las directrices del acreedor. Y lo cierto es que esta realidad nos recuerda indefectiblemente a las relaciones laborales. Y no es causal que así sea. No en vano, este criterio fue elaborado, en los albores del derecho laboral, con una clara inspiración en la figura romana de la locación. Pues bien, en una de las modalidades —la *locatio operarum*— identificada con el arrendamiento de servicios y con los trabajos que no requerían cualificación alguna (servicios domésticos y agrícolas principalmente), la ejecución del deudor debía ceñirse a las instrucciones del acreedor. Por el contrario, para trabajos cualificados, y en el seno de la *locatio conductio operis* —arrendamiento de obra—, el deudor realizaba con total libertad su trabajo, debiéndolo entregar únicamente al acreedor una vez finalizado. Esta realidad histórica sigue encontrándose en el sustrato de este criterio, esto es, la ejecución de las prestaciones que no requieren cualificación y que se encuentran subordinadas al

(95) El concepto de dependencia se ha entendido tradicionalmente que nace de cuatro elementos diferenciados: A) El moral, que se concreta en el respeto al empleador. B) El técnico, que se basa en el reconocimiento de la superioridad de conocimientos del empleador. C) El económico, que se fundamenta en el reconocimiento de que éste conoce mejor que los empleados lo que patrimonial y financieramente conviene más a la empresa y en el derecho organizativo del empleador como propietario del negocio, y D) El jurídico, que implica la cesión del resultado del trabajo. Vid. BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E., *Manual de Derecho del Trabajo*. V. I.º, 12.ª Ed., Marcial Pons, Zaragoza, 1978, págs. 18-23.

deudor serían calificadas como arrendamiento de servicio. Por el contrario, aquellas otras prestaciones cualificadas, cuya ejecución no se hallare sometida a las instrucciones del acreedor, serían calificadas como arrendamiento de obra. En este sentido, pensemos que la ejecución de las prestaciones no cualificadas puede generalmente estar sometida a la voluntad del acreedor (por ejemplo, el empleado doméstico que realiza las labores del hogar de una determinada manera), pero no así las cualificadas (por ejemplo, pensemos en lo absurdo de un cirujano que realice su prestación —una operación de corazón— siguiendo las instrucciones del paciente o la del escultor cuya ejecución es guiada por quien encargó la obra).

No es de extrañar, por tanto, que la calificación del tipo contractual conforme a la calificación del deudor —y en íntima relación con la dependencia, en sentido técnico— haya sido mayoritariamente descartada por la doctrina (96). Desde la perspectiva actual, resulta evidente que prestaciones cualificadas —pensemos en cualquier profesión liberal de carácter intelectual— se ajustan a la perfección al concepto de contrato de servicios. No en vano, una misma prestación, conforme a la voluntad establecida por las partes, puede articularse en una relación obligatoria que constituya un arrendamiento de servicios o de obra (por ejemplo, pensemos en el abogado que, en el marco de un contrato de servicios de asesoramiento, solventa una serie de cuestiones jurídicas al Consejo de Administración de una Sociedad. Dicho profesional presta un servicio en el sentido jurídico, pero si dicho profesional celebra un contrato de obra en el que se compromete a solventar dichas interrogantes, no estaríamos ante un contrato de servicio, sino de obra) (97).

El concepto de dependencia se ha empleado también en sentido económico. Bajo esta perspectiva, este concepto se identifica con la obediencia a las órdenes contractuales, sobre el trabajo, emanadas del empresario (98). De este modo —se argumenta— el deudor de la prestación, en el contrato de

(96) DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasicontratos. Enriquecimiento sin justa causa. Responsabilidad extracontractual*, Tecnos, 6.ª ed., Madrid, 1996, pág. 429; ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, T. II. Derecho de Obligaciones. Vol. II. Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, 9.ª ed., Barcelona, 1994, págs. 304-305; SOLÉ RESINE, J., «Los contratos de...», *op. cit.*, pág. 24; VAQUERO PINTO, M.ª J., «El arrendamiento de...», *ob. cit.*, pág. 80.

(97) Aunque esta idea sería defendida por la mayor parte de la doctrina, defensora asimismo de la validez del criterio diferenciador entre obligaciones de medios y resultados, esta opinión no es unánime. Veremos cómo, conforme al recientemente propuesto criterio de materialidad, ambos supuestos serían calificados como contratos de servicios (vid. *infra*. Ep. 4.2.B.4).

(98) ENNECERUS, L. y LEHMAN, H., *Tratado de Derecho Civil. T. II. Primera Parte. Derecho de Obligaciones*, Barcelona, 1966, pág. 86; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil. Contratos en particular. T. II, Vol. V*, Barcelona, 1982, pág. 430; DE COSSIO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Civil. T. I. Parte General. Obligaciones y Contratos*, Madrid, 1988, pág. 523.

servicios, se encuentra sometido económicamente al acreedor, es decir, que el primero está en una situación de dependencia con respecto al segundo y esto es lo que, en último término, explica el porqué de la obediencia de las órdenes. Esta concepción, sin lugar a dudas, pertenece al pasado. Y ello es así porque esta realidad tenía sentido cuando el derecho laboral no existía, cuando el deudor (trabajador asalariado) se encontraba realmente en una situación de dependencia, puesto que el salario recibido del acreedor constituía su modo de subsistencia. Con el nacimiento del Derecho Laboral, estas relaciones, anteriormente sometidas al arrendamiento de servicios, pasaron a regularse por la más específica regulación laboral. Esta relación de subordinación económica caracteriza a los servicios prestados por los trabajadores por cuenta ajena, pero no a los servicios que quedan excluidos de la relación laboral (99); servicios cuyos prestadores son, además, en muchos casos, empresarios (paradigmático, por ejemplo, es el supuesto de las empresas de catering). Vemos, por tanto, cómo es un criterio que, aunque está ampliamente superado, su análisis se justifica por la difusión que dicho criterio gozó en el pasado.

2. La forma de fijar la remuneración

La forma de fijar la remuneración constituye otro de los criterios destinado a clasificar las relaciones obligatorias en el marco del contrato de arrendamiento de servicios o de obra. El criterio en sí dista de ser complejo. Mientras el deudor de la prestación en un contrato de servicios fija la remuneración en proporción al tiempo empleado, el prestador de un contrato de obra, por el contrario, fijará la misma, no en función del tiempo empleado, sino en función de la importancia de la obra. Por eso, se interpreta que el Código Civil, cuando manifiesta *ejecución de obra*, se refiere a una prestación caracterizada por estar retribuida con un precio a tanto alzado. Asimismo, cuando habla de *prestación de un servicio*, hace referencia a una prestación caracterizada por estar retribuida en función del tiempo (100) empleado por el deudor en su ejecución.

(99) Para una visión general sobre la diferenciación existente entre el contrato de arrendamiento de servicios y obra y el contrato de trabajo, vid. SOLÉ RESINE, J., «Arrendamiento de obras...», *ob. cit.*, págs. 117-140.

(100) En algunos ordenamientos extranjeros se ha desarrollado la llamada «Teoría del tiempo», la cual se constituye en un auténtico criterio diferenciador entre el tipo contractual general (contrato de servicio) y el especial (contrato de obra). De esta manera, el contrato de servicio se identificaría con aquellas prestaciones que tuvieran cierta durabilidad en el tiempo, esto es, que la prestación se ejecutara durante un determinado lapso de tiempo. Por el contrario, los contratos de obras se caracterizarían por la ejecución en uno o varios momentos puntuales. Como señala VAQUERO PINTO, lo cierto es que esta

Pocas dudas existen de que una interpretación de estas características sólo tiene sentido a la luz de su devenir histórico. Al igual que el Código Civil francés, el Código Civil español establecía la remuneración como criterio diferenciador principal del arrendamiento de obra; realidad que, en nuestro Código Civil se manifiesta en la Sección 2.^a del Capítulo III del Título VI del Libro IV, la cual lleva por título: «*De las obras por ajuste o precio alzado*» (101).

Con todo, a pesar de que, por un lado, el Código Civil se refiere expresamente a la retribución de las obras por piezas, por medidas o por un ajuste alzado [arts. 1.592 (102) y 1.593 (103) del CC] y que, por otro, el propio codificador se refiere indirectamente a la forma de retribución en función del tiempo empleado en los contratos de servicio» [art. 1.583 (104) del CC], la doctrina ha rechazado mayoritariamente el criterio remuneratorio como un criterio diferenciador de carácter sustancial, si bien puede resultar de utilidad como instrumento auxiliar para la calificación del tipo (105).

La razón de esta negativa proviene de dos frentes determinados: A) En el supuesto de dos relaciones jurídicas en las que se promete la misma pres-

teoría carece de cualquier apoyo normativo en nuestro ordenamiento (art. 1.583 del CC) (vid. VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de...», *ob. cit.*, pág. 82). Algún autor, en el pasado, expresó una idea muy similar a ésta, indicando que, en realidad, lo que diferenciaba al contrato de obra del de servicios era que, en el primero, se trataba de concentrar las energías hacia un resultado determinado y un momento también determinado y, en el segundo, se trata de la vinculación de dichas energías durante un lapso de tiempo (vid. SANTOS BRIZ, J., «El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica», en *RDP*, 1972, págs. 379-419).

(101) La inspiración respecto al Código Civil francés está fuera de toda duda. Basta observar la regulación que de la figura del arrendamiento realiza el codificador napoleónico para observar que, al regular las modalidades del arrendamiento de obra e industria, se refiere especialmente a los contratistas de obras a presupuesto o ajuste (*Des devis et des marches*). No es de extrañar, por tanto, que, en la doctrina francesa, este criterio gozara de un razonable apoyo doctrinal (vid. PLANIOL, L. y RIPERT, G., *Traité élémentaire de Droit Civil*. T. II. *Obligations. Contrats. Sûretés Réelles*, Paris, 1943, pág. 893).

(102) Artículo 1.592 del Código Civil: «*El que se obliga a hacer una obra por piezas o por medida, puede exigir del dueño que la reciba por partes y que la pague en proporción. Se presume aprobada y recibida la parte satisfecha*».

(103) Artículo 1.593 del Código Civil: «*El arquitecto o contratista que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio u otra obra en vista de un plano convenido con el propietario del suelo, no puede pedir aumento de precio aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales; pero podrá hacerlo cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra, siempre que hubiese dado su autorización el propietario*».

(104) Artículo 1.583 del Código Civil: «*Pueden contratarse toda clase de servicios sin tiempo fijo, por cierto tiempo o para una obra determinada. El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo*». A la luz de este precepto, podemos observar cómo el codificador alude al elemento temporal, constituyéndolo como un elemento esencial del tipo.

(105) IZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil...», *ob. cit.*, pág. 49; TRIGO GARCÍA, M.^a B., «Contrato de servicios...», *ob. cit.*, pág. 183; CORDECH, P., «Artículo 1.588», *ob. cit.*, pág. 1181.

tación, pero se modifica únicamente la forma de cuantificar el precio, sería contrario a la equidad aplicar regulaciones distintas a problemas iguales (106). B) He aquí, a nuestro juicio, el principal argumento. Nada impide que, a pesar de no ser lo habitual, las partes puedan fijar una remuneración a tanto alzado en un contrato de servicios o una remuneración conforme al tiempo empleado por el prestador en un contrato de obra (107).

Que las partes puedan alterar la forma de fijar el precio, no significa que el codificador no dibujara estas figuras con el pincel de la remuneración. No obstante, es sólo una característica más, no una característica esencial.

3. El criterio del objeto de la obligación de hacer

El establecimiento del objeto de la obligación como criterio diferenciador entre el arrendamiento de servicios y el de obra es, sin lugar a dudas, uno de los criterios más populares en nuestra doctrina. El criterio podría definirse de la siguiente manera: Si el objeto de la obligación promete una mera actividad, nos encontramos ante un contrato de servicios. Por el contrario, si dicho objeto promete el resultado de una actividad o trabajo, esto es, una obra finalizada y completa, nos encontraríamos ante un contrato de arrendamiento de obra (108).

De esta forma, se afirma, en el contrato de arrendamiento de obra, es el deudor quien asume la responsabilidad por la obtención de un resultado y que

(106) VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de...», *ob. cit.*, pág. 83; SOLÉ RESINE, J., «Los contratos de...», *ob. cit.*, pág. 16.

(107) Esta posibilidad, como, a nuestro juicio, no podía ser de otra manera, a la luz del artículo 1.255 del Código Civil, ha sido reconocida a nivel jurisprudencial: Así, señala el Tribunal Supremo que, «[...] la fijación de una cantidad global a abonar [...] no constituye un dato favorable a las tesis [...] [de la existencia de un contrato de obra] ya que la retribución de los servicios puede, sin inconveniente alguno, señalarse de esta manera sin que tal circunstancia excluya la calificación contractual como arrendamiento de servicios ni conduzca a entender que nos hallamos ante un contrato de obra». STS de 7-2-1997 (RJ 1995/745).

(108) Con un apoyo normativo más clarificador, ésta es la posición adoptada por el BGB alemán. Así, el §611 señala: «*Por el contrato de servicios, aquél que promete los servicios se obliga a la prestación de los servicios prometidos y la otra parte a procurar la remuneración pactada. Pueden ser objeto del contrato de servicios, servicios de cualquier clase*». Igualmente, y en relación al contrato de obra, su §631 señala: «*Por el contrato de obra el artífice se obliga a la realización de la obra prometida y el comitente a la satisfacción de la remuneración pactada. Puede ser objeto del contrato de obra tanto la realización o modificación de una cosa como cualquier otro resultado a producir por trabajo o prestación de servicios*». Esta es una realidad que no debe extrañarnos. El acierto del codificador alemán fue establecer con claridad los dos tipos contractuales (servicios y obra), realidad que, en el proceso codificador español, no se produjo por el apego a la figura romana de la locación y a la influencia de la pandectística (vid. *supra* Ep. 3).

es precisamente esta nota lo que lo distingue del contrato de arrendamiento de servicios (109). Con todo, este criterio no se ha mantenido únicamente en el plano doctrinal. La jurisprudencia patria también recoge esta opinión en un número significativo de resoluciones; así, a modo ilustrativo, en relación a un litigio en el que se dilucidaba el carácter de un proyecto arquitectónico, nuestro Tribunal Supremo señaló: «Y es que el recurrente, ya de partida, califica mal el contrato como de arrendamiento de servicios, siendo así que lo fue de obra, pues lo que el profesional se comprometió a prestar al comitente no era su simple actividad, sino el resultado de la misma ajustado a las instrucciones recibidas» (110).

A pesar de todo, la operatividad de este criterio encuentra dos importantes contratiempos. En primer lugar, en múltiples ocasiones, para apreciar el carácter de la obligación de hacer, es preciso calificar la obligación como de actividad o resultado, cuestión que si bien en abstracto es una tarea sencilla, no siempre lo es en el plano de lo concreto. En segundo lugar, la afirmación por la cual el deudor asume la responsabilidad por la obtención de un resultado es, a nuestro juicio, cuando menos dudosa. Y lo es porque parece confundirse la asunción de la obligación de cumplimiento con los criterios de imputación de la responsabilidad. En un contrato de arrendamiento de obra, el deudor se compromete a un resultado efectivo, sin embargo, en caso de incumplimiento, habrá de determinarse si es o no responsable conforme a los criterios de imputación correspondientes. En un régimen único de responsabilidad para el arrendamiento de servicios, régimen este que defendemos, una vez producido el incumplimiento, habrá que proceder a la imputación de la responsabilidad tras el examen de la concurrencia de los criterios de imputación —dolo y culpa—, no siendo, en ningún caso, a nuestro juicio, una imputación automática u objetiva, como propugnan aquellos que defienden la aplicación de un régimen dual de responsabilidad para el contrato de servicios y obra (111).

(109) ROCA TRÍAS, A., «Naturaleza de la relación entre el arquitecto y los clientes. Responsabilidad extracontractual de los arquitectos», en *RDPr*, 1976, págs. 783-797; PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español. T. III. Obligaciones y Contratos*, 3.^a ed., Madrid, 1976, pág. 140; SANTAMARÍA, J., *Comentarios al Código Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 586; YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil...», *ob. cit.*, págs. 42-43; FERNÁNDEZ COSTALES, J., *El contrato de servicios médicos*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 49-50; GETE ALONSO Y CALERA, M.^a C., «Estructura y función...», *ob. cit.*, pág. 664; Díez PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil. II. El contrato en...», *ob. cit.*, pág. 449.

(110) STS de 10-2-1987 (*RJ* 1987/703). En el mismo sentido, STS de 11-3-1991 (*RJ* 1991/2209); STS de 7-2-1995 (*RJ* 1995/3130); STS de 31-1-1996 (*RJ* 1996/546).

(111) Vid. FROSSARD, J., *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1965, págs. 135-137; YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1989, pág. 29.

En definitiva, lo mismo que los otros criterios examinados, si bien el criterio analizado puede cumplir una función auxiliar o indiciaria para calificar el tipo contractual, no puede constituirse como un criterio diferenciador básico, criterio este que, además, en aquellos supuestos en los que la voluntad de las partes no esté claramente manifestada, nos impone identificar las obligaciones de la relación jurídica como de medios o resultado, conduciéndonos, de esa manera, al criterio diferenciador que goza de mayor difusión y apoyo, a nivel doctrinal.

4. El criterio de la materialidad

El criterio diferenciador de la materialidad es el último de los muchos elaborados por la Doctrina (112). Conforme al mismo, lo que diferencia al tipo general (contrato de servicios) del tipo especial (contrato de obra) no es otra cosa que el resultado material de la prestación. Cuando el resultado de la prestación es un elemento material, esto es, una cosa corporal, mueble o inmueble, que se crea o se transforma, nos encontraríamos ante un contrato de obra; en cambio, si el objeto de la prestación no posee esta cualidad, la prestación debería clasificarse en el seno del contrato de servicios.

Al contrario de lo que sucede con otros criterios, incluso en aquellos que gozan de un mayor apoyo doctrinal, el criterio de la materialidad posee un indudable soporte normativo. Y es por lo que, se argumenta, únicamente la intervención de un resultado material explica la regulación que el codificador instauró para el arrendamiento de servicios. Tal es así, que es ya casi un tópico el escuchar, al plasmar dicha regulación, que fue la «*construcción de un edificio*» lo que tuvo en mente el codificador (113).

De esta manera, la creación de un elemento material, *ex novo*, surgido a partir de elementos preexistentes, es lo que caracteriza el contrato de obra. Y, llegados a este punto, una cuestión merece ser puesta de relieve. La caracterización del propio contrato de obra también queda dibujada por las obligaciones adquiridas por el deudor. En un contrato de obra en el que interviene un elemento material, el deudor no sólo se compromete a una obligación de hacer (crear o transformar) sino que también asume una obligación principal de dar, que haga efectivo y garantice el cumplimiento del interés primario del acreedor. Aquí discrepamos de quienes sostienen que la obligación de dar es de carácter accesorio en el ámbito del contrato de obra, que sólo surge cuan-

(112) Este criterio, de muy reciente elaboración, ha sido propuesto por la profesora VAQUERO PINTO. Para un estudio detallado del mismo, vid. VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de...», *ob. cit.*, págs. 158-179.

(113) CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Voz contrato de obra», en *EJB*. Vol. II, Civitas, Madrid, 1995, págs. 1597-1603.

do es imprescindible (114). En efecto, entendemos que, en los contratos de obra, la obligación de entrega es consustancial a las obligaciones del deudor. Así, ningún sentido tiene rebajar el carácter de aquella obligación que, precisamente, permite la satisfacción del acreedor (115).

Volvamos al fundamento del criterio, el carácter normativo. A este respecto, una pregunta parece clarificadora. Si eliminamos el carácter material de la prestación en el contrato de obra, de la regulación del contrato de obra, ¿qué preceptos pueden resultar aplicables? La respuesta es sencilla a la par que desoladora. Algunos preceptos son inaplicables al presuponer la existencia de una prestación de carácter material (arts. 1.588, 1.591, 1.592, 1.597, 1.598 y 1.600 del CC). Otros grupos de artículos recogen únicamente la idea de la bilateralidad de las obligaciones, un principio general que afecta tanto a la regulación del contrato de obra como a la del contrato de servicios: La atribución de riesgo al deudor (arts. 1.589, 1.590 y 1592.2 del CC) y la simultaneidad en el pago (art. 1.599 del CC). Finalmente, la casi totalidad de los artículos restantes contempla principios generales del derecho de obligaciones, que, como es obvio, son de aplicación en el ámbito del tipo general (contrato de servicios): [art. 1.593 del CC —invariabilidad del precio pactado en forma alzada (116)—; art. 1591.1 del CC —extinción de la obligación personalísima por muerte del deudor—; art. 1.596 del CC —responsabilidad del deudor por los auxiliares que intervienen en la obra (117)—]. Ante esta realidad, la regulación del contrato de obra, ¿qué nos queda? Únicamente el artículo 1.594 del Código Civil, precepto que establece la facultad de desvinculación unilateral del acreedor. Este precepto es el único aplicable en supuestos donde el resultado de la prestación no posee un carácter material. No obstante, esta respuesta, como ha puesto de relieve VAQUERO PINTO, es engañosa, puesto que la *ratio* de la norma, esto es, la posibilidad de ahorrar esfuerzo del prestador sin merma de sus expectativas económicas, consiente su aplicación generalizada al conjunto de contratos de servicios (118).

Además, si dicha situación no fuera suficientemente reveladora, basta poner en relación el tipo de problemas que genera el hecho de la materialidad del resultado del contrato de obra con la regulación de esta figura en el Código Civil. Así, es razonable pensar que, para el acreedor de una obra material, una serie de cuestiones le generen dudas:

(114) BADOSA COLL, F., «La diligencia y...», *ob. cit.*, págs. 195-197.

(115) En términos semejantes, se ha señalado que la obligación de entrega constituye el medio adecuado para trasladar al comitente la utilidad derivada de la actividad del contratista (vid. LINARES ROSI, R., «El contrato de...», *ob. cit.*, pág. 139; VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de...», *ob. cit.*, págs. 160-161).

(116) Cfr. artículos 1471.1, 1.091 y 1.256 del Código Civil.

(117) Cfr. artículos 1.596, 1.783, 1.784, 1.601, 1.602, 1.564, 1.890 y 1.721 del Código Civil. Artículo 17 LOE.

(118) VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de...», *ob. cit.*, pág. 177.

A) Es lógico cuestionarse a partir de qué momento adquiere el acreedor el dominio de la cosa creada *ex novo* en virtud del contrato de obra. Es ésta una situación que, si bien no viene regulada expresamente en la regulación del contrato de arrendamiento de obra, no parece presentar una complejidad excesiva. Para ello, basta aplicar los preceptos generales de adquisición de dominio —sistema de título y modo— para dar respuesta al interrogante (arts. 609 y 1.095 del CC); realidad ésta que explica la no regulación de esta cuestión en el seno codificador del arrendamiento de obra (arts. 1.583-1.600 del CC) (119).

(119) Sigo así la opinión de RUIZ-RICO RUIZ, J. M., *Las garantías del contratista de inmuebles*, Universidad de Jaén, 1995, pág. 146; MARTÍNEZ MÁS, F., «La terminación, entrega...», *ob. cit.*, pág. 61; GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C., «Comentario al artículo 6. Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación», *ob. cit.*, pág. 148; VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de...», *ob. cit.*, págs. 161-162. Esta opinión dista de ser unánime desde un punto de vista doctrinal. Un sector importante de la doctrina defiende la llamada tesis dual de adquisición del dominio. Por ello —se argumenta— la solución a la adquisición del dominio sobre la cosa depende del caso en concreto. Así, cuando la cosa sea una obra inmobiliaria o mobiliaria en la que el comitente (acreedor) aporte los materiales, el dominio se adquirirá por accesión; por el contrario, cuando la cosa se identifique con una obra mobiliaria, el dominio se adquirirá conforme al sistema general de título y modo (vid. MONFORT FERRERO, M.^a J., «Adquisición de la...», *ob. cit.*, pág. 124). Esta teoría dual ha suscitado severas críticas tanto en relación a la obra mobiliaria (vid. LINARES ROCI, R., *El contrato de ejecución de obras de bienes muebles en el Código Civil*, Trivium, Madrid, 2001, págs. 66-69) como a la inmobiliaria. Respecto a esta última, aunque es opinión extendida en la doctrina el hecho de que cualquier incorporación realizada sobre un terreno se entiende absorbida por el propietario del mismo, formando una unidad dominical con él (*superficie solo cedit*) (V. BIERMANN, «Superficies solo cedit». *Jherings Jahrbücher für die dogmatik des heutigen und deutjchen Privatrechts*. Vol. 34, 1895, págs. 169-280; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «La recepción de obra», en *ADC*, 1978, págs. 287-314; DE FRANCO PAZ, F., *El derecho de sobreedificación: Su naturaleza jurídica*, Aranzadi, 2001, págs. 31-53; ALONSO PÉREZ, M.^a T., *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación*, Centro de Estudios Registrales, 2000, págs. 40-44; MOLL DE ALBA LACRUVE, C., *La edificación en suelo ajeno*, Grupo Difusión, Barcelona, 2004, págs. 91-118; WEISMANN, M., *Copropiété*, Delmas, 17.^a ed., París, págs. 47-76), lo cierto es que la aplicación de las normas sobre accesión a las obras inmuebles no está exenta de problemas. Y ello es así por varias razones. En primer lugar porque las normas de la accesión están diseñadas para un marco extracontractual y el arrendamiento de obra es un contrato. En segundo lugar porque existen dudas acerca del momento en el que adquiere el propietario del terreno la propiedad en base al expediente de accesión. Para un sector doctrinal, esto ocurre, automáticamente, como consecuencia del dominio sobre el solar [vid. ALONSO PÉREZ, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. ALBADALEJO, M. (Director), T. V, Vol. I, Revista de Derecho Privado, 1980, págs. 193-215; NÚÑEZ BOLUDA, M.^a D., *La accesión en las edificaciones*, Bosch, Barcelona, 1994, págs. 67-70]. Para otros, el artículo 361 del Código Civil, al utilizar la expresión *previa indemnización*, entiende que no hay tal adquisición automática y que ésta se encuentra sometida a la condición del previo pago. De admitirse esta segunda posibilidad, muy difícilmente puede defenderse la operatividad de la figura de la accesión en el ámbito de las obras inmobiliarias. (Para un examen detenido de la cuestión, vid. RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «Las garantías del...», *ob. cit.*, págs. 107-130.) Finalmente, un pequeño sector doctrinal defiende que, lejos de lo descrito, la cuestión es mucho más sencilla. Así

B) Si el contrato de obra conlleva un resultado material, cabe preguntarse quién correrá con el riesgo de la pérdida de los materiales aportados, de la cosa creada *ex novo* o transformada. Esta vez el Código Civil sí da una respuesta efectiva, haciendo portador del riesgo al deudor hasta el momento de la entrega o puesta a disposición (120) de la cosa al acreedor (arts. 1.589 y 1.590). Igualmente, el Código Civil reguló el riesgo de pérdida de los materiales. De ahí que, cuando éstos sean aportados por el acreedor (*contratista*), será éste quien sufra la pérdida, salvo que éste haya incurrido en mora en la recepción de la misma (art. 1.589 del CC); en cambio, cuando los materiales son aportados por el deudor (*comitente*) será éste quien deba sufrir la pérdida, salvo que haya habido morosidad para recibirla o que la destrucción haya provenido de la mala calidad de los materiales, siempre que el deudor haya advertido de esta circunstancia al acreedor (art. 1.590 del CC).

—se argumenta— el acreedor adquiere siempre de forma originaria como consecuencia de la voluntad plasmada en el contrato (arts. 1.258 y 1.258) [vid. SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., «Un contrato especial de trabajo: el contrato de ejecución de obra», en *ADC*, 1964, págs. 21-63; LUCAS FERNÁNDEZ, F., «Artículo 1.588», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. ALBADALEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (Directores), T. XX, Vol. 2.º, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, 2.ª ed., págs. 261-263]. Lo cierto es que dicha argumentación no deja de resultar sorprendente al proponer, *de facto*, la ruptura con las normas generales de la transmisión de dominio (arts. 609 y 1.095 del CC), reglas que, evidentemente, no son derecho dispositivo, quedando su alteración fuera de la voluntad contractual de las partes.

(120) Si bien el propio artículo 1.589 del Código Civil tipifica el momento de la transferencia del riesgo de la cosa con las palabras *antes de ser entregada*, ciertamente es opinión extendida en la doctrina el criterio de que no es la mera entrega o puesta a disposición, sino la recepción definitiva, pues no en vano implica la prestación conforme del acreedor, el momento que determina la transferencia del riesgo (vid. CADARSO PALAU, J., *Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra. Según el Proyecto de Ley 121/000043, 1994, de modificación del Código Civil*. Contratos de servicios y de obra. Proyecto de Ley y Ponencias sobre la Reforma del Código Civil en materia de contratos de servicios y obra. GONZÁLEZ GARCÍA, J. (coord.), Universidad de Jaén, Jaén, 1996, págs. 55-130; PONS GONZÁLEZ, M. y DEL ARCO TORRES, M. A., *Derecho de la construcción*, Comares, Granada, 2.ª ed., pág. 314; FERNÁNDEZ COSTALES, J., «El contrato del arquitecto en la edificación», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1977, pág. 178). A pesar de ello, me sumo a quienes defienden la entrega como criterio de determinación del riesgo. Y ello es así por dos razones. En primer lugar, fijando la recepción definitiva como momento de transferencia del riesgo, lo que estamos haciendo es reforzar la protección del acreedor frente a un eventual incumplimiento defectuoso; supuesto que tiene su propio medio de protección. En cualquier caso, siendo ésta la única razón, podría discutirse la conveniencia o no de reforzar la posición del acreedor. El problema es que no es así. De adoptarse dicho criterio, al deudor se le coloca en una posición sumamente desventajosa y no equitativa, además de absurda. A modo ilustrativo, basta imaginar un supuesto en el que la entrega de la cosa se produzca con anterioridad a la aprobación definitiva por parte del acreedor, momento —recordemos— de la recepción definitiva. En caso de pérdida de la cosa antes de la aprobación, la pérdida deberá ser soportada por el deudor, quien no tenía ningún control sobre la misma; realidad que, al margen de ser radicalmente contraria a la equidad, se adentra con alegría en el terreno de lo absurdo (vid. FISAC DE RON, M.ª P., *El cumplimiento del contrato de obra: La recepción*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 130).

Finalmente, cabe únicamente señalar una última cuestión a este respecto. Como bien ha apuntado VAQUERO PINTO, la materialidad del resultado, presente en el arrendamiento de obra, es tal que incide en el reconocimiento, al contratista y a otros intervinientes en la obra, de ciertos medios de protección de su derecho de crédito. El primero de ellos es el carácter privilegiado del crédito del contratista (arts. 1922.1, 1923.3 y 5 del CC). El segundo medio de protección del derecho de crédito es la acción directa que pueden ejercitar contra el comitente los que ponen su trabajo y materiales. El tercero, y último, propio de la materialidad del resultado, es el derecho de retención del contratista que ejecuta una obra en cosa mueble (art. 1.600 del CC) (121).

De esta manera, se concluye, el diseño de la regulación del arrendamiento de obra se fundamentó en la idea de que únicamente bienes de carácter material constituirían el objeto de dicho contrato, realidad por la cual el codificador reguló los aspectos que hemos señalado.

5. CONCLUSIONES

Consecuentemente, debemos entender que el contrato de servicios debe ser considerado un tipo contractual propio —separado del contrato de obra que se configura como un tipo contractual especial— que debe regular todos los supuestos de hecho que se ajusten al concepto de servicio que hemos descrito. Su inclusión dentro de la figura del arrendamiento —debido a las razones históricas descritas— no posee hoy sentido alguno.

Con todo, el Derecho Positivo y la figura del arrendamiento siguen presentes en nuestro Derecho Positivo. Mientras esta situación permanezca —y por tanto no quede claramente definido bajo qué criterio enmarcar la conducta del deudor dentro del tipo general o del especial— entendemos que el criterio de la materialidad es el que más se ajusta tanto a la intención del codificador como al propio texto normativo.

No obstante, es imprescindible poner de manifiesto que, en la actualidad, encuadrar un determinado contrato dentro del tipo general (contrato de servicios) aporta pocas ventajas pues, no en vano, la regulación de éste en el Código Civil es, no sólo imprecisa, sino insuficiente. La situación mejora si el contrato es calificado como de obra pues, no en vano, el tipo especial está dotado de una regulación más amplia —pensada, como ya se ha señalado, para los bienes materiales— si bien esta mejora deja sin cubrir amplias exigencias del actual tráfico económico.

Ante esta realidad, pocas dudas existen de la necesidad de una reforma normativa que regule el contrato de servicios de manera uniforme, configu-

(121) Para un recorrido detallado de estos medios de protección del crédito del contratista, vid. VAQUERO PINTO, M.^a J., «El arrendamiento de...», *ob. cit.*, págs. 168-173.

rándolo positivamente como un tipo contractual general, separadamente, del contrato de obra que deberá regularse —a la manera del Código Civil de Québec (122)— como contrato de edificación. En este sentido, recordando las palabras del maestro A. BERCOVITZ, resulta lamentable que en nuestro Derecho Positivo no se haya introducido «[...] una nueva regulación legal del arrendamiento de servicios y del arrendamiento de obra, que superando los planteamientos del Código Civil en estas materias, en gran parte obsoletos, establezca un régimen jurídico general aplicable a los contratos de servicios» (123). Y todo esto, ciertamente, es lamentable, máxime cuando esta reforma, una vez concluido el interminable proceso de reforma del Derecho Concursal, se ha convertido en la última gran reforma iusprivatista que ya goza de cierta entidad histórica.

RESUMEN

CONTRATO DE SERVICIOS

Mediante el presente trabajo, el autor examina el actual concepto legal de servicio en nuestro Derecho vigente y examina las razones históricas que llevaron al codificador a establecer un tipo contractual de servicios y otro de obra, enmarcados ambos en la figura del arrendamiento. Diferenciar un tipo contractual

ABSTRACT

SERVICE AGREEMENT

In this paper the author examines the current legal concept of «service» in the legislation now in force and examines the historical reasons that led lawmakers to establish one type of contract for services and another for works, both being within the framework of the concept of «rental». It is a historical challenge of

(122) En el Código Civil de Québec, el contrato de obra y servicio viene regulado en un único capítulo, una regulación coherente con el concepto unitario de contrato de servicio; concepto que engloba nuestras dos modalidades (servicio y obra). Dicho capítulo se divide en tres secciones diferentes. La primera, relativa a la caracterización general del contrato —*De la nature et de l'étendue du contrat (arts. 2.098-2.100)*— y la tercera —*De la résiliation du contrat (arts. 2.125-2.129)*—, dedicada a la extinción del mismo, son aplicables a cualquier contrato de servicio u obra. Por el contrario, la sección segunda, dedicada a la regulación de las obligaciones de las partes —*Des droits et obligations des parties (arts. 2.101-2.124)*—, se divide, a su vez, en dos partes. La primera es aplicable a cualquier contrato de servicios o de obra —*Dispositions générales applicables tant aux services qu'aux ouvrages (arts. 2.101-2.109)*—; la segunda, únicamente a los contratos de obra —*Dispositions particulières aux ouvrages (arts. 2.110-2.116)*—. Dentro de esta parte, aplicable únicamente a los contratos de obra, se distinguen unas disposiciones generales destinadas a resolver los conflictos propios de la intervención de un resultado, en sentido material —*Dispositions générales (arts. 2.110-2.116)*—; otras disposiciones, aplicables exclusivamente a las obras inmobiliarias —*Des ouvrages immobiliers (arts. 2.117-2.124)*—. El *Code Civil du Québec* puede consultarse en: <http://www.canlii.org/qc/legis/loi/c-1991/20050616/tout.html>

(123) BERCOVITZ, A., *El nuevo Derecho Mercantil. 20 años de ordenamiento constitucional*, Homenaje a Estanislao de Aranzadi, Aranzadi, 1999, pág. 127.

de otro, y encontrar el criterio diferenciador propicio, ha sido un desafío histórico en nuestro Derecho. En este trabajo se examinan estos criterios, se ponen de relieve los inconvenientes de los mismos y se propone, junto con las últimas tendencias doctrinales, la adopción de uno de ellos. Igualmente, el autor, establece algunas consideraciones sobre cómo debería reformarse nuestro Derecho en el ámbito del contrato de servicios, proponiendo la existencia de un tipo contractual único de contrato de servicios—el actual arrendamiento de servicios— y un nuevo contrato de edificación que se identificaría con el actual contrato de obra.

Spanish law to differentiate one type of contract from the other –and to find the right differentiating criterion. This paper examines these criteria, highlights their drawbacks and proposes, together with the latest trends in doctrine, the adoption of one of them. The author moreover shares a number of considerations about how service-contract legislation should be reformed. The author proposes a single type of service contract (the current contract for the renting of services) and a new building contract that would be tantamount to today's works contract.

(Trabajo recibido el 27-03-07 y aceptado para su publicación el 4-12-07)

DICTÁMENES Y NOTAS

Naturaleza y efectos de las copias de escrituras públicas, tanto en soporte papel como electrónico, y de las certificaciones registrales. Consecuencias del traslado a formato papel de documentos electrónicos

por

JOSÉ MANUEL DIE LAMANA

*Abogado del Ilustre Colegio de Las Palmas de Gran Canaria
Notario y Registrador de la Propiedad*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

A) TÉRMINOS EN QUE SE SOLICITA EL DICTAMEN.

B) ALGUNAS PRECISIONES PREVIAS AL DICTAMEN:

I. CLASES DE DOCUMENTOS:

A) *Documentos públicos.*

B) *Documentos oficiales.*

C) *Documentos privados.*

II. EXAMEN DE LOS DISTINTOS DOCUMENTOS PÚBLICOS, SEGÚN SU AUTOR Y EFECTOS:

A) *Documentos públicos en general.*

B) *Referencia especial a los documentos notariales.*

C) *Originales, copias y testimonios:*

a) *Originales.*

b) *Copias y certificaciones registrales.*

c) *Testimonios.*

D) *Contenido del dictamen.*

- I. SOBRE LAS COPIAS DE ESCRITURAS PÚBLICAS Y LOS TESTIMONIOS:
 - a) *Sobre las copias de las escrituras públicas en general.*
 - b) *Sobre los testimonios.*
 - c) *Coincidencias y diferencias entre copias y testimonios:*
 - 1. *Coincidencias.*
 - 2. *Diferencias.*
 - d) *Sobre las copias en soporte electrónico.*
 - e) *Sobre los testimonios electrónicos.*
 - f) *Testimonios en papel de documentos electrónicos.*
 - g) *Testimonios electrónicos de documentos en soporte papel.*
 - h) *Testimonios electrónicos de documentos en soporte electrónico.*
- II. NATURALEZA Y EFECTOS DE LAS CERTIFICACIONES REGISTRALES:
 - a) *Certificaciones de asientos en soporte papel.*
 - b) *De las restantes certificaciones en soporte papel:*
 - 1. *Certificaciones de documentos archivados.*
 - 2. *Certificaciones del artículo 113 de la Ley 24/2001.*
 - 3. *Certificaciones de copias notariales electrónicas.*
- III. CONSECUENCIAS DEL TRASLADO A PAPEL DE DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS.

INTRODUCCIÓN

A) TÉRMINOS EN QUE SE SOLICITA EL DICTAMEN

- 1. Naturaleza y efectos de las copias de escrituras públicas y de los testimonios notariales, tanto en soporte papel como electrónico.
- 2. Naturaleza y efectos de las certificaciones registrales, especialmente de las no referentes a asientos de los Libros de Inscripciones y Diario de Presentación.
- 3. Consecuencias del traslado a formato papel de documentos electrónicos.

B) ALGUNAS PRECISIONES PREVIAS AL DICTAMEN

Teniendo en cuenta que en el cuerpo del dictamen se van a manejar conceptos cuyo contenido no siempre es pacífico, comienzo por precisar mi opinión acerca de los más significativos, a fin de facilitar la comprensión de los argumentos utilizados.

I. CLASES DE DOCUMENTOS

El intento de enumerar las posibles distintas clases de documentos está condenado al fracaso, porque, desde el punto de vista de su utilización como medio de prueba, el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil consagra el principio del *numerus apertus*, declarando admisibles cualesquiera instrumentos gráficos relevantes para el proceso, como no podía ser menos, habida cuenta de que nuestra Constitución, en su artículo 24 declara que todos tenemos derecho a utilizar, sin límites, los medios de prueba pertinentes para nuestra defensa. Y respecto a su utilización como medio de expresión de declaraciones de voluntad o de ciencia, el artículo 1.278 del Código Civil consagra también la vigencia del *numerus apertus*, o sea, de libertad de forma.

Es necesario hacer una primera acotación para no perdernos en elucubraciones más o menos ingeniosas, pero inútiles a nuestro propósito. Y esta acotación consiste en que, en este estudio, nos referiremos únicamente al documento escrito, sea cual sea la grafía utilizada, siempre que tales grafías reúnan las características esenciales de la grafía escrita, esto es, según la enumeración de RODRÍGUEZ ADRADOS: visibilidad, expresividad y reconocibilidad del autor y del texto en los momentos de autor y de destinatario. Esto así puede decirse que cada Ley y casi cada autor formula su propia clasificación (veáanse la LEC, el Código Civil, la Ley de Firma Electrónica y tantas otras). Aquí vamos a seguir la clasificación que utiliza dicha Ley de Firma Electrónica (en lo sucesivo LFE), pero aplicando a sus categorías las denominaciones utilizadas por RODRÍGUEZ ADRADOS, clasificación que, aunque *prima facie* se formula respecto de documentos electrónicos, es perfectamente aplicable también a los documentos cartáceos, esto es, escritos en soporte papel. Tal clasificación es como sigue:

A) Documentos públicos

Por estar firmados ... por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la Ley en cada caso.

Tres son los requisitos que han de reunir estos documentos: 1. Que su autor sea funcionario público; 2. Que tenga atribuida la facultad de dar fe de su contenido; y 3. Que se observen al confeccionarlos las formalidades o solemnidades exigidas por la Ley.

El artículo 1.216 del Código Civil (en lo sucesivo CC) identifica la facultad de dar fe con que el autor del documento sea «competente» y lo mismo hace RODRÍGUEZ ADRADOS (pág. 27 de su trabajo *Firma electrónica y documen-*

to electrónico), pero competencia y facultad de dar fe no son equiparables. La segunda presupone a la primera, pero no al revés, ya que como veremos, funcionarios competentes hay que carecen de fe pública, unas veces en general y otras en relación con el documento específico que autorizan. Lo que ocurre es que el dicho artículo 1.216 cubre no sólo los documentos públicos en sentido estricto, sino también los documentos que agruparemos bajo la rúbrica de «oficiales», esto es, documentos autorizados por empleados o funcionarios públicos, pero no en ejercicio de la potestad de dar fe pública.

B) *Documentos oficiales*

En general, esta categoría se engloba dentro de la rúbrica de documentos públicos y así sucede en el Código Civil, en la propia Ley de Enjuiciamiento, a pesar de que, sin nombrarlos, les dedica una regla propia, y en leyes sectoriales que se refieren a ellos especialmente, como, por no citar otras, la Ley 58/2003, General Tributaria, en su artículo 106 señala que en los procedimientos tributarios serán de aplicación las normas que sobre medios y valoración de pruebas se contienen en el Código Civil y en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Y a continuación, en sus artículos 107 y 144, contiene normas sobre el valor probatorio de las diligencias extendidas en el curso de las actuaciones y procedimiento tributarios y en las actas extendidas por la inspección, respectivamente, a las que califica como documentos públicos, consistiendo tales normas en señalar que dichas diligencias y actas hacen prueba de los hechos que motiven su formalización, salvo que se acredite lo contrario.

Tales preceptos de la Ley General Tributaria lo que hacen es reiterar la regla formulada por la LEC, en el número 2 del artículo 319, cuando señala que la fuerza probatoria de los documentos administrativos no comprendidos en los números 5.º y 6.º del artículo 317 a los que las leyes otorguen el carácter de públicos, serán, en primer lugar, la que establezcan las leyes que les reconozcan tal carácter y, a falta de disposición expresa, se tendrán por ciertos los hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos, salvo que otros medios de prueba los desvirtúen.

Como vemos se trata de separar los documentos públicos en sentido estricto de otros documentos, de distinta eficacia, que emanan de funcionarios públicos, pero de funcionarios que no están legalmente facultados para dar fe de tales documentos, bien por carecer en absoluto de fe pública, bien por ser autores de documentos en que no la ejercen. Pero tal delimitación no la fundamenta la LEC, sino por exclusión, a diferencia de la Ley 59/2003, de Firma Electrónica, que en su artículo 6, después del apartado que dedica a los documentos firmados electrónicamente por funcionarios que tengan le-

galmente atribuida la facultad de dar fe pública, considera como categoría separada:

«b) Documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica». Podía haber precisado el legislador que se refería a funcionarios carentes de fe pública en relación a tales documentos, pero en todo caso la cuestión está clara.

Menos clara es la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, que dedica su artículo 46 a determinar el valor y eficacia de documentos y copias, aunque en realidad sólo se refiere a las copias, señalando que tendrán la misma validez y eficacia que los documentos reproducidos.

C) *Documentos privados*

No hay ley alguna que conceptúe o defina los documentos privados, cuyo campo se acota diciendo que son documentos no públicos. Y no es de extrañar, dada la libertad de forma que proclama nuestro Ordenamiento, ya que cualquier intento de definición dejaría necesariamente fuera sectores enteros de documentos privados.

Como los campos que este dictamen ha de examinar para nada se refieren a este tipo de documentos, nos contentaremos con señalar que la LEC, en su redacción actual, les reconoce la eficacia de prueba plena, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen, y que el principio de libertad de forma vigente en nuestro Derecho hace que, a falta de norma específica en contrario, sean vehículo apto para la formulación de todo tipo de declaraciones de ciencia o manifestaciones de voluntad.

II. EXAMEN DE LOS DISTINTOS DOCUMENTOS PÚBLICOS, SEGÚN SU AUTOR Y EFECTOS

A) *Documentos públicos en general*

Limitándonos a exponer la legalidad vigente, comencemos por señalar que la Ley de Enjuiciamiento Civil es el texto legal que con más detalle enumera las clases de documentos públicos, aunque hay que tener muy presente, que toda la regulación que hace de los referidos documentos es «A EFECTOS DE PRUEBA EN EL PROCESO», especialmente respecto a los efectos que predica de dichos documentos, por lo que, fuera de los procesos

judiciales, por lo que se refiere a su eficacia, al menos, habremos de estar a los pronunciamientos del Código Civil y, en cuanto sean aplicables, a las distintas legislaciones sectoriales. Con todo, por lo que a su clasificación compete, la LEC es el cuerpo legal que mejor detalla las especies de documentos públicos, según el autorizante de cada uno. Veámoslo:

Artículo 317. *Clases de documentos públicos*

A efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos:

- 1.º Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los Secretarios Judiciales.
- 2.º Los autorizados por notario con arreglo a derecho.
- 3.º Los intervenidos por Corredores de Comercio... (este apartado sobra después de la fusión de Notarios y Corredores en un único cuerpo).
- 4.º Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales.
- 5.º Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones.
- 6.º Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones Públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades.

Un breve comentario:

- Como hemos dejado expresado no puede decirse que dicho artículo agote la enumeración de los documentos públicos posibles, en sentido amplio, aunque sí en sentido estricto. La propia LEC, en su artículo 319 se refiere a «la fuerza probatoria de los documentos administrativos no comprendidos en los números 5.º y 6.º del artículo 317 a los que las leyes otorguen el carácter de públicos». Tales documentos, en la terminología que hemos adoptado en este trabajo, son los que hemos etiquetado de oficiales, para diferenciarlos de los públicos en sentido estricto.
- En segundo lugar, hay que advertir que la técnica utilizada en el artículo 317 no es precisamente muy depurada, porque mezcla documentos originales con traslados o copias de los mismos, salvo en el número 1.º donde distingue con acierto documentos originales y sus testimonios. Así resulta que, por lo que se refiere a los documentos notariales, no precisa las categorías de originales y traslados de ellos;

al referirse a los registrales, sólo habla de certificaciones, olvidando los asientos de los que se certifica, y en el número 6.º parece referirse sólo a copias o traslados. En todo supuesto, el artículo 318 unifica los efectos de los originales y de las copias de los documentos públicos, siempre, claro está, a los solos efectos de prueba en el proceso. Pero esta equiparación está sujeta a fuertes matizaciones, porque hay copias y copias, ya que, como veremos, algunos traslados son verdaderas reproducciones clonadas de sus originales y equivalen a nuevos ejemplares de éstos, mientras que otras reproducciones agotan sus efectos en el hecho de la reproducción en sí, no equivaliendo, ni mucho menos, al original que reproducen.

- Por último, prescindiendo de mayores detalles, resaltar que los documentos comprendidos en el artículo 317 hacen prueba plena «del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella», así como que los documentos que llamamos oficiales, tendrán la fuerza probatoria «que establezcan las leyes que les reconozcan tal carácter y en defecto de disposición expresa en tales leyes, los hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos se tendrán por ciertos, a los efectos de la sentencia que se dicte (es decir, respecto de las partes intervinientes en el proceso), salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado». Así lo especifica el artículo 319, que, en materia de usura, establece libertad de prueba, sin que los tribunales hayan de respetar lo establecido en el propio artículo y en el 318 para los documentos públicos.

Merece la pena resaltar que, por la circunstancia de que los documentos públicos, según establece el artículo 318 de la LEC, que acabamos de consignar, entre otros extremos, son prueba plena de «la identidad de los fedatarios», resulta incongruente con este efecto la necesidad de que cuando se trata de documentos electrónicos sea necesaria la intervención de una entidad certificante que garantice la identidad del notario o del registrador que haga uso de su firma electrónica. Es lógico que en el proceso de creación de la firma intervengan tales entidades certificantes, pero ya no lo es tanto que se prescinda de lo ordenado con tanta claridad en tal precepto, congruente con la tradición jurídica de nuestro ordenamiento, sin siquiera argumentar debidamente la solución adoptada.

B) *Referencia especial a los documentos notariales*

Son instrumentos públicos notariales, conforme nos dice el artículo 144 del Reglamento Notarial, todos los documentos que autorice el notario, bien sean originales, en certificado, copias o testimonios.

Prescindiendo por el momento de distinguir entre documentos originales y los traslados o copias en sentido lato, por su contenido, podemos distinguir dos grandes especies de documentos notariales: los que contienen actos de voluntad y aquellos cuyo objeto son declaraciones de ciencia. La distinción funciona en cada uno de los tres grandes grupos de documentos públicos que suelen distinguirse, esto es, judiciales, notariales y administrativos, pero en los documentos en que con mayor claridad se aprecia la diferencia es en los notariales, en cuyo examen nos centramos, aunque lo que de ellos se diga es extrapolable, con mínimas adecuaciones, a los judiciales y administrativos, sobre todo de cara a su posible inscripción en el Registro de la Propiedad, ya que los títulos inscribibles son normalmente, en cuanto a su contenido, actos de voluntad.

Centrándonos en los notariales, los textos legales donde, de modo principal, se contiene la distinción, son el 17 de la Ley del Notariado y el 144 de su Reglamento, en los que se definen cuatro clases de documentos, agrupables en las dos categorías a que nos hemos referido: escrituras públicas y pólizas mercantiles, actas y testimonios.

Contienen declaraciones de voluntad las escrituras y las pólizas y contienen declaraciones de ciencia las actas y los testimonios.

Actualmente la diferenciación es clara en el texto vigente del artículo 17 de la Ley del Notariado, modificado por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, y desarrollado por el 144 del Reglamento Notarial, que define las escrituras, las pólizas y las actas, aunque también enumera los restantes documentos notariales. En lo pertinente, dice así:

«El Notario redactará escrituras matrices, intervendrá pólizas, extenderá y autorizará actas, expedirá copias, testimonios, legitimaciones y legalizaciones y formará protocolos y Libros-Registros de operaciones.

Las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases.

Las pólizas intervenidas tienen como contenido exclusivo los actos y contratos de carácter mercantil y financiero...

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 y contratos, así como sus juicios o calificaciones.

Los testimonios, certificaciones, legalizaciones y demás documentos notariales que no reciban la denominación de escrituras públicas, pólizas intervenidas o actas, tienen como delimitación, en orden al contenido, la que el Reglamento les asigne.

Como decíamos, la distinción entre escrituras y actas (de las pólizas no hemos de ocuparnos) es clara, aunque el artículo, desde el punto de vista técnico no es afortunado, ya que lo que define a las actas es que sólo contienen declaraciones de ciencia, del Notario siempre y a veces de los intervinientes, pero nunca se formula en ellas una declaración de voluntad, aunque las manifestaciones contenidas en el acta hagan referencia a consentimientos ya prestados o que se prestarán en el futuro.

Tal distinción, en base a su contenido, encuentra su correlato en las diferencias formales que separan a escrituras y actas, las cuales las constituyen en formas documentales distintas, estando el notario obligado a utilizar una u otra a fin de mantener la adecuación entre forma y contenido. Por ello el artículo 146 del Reglamento Notarial establece como uno de los casos en que el notario debe excusar su ministerio el supuesto de que “Las partes pretendan formalizar un acto o contrato bajo una forma documental que no se corresponda con su contenido conforme a lo dispuesto en el artículo 144 de este Reglamento”».

Conforme a lo dicho, el Reglamento Notarial se preocupa de marcar la distancia entre una escritura y un acta, en supuestos que pudieran plantear dudas en cuanto a sus respectivos efectos, señalando en el número 5.º del artículo 198 que las actas más próximas a las escrituras públicas por su contenido, esto es, las que contienen ofertas y aceptaciones, en ningún caso tendrán los efectos de una escritura pública. Dice así el precepto, en la medida que nos interesa: «Las manifestaciones contenidas en una notificación o requerimiento y en su contestación tendrán el valor que proceda conforme a la legislación civil o procesal, pero el acta que las recoja **NO ADQUIRIRÁ EN NINGÚN CASO LA NATURALEZA NI LOS EFECTOS DE LA ESCRITURA PÚBLICA**», es decir, no será forma de documentación de un contrato o, dicho en términos más generales, de una o varias declaraciones de voluntad.

También es muy significativo el artículo 215 del Reglamento notarial, que regula las actas de protocolización de documentos privados cuyo contenido sea materia de contrato, ordenando al Notario que exprese en la propia acta que **TAL PROTOCOLIZACIÓN SE EFECTÚA SIN NINGUNO DE LOS EFECTOS DE LA ESCRITURA PÚBLICA** y sólo a los efectos del artículo 1.227 del Código Civil.

Pero con independencia de las diferencias que separan a las escrituras y a las actas, ambas categorías participan de la naturaleza común a las dife-

rentes especies de documentos notariales en cuyos pormenores no vamos a entrar, contentándonos con señalar que son tres las notas que, inseparablemente unidas en la realidad, pero distinguibles conceptualmente, integran dicha naturaleza: legalidad, veracidad e integridad. Precisamente de dichas tres notas hace una exposición detallada la reciente Resolución de 14 de febrero de 2007, que también contiene una interpretación interesante del artículo 143.4 del Reglamento Notarial, en su redacción vigente.

La nota de legalidad se señala con toda claridad en el artículo 17 bis de la Ley del Notariado, cuando ordena que «con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe... de que el otorgamiento se adecua a la legalidad...», y luego añade que «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». No podía ser de otra manera, habida cuenta de los efectos, a que luego nos referiremos, que se predicen del documento notarial, del mismo modo que los efectos reconocidos a la publicidad registral exigen que el Registrador controle, desde su especial punto de vista, la legalidad de los títulos inscribibles.

En cuanto a la forma de hacer constar en el documento el control de legalidad efectuado por el Notario, consiste en el propio acto de autorizar el documento, ya que, si su juicio acerca de la legalidad de los fines perseguidos por los interesados en el documento es negativo, viene obligado a negar su intervención. El texto vigente del artículo 145 del Reglamento Notarial es contundente al respecto, ordenando al Notario que niegue la autorización o intervención notarial, cuando a su juicio «supongan la infracción de una norma legal, o no se hubiere acreditado al notario el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos como previos». E igual rechazo prevé el artículo 262 del propio Reglamento, en el caso de que un documento exhibido al notario para testimoniarlo sea contrario a las leyes o al orden público. Por todo ello resulta cuando menos curioso que José Manuel GARCÍA GARCÍA en su comentario a dicho artículo 17 bis, página 1077 de su *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, mantenga que «no se recoge en la legislación notarial ni en el artículo 17 bis de la Ley del Notariado, ninguna presunción de exactitud, ni ninguna presunción de legalidad».

Veracidad implica concordancia del relato documental con la realidad documentada, que en el caso de la escritura pública exige identificación y juicio de capacidad y legitimación de los otorgantes, concordancia del acto documentado con el realmente celebrado, expresión fiel de las advertencias, reservas e informaciones realizadas por el notario y, en suma, adecuación de lo expresado a lo sucedido ante el notario, sin que la adecuación implique

verter directamente en el documento las expresiones de voluntad, no necesariamente en palabras técnicas, formuladas por las partes.

Finalmente, consecuencia de la necesidad de verdad es la necesidad de integridad, ya que a nadie escapa que sólo es verdad toda la verdad. De esta nota es aplicación evidente la prevención del último párrafo del artículo 237 del Reglamento Notarial señalando que «en toda copia parcial se hará constar, bajo la responsabilidad del notario, que en lo omitido no hay nada que, amplíe, restrinja, modifique o condicione lo inserto...».

Tales notas del documento notarial no son mera proclamación programática carente de contenido jurídico, sino que en el tráfico, en la vida jurídica, constituyen presunciones legales cuya eficacia sólo puede ser contradicha, previa prueba pertinente en contrario, en el procedimiento que corresponda, por quienes tengan atribuida competencia para hacerlo. Y constituyen el fundamento de los efectos que el Ordenamiento atribuye a tales documentos, de los que más adelante tendremos sobrada ocasión de ocuparnos.

Dicho de otro modo, resulta que todos los documentos notariales tienen eficacia probatoria, tanto en el proceso como fuera de él, conforme determinan la LEC y el Código Civil en sus respectivos ámbitos, pero sólo las escrituras públicas tienen además efectos dispositivos, en la medida en que son forma documental de declaraciones de voluntad dirigidas a producir cambios en las esferas jurídicas de los declarantes. Claro es que los efectos dispositivos de las escrituras públicas se combinan con los efectos probatorios de las mismas, ya que no son concebibles declaraciones de voluntad sin previas declaraciones de ciencia, pero lo específico de su naturaleza son los tales efectos dispositivos que, en relación con el Registro de la Propiedad hace que sean las escrituras las que sirvan de título documental a los títulos materiales inscribibles, no las actas o testimonios ni, en general, los documentos con efectos meramente probatorios. Y es por tal razón, que, con referencia a los documentos notariales, el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, nos hable de escrituras públicas y no de actas o testimonios como forma documental de los títulos materiales inscribibles que detalla el precedente artículo 2. Y que, en cuanto a los documentos judiciales y administrativos, se refiera no a cualesquiera de ellos sino a ejecutorias y documentos auténticos. No cabe aquí desmenuzar el contenido de tales documentos, pero sí precisar, como lo hace el artículo 34 del Reglamento Hipotecario que los documentos auténticos inscribibles han de contener títulos materiales susceptibles de ello, que es el modo en que la legislación hipotecaria exige que tales documentos, además de referirse a bienes inmuebles y reunir los demás requisitos exigibles, han de tener efectos dispositivos. Tal es la regla general, aunque existen algunas excepciones, de cara a la inscripción en el Registro de la Propiedad, como son las actas de protocolización de particiones hereditarias, aunque su aplicación se reduce a algunos casos concretos, según GARCÍA GARCÍA, y la

constatación de la finalización de obras previamente inscritas en construcción, tal vez por considerarse el supuesto mero complemento fáctico de la previa declaración de obra nueva, para la que se exige la escritura pública.

C) *Originales, copias y testimonios*

a) *Originales*

En terminología notarial rigurosa, original es cualquier documento, protocolizado o no, que no es reproducción de otro idéntico, reservándose la denominación de matriz para los documentos protocolizados, cuyo contenido directo está constituido por manifestaciones de voluntad o declaraciones de ciencia formalizadas por los autores de unas o de otras, a diferencia de las copias y testimonios, que son reproducciones de tales documentos originales. Aunque ya puede adelantarse que no todas las reproducciones lo son con los mismos efectos, porque, aunque la regla general es que la reproducción de un documento agota sus efectos en ser mero traslado del mismo efectuado en una determinada fecha, existen reproducciones de documentos que, por así decirlo, gozan de la virtud de multiplicarse, manteniendo en cada ejemplar resultado de su multiplicación los mismos efectos que el documento original. Son los dichos documentos que la técnica notarial conoce como matrices y a cuyas reproducciones, que cumplan los requisitos previstos, se les reconocen idénticos efectos que a la matriz. A estas reproducciones, que tienen la misma energía jurídica que el documento matriz que reproducen, se les denomina copias en dicha técnica notarial, a diferencia de los traslados de documentos originales que agotan su eficacia en ser meras reproducciones, que en la técnica notarial reciben la denominación de testimonios.

Como es sabido, la clasificación apuntada no agota la totalidad de los documentos que el notario formaliza, ya que existen otras muchas actuaciones, como notificaciones, comunicaciones, solicitudes, etc., que no encajan en ninguna de las categorías documentales dichas. Pero de tales documentos no hemos de ocuparnos, al menos ahora.

De momento vamos a circunscribir nuestro comentario a las escrituras públicas, en cuanto son la forma normal de documentar los títulos materiales inscribibles y a los documentos propios del Registro de la Propiedad, es decir, los asientos de sus libros, a fin de no alargar este escrito más allá de sus límites razonables.

Comenzando por las escrituras públicas, el artículo 17 de la Ley del Notariado, señala que: «Es escritura matriz la original que el Notario ha de redactar, sobre el contrato o acto sometido a su autorización, firmada por los otorgantes, por los testigos instrumentales, o de conocimiento en su caso, y

firmada y signada por el mismo Notario». La verdad es que la definición habría quedado más precisa si en ella se hubiera especificado que el acto, objeto de una escritura, debe consistir en una manifestación de voluntad realizada en la propia escritura. Lo que diferencia a las actas de las escrituras es que en éstas el consentimiento se presta por medio del documento que se firma, mientras que en las actas, cuando hay referencia a un consentimiento, éste no se presta en ellas, sino todo lo más se expresa en ellas que el consentimiento ha tenido o tendrá lugar en un acto distinto del de su formalización. Por eso la oferta hecha en un requerimiento y su aceptación formalizada en la contestación no llevan consigo la celebración de un contrato.

Quedémonos pues con la idea de que original de una escritura pública inscribible en el Registro es el documento, en soporte papel o electrónico, en que sus autores expresan una declaración de voluntad que sirve de título al dominio o derechos reales sobre bienes inmuebles, y originales, desde el punto de vista del Derecho Hipotecario, son los asientos del Registro, mediante los que se inscriben en él tales títulos. Es importante retener la idea de que las formalidades de su creación causan que el documento al recibir la condición de público, experimenta una verdadera transustanciación, en virtud de la cual, manteniendo sus caracteres físicos, su naturaleza y efectos pasan a ser los propios de su contenido. Ejemplo destacado de ello es el párrafo segundo del artículo 1.462 del Código Civil cuando dice que el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa en ella vendida, si de la propia escritura no se deduce lo contrario. Se recoge así el viejo modo de la *traditio chartae*, en el que los antiguos estimaban incorporado el acto de entrega material de la posesión de la cosa.

Y lo mismo cabe predicar de los asientos del Registro, ya que, una vez formalizada el acta de inscripción, los pronunciamientos registrales quedan investidos de la condición de títulos acreditativos de los derechos inscritos, operando una verdadera transustanciación del documento en título material legitimador de la titularidad y ejercicio de tales derechos, en los términos que precisa el llamado principio de legitimación y fe pública registral, que aquí damos por expuesto.

b) Copias y certificaciones registrales

Partiendo del hecho de que los papeles, y en su caso los soportes electrónicos, de las escrituras y asientos del Registro quedan en poder del funcionario autorizante, se hace necesario arbitrar un medio físico de que su contenido pueda circular, con las debidas garantías, en el tráfico jurídico. Y tal medio es la copia notarial y la certificación registral, esto es, el traslado de su contenido a otro papel, o soporte electrónico, con las debidas garantías,

reconociendo a tales reproducciones los efectos propios de las escrituras o asientos que reproducen.

Por lo que se refiere a las certificaciones registrales, es preciso constatar ante todo que la regla general es que se den de los asientos de los libros de inscripciones y sólo en supuestos específicos prevé la Ley Hipotecaria que se den del Libro Diario, y aunque el Reglamento admite que se expidan también de los documentos que los Registradores conserven en su archivo «y respecto de los cuales puedan considerarse como sus archiveros naturales» (art. 342), estas últimas tienen características propias. Luego nos ocuparemos con más detalle de estas certificaciones no referentes a los libros de inscripciones. Pero sea cual sea su contenido hay que tener en cuenta dos precisiones: sólo tienen facultades para expedirlas los Registradores de la Propiedad y sólo se expiden a petición de los interesados.

La naturaleza y efectos de las certificaciones registrales que recogen el contenido de los asientos no están paladinamente expresados en la legislación hipotecaria, aunque tampoco faltan textos en que los mismos se pongan de manifiesto. Tales son, por ejemplo, el artículo 225 de la Ley Hipotecaria, cuando dice que: «la libertad o gravamen de los bienes inmuebles o derechos reales sólo podrán acreditarse en perjuicio de tercero por certificación del Registro», o el artículo 236 de la misma Ley que, más sesgadamente señala el plazo de expedición de certificaciones «por cada finca, cuyas inscripciones, libertad o gravámenes se trate de acreditar». Ahora bien, el que la certificación acredite el estado de cargas en perjuicio de tercero no significa, como se ha pretendido, que sea un título probatorio directo del dominio, porque como dice la STS de 17 de octubre de 1989, tal prueba se deriva del juego del principio de legitimación registral, con el carácter *iuris tantum* de la presunción que consagra.

En realidad, aunque no tengan los mismos efectos, existe un evidente paralelismo entre la naturaleza jurídica de las certificaciones registrales y las copias autorizadas de las escrituras públicas, al menos en cuanto se refiere a la función de certificaciones y copias respecto de sus originales, llegándose incluso en la resolución del Centro Directivo de fecha 8 de octubre de 2005, a la afirmación de que en un argumento tomado de resoluciones anteriores que se referían a una certificación registral electrónica, bastaba sustituir las palabras certificación electrónica por copia autorizada electrónica para que tal argumento fuera de plena aplicación al caso contemplado en tal resolución. Pero tendremos ocasión al hablar de las certificaciones electrónicas en particular, de comentar más ampliamente dicha resolución.

Más explícita es la legislación notarial, al señalar que «se consideran escrituras públicas, además de la matriz, las copias de esta misma expedidas con las formalidades de derecho...». Las copias deberán reproducir o trasladar fielmente el contenido de la matriz... pudiendo constar en soporte papel o electrónico.

Más adelante se tratarán las particularidades de las diferentes especies de copias, en cuanto interesan a este dictamen. Baste ahora resaltar el hecho de que original y copia tienen el mismo valor, en la medida, naturalmente en que sean coincidentes, ya que la copia ha de ser reproducción fiel del original para poder ser calificada de tal copia. Esta simbiosis que se opera entre matriz y copia es, sin duda, la determinante de la naturaleza y efectos de esta última y la nota que radicalmente la separa de otros traslados o modos de reproducción de documentos.

c) Testimonios

En este punto nos vamos a referir exclusivamente a los llamados Testimonios por exhibición, ateniéndonos a la regulación que de los mismos realiza la Sección 1.^a del Capítulo III del Título IV del Reglamento Notarial, en la redacción del Real Decreto de 19 de enero de 2007 y en la Sección 5.^a del mismo capítulo, integrada por el solo artículo 264, que se ocupa del Libro Indicador de testimonios, cuyos textos introducen grandes modificaciones de detalle, respecto al régimen anterior.

Señala el artículo 251 del Reglamento, en su redacción actual que «mediante los testimonios por exhibición, los notarios efectúan la reproducción auténtica de los documentos originales que les son exhibidos a tal fin o dan fe de la coincidencia de los soportes gráficos que les son entregados con la realidad que observen».

Y añade que «el testimonio por exhibición no implica el juicio del notario sobre la autenticidad o autoría del documento testimoniado. Si el original testimoniado fuese a su vez copia de otro documento, el testimonio tampoco implicará la concordancia entre ambos, salvo que el notario la haga constar expresamente».

Coincide el Reglamento, en cierto modo, con el concepto tradicional de testimonio notarial en la doctrina. Ya VELASCO, en 1941, definía el testimonio como «documento expedido por Notario que tiene como contenido la copia total o parcial de otro que le ha sido exhibido o existe en su protocolo, sin ser una matriz, y en el que la fe sólo comprende y se extiende a la fidelidad de la transcripción en sí».

No nos dice el Reglamento cuáles son los efectos propios del testimonio notarial además de la reproducción del documento testimoniado, punto en que coincide el concepto de testimonio con el de copia, que también es reproducción de otro documento, en este caso matriz, conforme se deduce del artículo 221 del propio Reglamento. Y por supuesto tanto los testimonios como las copias son, en cuanto autorizados por notario, documentos públicos y, por tanto, gozan de la presunción de legalidad y dan fe de su fecha y del

hecho que motiva su autorización, es decir, de su coincidencia con el documento reproducido. Pero, sin embargo, son muchas las diferencias que separan a las copias y los testimonios, comenzando por la naturaleza de los documentos que reproducen, ya que las copias por definición son reproducciones de documentos protocolados, a los que la técnica notarial conoce como matrices, y de los documentos que pueden ser testimoniados, a los que técnicamente se denomina originales, se excluyen dichas matrices o documentos protocolados constitutivos de escrituras o actas, ya que sí pueden ser testimoniados los documentos complementarios unidos a una matriz, salvo aquellos que distinguibles materialmente del documento matriz, se integren jurídicamente en éste, como es el caso, por ejemplo, de los documentos privados elevados a escritura pública.

Tal vez la razón que explica tal diferencia de contenido entre las copias y los testimonios radique en los distintos efectos que acompañan a una y otra forma de reproducción de documentos, pues mientras los efectos del testimonio se limitan a la reproducción del documento testimoniado, al que sólo se le añade la prueba de su existencia *hic et nunc*, la copia identifica sus efectos con los propios de la matriz que reproduce, operándose una verdadera clonación jurídica, de suerte que la matriz, una vez reproducida en la copia, sigue la suerte de ésta, efecto que no se produce en el caso del testimonio, ya que el testimonio únicamente da fe del estado del original reproducido en el momento y en el lugar en que el notario accede a él, pero puede suceder que el documento testimoniado experimente variaciones posteriores, sin que el testimonio las recoja. Pensemos, por ejemplo, en el testimonio de un documento privado, admitido por el último párrafo del artículo 252 del Reglamento. Y aunque se nos exhiba tal testimonio, nada nos garantiza que el documento en cuestión no ha sido modificado por otro posterior, mientras que en el supuesto de que se trate de una copia de una matriz notarial, tendremos la certeza de que jurídicamente la matriz se conserva en el estado que la copia refleja, mientras en la propia copia no figure su modificación posterior. Así nos lo dice el artículo 1.219 del Código Civil, salvando el caso de que el contenido del documento matriz y su modificación consten inscritos en un Registro Público, pero en este supuesto estaríamos fuera de la estricta relación entre matriz y copia.

No parece adecuado extendernos en una exposición detallada de los numerosos problemas que la nueva regulación de los testimonios suscita, no sólo por lo que dice, sino por lo que omite, especialmente en relación con la regulación anterior. Por ello nos limitaremos a realizar algunas consideraciones de tipo general:

1. Se introduce un concepto más genérico de testimonio por exhibición, a fin de incluir toda clase de soportes gráficos, señalando el artículo 251 que, mediante estos testimonios: «los notarios efectúan la reproducción auténtica

de los documentos originales que les son exhibidos a tal fin o dan fe de la coincidencia de los soportes gráficos que les son entregados con la realidad que observen». Esta expresión final, no muy afortunada, parece querer englobar la antigua referencia a fotografías y toda clase de reproducciones gráficas, junto con las electrónicas, ya incluidas en el concepto de documento, sobre todo después de la igualación que la Ley de Firma Electrónica hace entre los de soporte papel y soporte informático.

2. Se amplía considerablemente el abanico de documentos privados testificables, ya que, en la redacción antigua, no podía ser testimoniado ningún documento privado, salvo aquellos cuyas firmas podían ser legitimadas, esto es, los documentos o certificaciones que hubieren cumplido los requisitos de la legislación fiscal y no estuvieren comprendidos en casos en que la Ley exigiera escritura pública, como requisito de eficacia o existencia. Ahora sólo se excluyen del testimonio los que deban ser obligatoriamente presentados ante la Administración Tributaria, cuando no conste su presentación.

3. Especial interés tiene para nosotros la regulación que el artículo 253 hace del traslado por el notario a soporte papel de comunicaciones electrónicas, cuyo artículo se transcribe íntegro a continuación:

«Los notarios podrán testificar en soporte papel, bajo su fe, las comunicaciones o notificaciones electrónicas recibidas o efectuadas conforme a la legislación notarial, debiendo almacenar en soporte informático adecuado las procedentes de otros Notarios, Registradores de la Propiedad y Mercantiles u otros órganos de la Administración estatal, autonómica, local y judicial.

La Dirección General de los Registros y del Notariado determinará los soportes en que deba realizarse el almacenamiento y la periodicidad con que su contenido deba ser trasladado a un soporte nuevo, tecnológicamente adecuado, que garantice en todo momento su conservación y lectura».

Este artículo constituye una aplicación del artículo 113 de la Ley 24/2001 que dedicó una Sección, la VIII del capítulo XI del Título V, a regular la atribución y uso de firma electrónica por parte de Notarios y Registradores de la Propiedad. Curiosamente el Reglamento Notarial no respeta el rango normativo que tal Ley exige para desarrollar posteriormente el procedimiento de almacenamiento informático de comunicaciones, porque dicha Ley señala que «reglamentariamente» se determinará tal procedimiento, mientras que el Reglamento encomienda su regulación a la Dirección General de los Registros, que no está facultada para aprobar Reglamentos. En lo que nos interesa, dice así:

«1. Los notarios podrán testimoniar en soporte papel, bajo su fe, las comunicaciones o notificaciones recibidas o efectuadas, conforme a la legislación notarial. Asimismo los Registradores de la Propiedad, Mercantiles o de Bienes Muebles podrán expedir certificaciones de las comunicaciones electrónicas que a su vez remitan o reciban, conforme a la legislación hipotecaria».

Dicho quede que, aunque del expresado artículo 113 de la Ley 24/2001, pudiera obtenerse la conclusión de que la posibilidad de expedir testimonio o certificaciones queda en suspenso hasta que reglamentariamente, según el propio precepto, o por la Dirección General, conforme al Reglamento Notarial, se regulen los procedimientos de almacenamiento de las comunicaciones telemáticas, la fuerza de la realidad obliga a entender lo contrario, porque se regule o no tal almacenamiento el mismo debe tener lugar en alguna forma, ya que no es pensable que notarios y registradores no dejen huella en algún tipo de soporte de las comunicaciones que hagan o reciban y siempre podrán expedir testimonios o certificaciones del contenido de tal soporte. En este sentido cabe citar la Resolución de 8 de octubre de 2005, en la que, respecto a un contrato a distancia en que la oferta se remitió electrónicamente de un notario a otro, el cual trasladó el contrato a soporte papel, consideró que el traslado era inscribible en el Registro, a pesar de la falta de desarrollo reglamentario de los artículos 111 y 113 de tal Ley 24/2001.

Es muy interesante destacar, dado el objeto de este dictamen, el paralelismo que este precepto de la Ley 24/2001, establece entre los testimonios notariales de las notificaciones electrónicas efectuadas o recibidas y las certificaciones en formato papel expedidas por los registradores de las electrónicas que realicen o reciban, ya que tal paralelismo nos lleva a la conclusión de una misma naturaleza jurídica de los testimonios notariales de tales comunicaciones y de las certificaciones registrales. Se trata de los testimonios que el Reglamento Notarial y la doctrina denominan «por exhibición», cuyos efectos se reducen a «la reproducción auténtica de los documentos originales» exhibidos, sin que impliquen juicio alguno sobre la autoría o autenticidad del documento testimoniado. Pero advertido quede que no todos los autores aceptan esta equiparación de la naturaleza jurídica de tales testimonios notariales y las dichas certificaciones registrales. RODRÍGUEZ ADRADOS sostiene que dichas certificaciones registrales no son documentos públicos, propiamente hablando, sino documentos «oficiales». Pero ya hablaremos de este asunto. En realidad el artículo 113 de la Ley 24/2001 poco añade a la reglamentación general de los testimonios y las certificaciones registrales. El Reglamento Notarial dedica una de sus secciones a la regulación de los testimonios por exhibición de documentos originales (se olvida de los testimonios de testimonios, perfectamente posibles) y el Reglamento Hipotecario, en su artículo 342 prevé que «también po-

drán expedir los Registradores, a petición de los interesados, certificaciones de los documentos que conserven en su archivo y respecto de los cuales puedan considerarse como archiveros naturales». Dado que el soporte electrónico tiene la misma consideración documental que el de papel, es obvio que la reglamentación preexistente hubiera amparado los testimonios y certificaciones de comunicaciones y notificaciones electrónicas, cualquiera que sea el soporte electrónico en que se conserven.

Y lo mismo puede decirse del número 6 del artículo 17 bis de la Ley del Notariado, que extiende a registradores y órganos de las Administraciones Públicas y jurisdiccionales la posibilidad de trasladar a soporte papel las copias electrónicas notariales que hubieren recibido, aunque con limitados efectos. El precepto dice así:

«También podrán los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, así como los órganos de las Administraciones Públicas y Jurisdiccionales, trasladar a soporte papel las copias autorizadas electrónicas que hubiesen recibido, a los únicos y exclusivos efectos de incorporarlas a los expedientes o archivos que correspondan por razón de su oficio en el ámbito de su respectiva competencia».

Tratemos de descifrar su significado del modo más breve posible:

1. La primera observación es el lugar extraño de su situación, dentro de un precepto con significado estrictamente notarial, como es el artículo 17 bis de la Ley del Notariado, extraño porque tales traslados a papel se realizan por Registradores y funcionarios distintos de los notarios y extraño porque, como hemos visto, y la propia Ley reconoce implícitamente, que dichos traslados a papel sólo pueden revestir el formato de certificaciones, equiparables a los testimonios notariales por exhibición, y el precepto no utiliza la palabra certificación, con lo que parece que el traslado a papel de la copia informática es un *alterius genus*, algo distinto de la certificación. Pero tampoco dice, cuando se refiere a los notarios, que el traslado a papel realizado por el notario destinatario de una copia electrónica sea un testimonio por exhibición en sentido estricto y nadie, sin embargo, duda de que se trata de un verdadero testimonio. Incluso la llamada Primera Circular del Consejo General del Notariado sobre Firma Electrónica Avanzada, que entró en vigor el 1 de febrero de 2003, en su punto 4.4, sobre minutación de honorarios de copias electrónicas, después de señalar que la minuta de la copia será percibida por el notario emisor, indica que los honorarios del traslado a papel, en concepto de testimonio, serán percibidos por el notario receptor, además del importe del papel timbrado que utilice en calidad de suplido.

2. La segunda observación es que «los exclusivos efectos de incorporarlas a los expedientes o archivos» no pueden mantenerse, porque, una vez que

el certificado quede archivado, el Registrador, por no referirnos sino a él, podrá, a petición de parte interesada, expedir certificaciones del documento archivado, que es el único medio posible para que lo archivado opere en el tráfico jurídico, estando especialmente facultado para ello por el artículo 342 del Reglamento Hipotecario.

3. Otra observación, no desdeñable, es que aunque la incorporación a su archivo, por certificación, tenga carácter facultativo, resultará más que conveniente conservar certificación de la copia electrónica, teniendo en cuenta que tal copia pierde su valor por el transcurso de sesenta días, de modo que, transcurrido este plazo, resulta inoperante su conservación en soporte electrónico.

4. Por último, cabe preguntarse qué valor tendrán tales certificaciones, si conforme al número 4 del propio artículo 17 no pueden conservar la autenticidad y garantía notarial de la copia que reproducen y sin embargo están llamadas a perdurar más allá de los sesenta días de vida eficaz que se conceden a las copias electrónicas de las escrituras públicas. Y habremos de responder, con referencia al valor de tales traslados a papel, que lo que el legislador parece querer expresar es que las certificaciones, en cuanto verdaderos testimonios, no llevan consigo aparejados efectos dispositivos ni ejecutivos, propios solamente de las copias que reúnan determinados requisitos. Tal es la razón de que el artículo 252 del Reglamento Notarial prohíba que se testimonien «los documentos matrices que conforman el protocolo, sin más excepciones que las previstas en este Reglamento», lo que obliga a que los traslados de documentos matrices, en cuanto tales, se expidan observando las formalidades propias de la expedición de copias, salvo tales excepciones, que no eluden la necesidad de que los traslados de matrices han de ser realizados por los notarios titulares del protocolo en que se encuentren y que casi siempre se refieran a determinados particulares de las matrices y no a la integridad del acto o actos jurídicos que constituyen su contenido primordial.

D) *Contenido del dictamen*

I. SOBRE LAS COPIAS DE ESCRITURAS PÚBLICAS Y LOS TESTIMONIOS

a) *Sobre las copias de las escrituras públicas en general, es decir, en soporte papel*

Ni mucho menos vamos a intentar exponer en toda su amplitud la compleja problemática que plantea el estudio de las copias de los documentos incorporados a los protocolos notariales, sino que nos limitaremos a apuntar aquellas cuestiones que guarden relación con los temas que serán objeto principal y directo de este dictamen.

Ya hemos consignado que en el concepto de escritura pública se comprenden la matriz y sus copias, que, salvando su distinto valor relativo, en virtud del cual la matriz, en cuanto original, siempre prevalece sobre sus copias, caso de apartarse éstas de aquélla, tienen un mismo valor jurídico, reconocido paladinamente por el artículo 221 del Reglamento Notarial. La matriz está constituida materialmente por el papel en el que se consignan las declaraciones escritas de los otorgantes o intervinientes en unión de la expresión de haberse observado las formalidades y requisitos que acompañan a tales declaraciones, cuyo texto ha de estar redactado por el notario y en cuyo papel han de figurar las firmas de los otorgantes de los testigos en su caso y del propio notario. Y es así porque de momento no caben matrices electrónicas, según la disposición adicional undécima de la Ley del Notariado, añadida por la Ley 24/2001. La matriz es, por así decirlo una vez más, la materialidad de la declaración o declaraciones de voluntad que integran el acto documentado, pero no es instrumento adecuado para la actualización en el tráfico jurídico de tal declaración o declaraciones. Al menos en cuanto el original es único, ya que en teoría cabría la posibilidad de formalizar no uno sino varios ejemplares de original, como es el caso de los documentos privados, cuyos traslados no surten más efecto, respecto de terceros, que asegurar su fecha y el hecho de ser reproducción del documento original, pero si queremos que el documento privado figure en varios ejemplares, habremos de formalizar tales ejemplares como otros tantos originales, no siendo posibles copias, en el sentido lato del término, con los mismos efectos del original. Pero no sucede así con la escritura pública respecto de la cual el legislador prevé que funcione en el tráfico por medio de las copias que del original expida el notario titular del protocolo donde figura archivado el original. Y por cierto que no existe otro modo, distinto de la copia, para que la matriz de la escritura despliegue sus efectos en el tráfico jurídico. De los particulares de una matriz puede el notario titular del protocolo expedir testimonios, pero los traslados de la matriz en su integridad sólo serán eficaces si cumplen los requisitos propios de las copias. Los artículos 254 y 263 del Reglamento Notarial, que se ocupan de las reproducciones de documentos realizadas para servir de documento complementario a una escritura matriz o a una póliza distinguen, si no con nitidez, sí con la suficiente claridad los casos en que han de incorporarse copias o testimonios.

Entendiendo inicialmente por copia, con la Real Academia de la Lengua, el traslado o reproducción de un escrito, es necesario añadir que, para que la copia adquiera la naturaleza jurídica de copia auténtica o autorizada, debe reunir los requisitos y observarse en su expedición las solemnidades que la Ley exige a fin de reconocerle los mismos efectos que posee el original, es decir, fuerza dispositiva, ejecutiva y probatoria, por enumerar los principales de dichos efectos, aunque sin ánimo exahustivo.

Las copias de las escrituras, así como las de las actas, se regulan de modo principal en el artículo 17 y 17 bis de la Ley del Notariado y en la Sección 5.^a actual del Capítulo II del Título cuarto del Reglamento Notarial, artículos 221 y siguientes, aunque también se refieren a ellas otros textos legales, principalmente del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De todos los requisitos que ha de reunir una copia de escritura pública para ser considerada como tal y por tanto igualarse en efectos con el original reproducido, nos interesan los siguientes:

1. En primer lugar, ser reproducción, y por cierto, único modo eficaz de reproducción, de una matriz obrante en el protocolo notarial a cargo del notario que la expide, ya que, como dice el artículo 31 de la Ley del Notariado, sólo el notario, a cuyo cargo esté legalmente el protocolo, podrá dar copias de él. Aunque esta última parte del requisito tiene matices, tratándose de copias electrónicas.

Porque la copia es siempre reproducción de un original protocolizado y, por regla general, el solo medio de su traslado eficaz, el artículo 252 del Reglamento Notarial señala que «no podrán ser testimoniados: 1.º Los documentos matrices que conforman el protocolo, sin más excepciones que las previstas en este Reglamento.

El propio precepto tiene que señalar inmediatamente lo que parece ser una excepción general, indicando que «los documentos unidos a una matriz podrán ser objeto de testimonio identificando en éste la matriz a la que se hallan incorporados». Y hay que decir que no es muy afortunada la redacción escogida, porque hay documentos materialmente incorporados a una matriz como, por ejemplo, los documentos privados elevados a públicos, que, al integrarse jurídicamente en la matriz, como parte de ella, no pueden ser testimoniados aisladamente. Tendría el Reglamento que haberse referido a que no pueden testimoniarse las matrices u originales de escrituras y actas o precisar en la excepción que ella se refiere a documentos complementarios de una matriz, no a los que forman parte integrante de ésta, propiamente hablando.

También tiene carácter general la excepción que a la prohibición de expedir testimonios de documentos matrices realiza el artículo 246 del Reglamento Notarial, para cuya debida aplicación hay que tener presente que la posibilidad sólo se predica de DETERMINADOS PARTICULARES DE LAS MATRICES, lo que excluye la posibilidad de que se expidan testimonios, aunque sea parciales, del contenido de las escrituras públicas que, por gozar de autonomía jurídica respecto del resto de la escritura puedan y deban ser objeto de copia parcial. Por cierto que en este campo de las copias parciales había mucha más claridad en la delimitación que de su posibilidad hacía el párrafo primero del artículo 237 del Reglamento Notarial que la resultante de su redacción actual como consecuencia de la reforma de enero de 2007. Antes la copia parcial sólo podía omitir, conforme a la antigua redacción de

tal párrafo primero del artículo 237, la parte del documento que hiciera relación a bienes adjudicados o adquiridos por interesados distintos del solicitante de la copia parcial (pensemos en particiones de bienes o ventas múltiples), pero en su redacción actual el precepto no facilita pistas claras para que el notario decida si puede, o no, expedir copia parcial, al menos explícitamente, porque hemos de entender que no ha querido cambiarse el fondo del sistema, sino realizar una formulación más general del mismo criterio, que no puede ser otro que el que cada copia parcial ha de reproducir los pronunciamientos del original constitutivos de un acto material completo, porque la copia parcial, a diferencia del testimonio de determinados particulares, ha de tener los mismos efectos dispositivos, ejecutivos y probatorios que su original. El ambiguo y casi inexpresivo pronunciamiento actual del repetido párrafo es el siguiente:

Es copia parcial la que expide el notario a instancia de parte legitimada para solicitarla reproduciendo o trasladando parte de la matriz, atendido su contenido, el requerimiento y el interés del solicitante.

Volviendo a lo dicho, resultará que, cuando se trate de escrituras que contengan actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, el notario deberá poner especial cuidado en que la copia parcial reproduzca todos los pronunciamientos del original que deban ser inscritos en el Registro, aunque excedan del contenido mínimo inscribible.

2. Además deben reproducir o trasladar fielmente el contenido de la matriz, por lo que, impugnada la concordancia por aquel a quien perjudique, sólo tendrán fuerza probatoria cuando hayan sido debidamente cotejadas, dice el artículo 1.220 del Código Civil. Hoy día los medios mecánicos de reproducción, de que se dispone, hacen que, literalmente, las copias sean en la práctica ejemplares idénticos al original de un mismo soporte electrónico, por lo que se hacen difíciles, si no imposibles, las discordancias del traslado con su original, pero siguen siendo posible las omisiones parciales involuntarias y, en las copias parciales, las omisiones por error de extremos que «amplíen, restrinjan, modifiquen o condicionen lo inserto».

Hay que insistir en esta idea de la concordancia de la copia y la matriz, lo que da lugar a que ninguna alteración de la matriz pueda oponerse a terceros, aunque no se haya hecho constar en el Registro que corresponda, si tal alteración no se ha hecho constar también en la copia, en cuya virtud hubiera procedido el tercero, nos dice el artículo 1.219 del Código Civil.

3. Están sometidas, por regla general, al principio de rogación que lleva consigo la necesidad de que medie petición expresa de expedición por parte interesada, tanto en las copias íntegras como en las parciales, existiendo reglas especiales para la expedición de copias de testamentos, de poderes y

de actos y contratos que lleven aparejada ejecución, y en la normativa reciente se han introducido supuestos en que el Notario debe expedir y remitir copia de los documentos inscribibles al Registro de la Propiedad que corresponda, salvo indicación en contrario de los interesados, aunque en este caso más que prescindir de la rogación ésta se presupone *iuris tantum*.

No podemos descender al estudio de las importantes consecuencias que se derivan de la necesidad de solicitud previa para la expedición de copias, pero quede apuntado que tal solicitud no se limita a ser condicionante de su expedición, sino que afecta también a las posibilidades de su utilización, ya que la propia copia ha de contener indicación de la persona a cuya instancia se libra y, en su caso, el fundamento de su interés legítimo, lo que unido a la necesidad, al menos en las copias electrónicas, de hacer constar la finalidad para la que se expiden, hace que si no parece que pueda llegarse a la conclusión de que las copias autorizadas de escrituras son documentos nominativos, sí que se aproximan mucho a esta categoría.

Especial interés tienen las copias de escrituras que contienen obligaciones susceptibles de hacerse efectivas por vía de ejecución forzosa, por lo que brevemente nos detendremos en la exposición de su régimen, que ha experimentado cambios como consecuencia de la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el año 2000 y posteriormente del artículo 17 de la Ley del Notariado y del desarrollo de tales normas por la reciente reforma del Reglamento Notarial. Aunque se mantiene intocada la regla de que el solo documento notarial que puede servir de título ejecutivo es la copia autorizada de las escrituras públicas que contengan obligación exigible en tal procedimiento. Quedan por tanto excluidos como tales títulos los testimonios y cualesquiera otros traslados que no cumplan los requisitos y observen las formalidades propias de las copias autorizadas a las que, como veremos, se reconocen efectos ejecutivos. Los principales textos legales, actualmente vigentes, son los siguientes, aunque no los únicos, ya que el tema se trata también en el artículo 38 de la Ley del Notariado y el 234 y siguientes de su Reglamento:

Artículo 517.2.4.º de la LEC: Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: ...4.º Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes.

Artículo 17 de la Ley del Notariado: ...Es primera copia el traslado de la escritura matriz que tiene derecho a obtener por primera vez cada uno de los otorgantes (este texto proviene de 1862). A los efectos del artículo 517.2.4.º de la Ley ... de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se considerará título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se expida con tal carácter. Expedida dicha copia, el Notario insertará mediante nota en la matriz su fecha de expedición e interesado que la solicitó.

Y artículo 233 del Reglamento Notarial, redactado por el Real Decreto de 19 de enero de 2007: A los efectos del artículo 517.2.4.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se considera título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se le expida con tal carácter. Expedida dicha copia, el notario insertará mediante nota en la matriz su fecha de expedición e interesado que la pidió. En todo caso, en la copia de toda escritura que contenga obligación exigible en juicio deberá hacerse constar si se expide o no con eficacia ejecutiva y en su caso de tener este carácter, que con anterioridad no se le ha expedido copia con eficacia ejecutiva. Expedida una copia con eficacia ejecutiva sólo podrá obtener nueva copia con tal eficacia el mismo interesado con sujeción a lo dispuesto en el artículo 517.2.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Del conjunto de estas normas podemos extraer las reglas siguientes:

1.^a Tendrán efectos ejecutivos las primeras copias expedidas a cada uno de los interesados otorgantes, siempre que haya solicitado que la copia se expida con tal carácter. No basta pues, como en el sistema anterior, que sea primera copia.

2.^a Expedida copia ejecutiva a un interesado, sólo podrá obtener otra igual por mandamiento judicial obtenido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 del Reglamento Notarial, que desarrolla con detalle el 517.2.4.º de la LEC, o con la conformidad de todos los otorgantes, de acuerdo con el artículo 234 del propio Reglamento Notarial.

3.^a En la matriz y en la propia copia se harán constar todos los datos expresivos de haberse observado los requisitos precisos para la expedición de cada copia, incluidos los que la revisten de efectos ejecutivos.

Resumiendo lo expuesto hasta aquí en relación con las copias de escrituras públicas, sin tener en cuenta las especialidades de las copias en soporte electrónico, cabe decir lo siguiente:

- Las copias son reproducciones exactas de las matrices de donde se toman y pueden ser totales o parciales, pero las parciales han de comprender actos jurídicos completos.
- Las copias gozan de los mismos efectos que correspondan a su matriz, ya que son el modo en que la matriz se hace presente en el tráfico jurídico:
 - a) Tienen efectos dispositivos o, lo que es lo mismo, a ellas se incorporan las modificaciones operadas por el original en las relaciones jurídicas respecto de las cuales los otorgantes manifiestan su voluntad en tal sentido. Como consecuencia de ello, por ejemplo, si la escritura documenta un acto relativo a bienes inmuebles inscribible en el Registro de la Propiedad, operativa-

mente es su copia auténtica la que se presenta en el Registro para obtener la inscripción del acto o contrato en cuestión.

No estará de más precisar, hilando fino, que en verdad las copias de escrituras no tienen en sí los efectos dispositivos que se predicán de ellas y de sus matrices, ya que su efecto inmediato es tener por emitida y probada la existencia de las declaraciones de voluntad que constituyen su objeto. Los efectos de tales declaraciones de voluntad sobre el tejido de relaciones jurídicas existentes entre sus emisores dependen de la capacidad de éstos para emitirlos y del cumplimiento de los requisitos de fondo y forma exigidos por las leyes a fin de que produzcan los efectos perseguidos por el negocio jurídico documentado. Pero, para abreviar, parece correcto señalar que las copias de escrituras públicas tienen efectos dispositivos, dadas las presunciones de legalidad e integridad que acompañan a los documentos notariales.

Lo dicho en el párrafo anterior tiene su reflejo en el artículo 323 de la LEC, el cual, en su número 3.º, nos dice que: «Cuando los documentos extranjeros a que se refieren los apartados anteriores de este artículo (los públicos) 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».

- b) También tiene efectos ejecutivos, si reúne las características que antes hemos señalado.
- c) Y desde luego tiene efectos probatorios. En un primer grado de la existencia y contenido del documento original que reproduce, y en un segundo, de las declaraciones, también de ciencia, realizadas por el Notario autorizante y por los comparecientes, pero sobre todo de las declaraciones de voluntad realizadas por los otorgantes constitutivas del acto, contrato o negocio documentado.
- d) Y además tienen la consideración de títulos formales inscribibles en el Registro de la Propiedad y en el Mercantil, según contengan actos materiales susceptibles de registración en uno o en otro y, según doctrina del Centro Directivo, sin necesidad de que tuvieran el carácter de primera copia, conforme al sistema anterior a la última reforma del Reglamento Notarial.

b) *Sobre los testimonios*

Sin perjuicio de seguir teniendo presente lo ya dicho sobre los testimonios en la Introducción a este dictamen, hay que advertir, una vez más, que únicamente vamos a referirnos a los testimonios, de momento en formato papel, llamados por exhibición y más concretamente a los que reproducen «documentos que no sean matrices», decía el artículo 251 del Reglamento Notarial, que estaba excepcionado por el 246, aun vigente, que permite expedir testimonios de particulares determinados de las matrices, aunque, como ha quedado dicho, tendrán que adoptar la forma de copia cuando tales particulares sean expresión completa de un acto o unidad negocial con trascendencia jurídica autónoma, es decir, no dependiente de otros particulares de la escritura parcialmente transcrita. Y es así porque el notario no es libre de elegir la forma que desee, sino que ha de seguir la que corresponda según la normativa aplicable.

Sin embargo, lo dicho acerca de testimonios de las matrices, siempre contando con la excepción aparente del artículo 246 del Reglamento, que era paladinamente claro en el sistema anterior a la modificación del Reglamento en 2007, en cierta manera ha dejado de serlo, ya que el actual artículo 251 no circunscribe los testimonios por exhibición a documentos que no sean matrices. Su actual párrafo primero dice así:

Mediante los testimonios por exhibición, los notarios efectúan la reproducción auténtica de los documentos originales que les son exhibidos a tal fin...

No obstante, a pesar de la modificación, entendemos que siguen sin poder testimoniarse las matrices de escrituras públicas, salvo lo previsto en el artículo 246 del Reglamento Notarial, porque, de un lado, la matriz no es exhibida al notario que la ha autorizado o la custodia en el protocolo a su cargo, no siéndoles aplicable por tanto el decir literal del artículo 251, antes dicho, y de otro porque es posible que el nuevo texto responda a la necesidad de extender el sistema de testimonios a los traslados de pólizas, que al no ser autorizadas por notario, sino intervenidas, no pueden dar lugar a que su reproducción tenga la naturaleza propia de copia auténtica, reservada a los traslados de escrituras públicas. Y esta conclusión se confirma por lo dicho en el párrafo segundo del propio artículo 251, cuando precisa que el testimonio por exhibición no implica el juicio del notario sobre la autenticidad o autoría del documento testimoniado. O dicho en otras palabras, no tiene los mismos efectos del documento reproducido, propios solamente de las copias de escrituras, por aplicación del artículo 221 del Reglamento Notarial.

Sin embargo, una vez más hemos de reseñar excepciones a esta regla general que acabamos de enunciar, en cuya virtud un testimonio por exhibición no puede desempeñar la función propia de las copias, porque el Centro

Directivo, en varias Resoluciones, tales como las de 5 de enero de 2002, 5 de septiembre de 2002 y antes de 31 de octubre de 2001 y 17 de marzo de 2001, ha admitido, sobre todo por razones prácticas, la inscripción de testimonios parciales de escrituras públicas en casos tales como las que recogen fusiones bancarias, ya que, por la gran cantidad de Registros a los que hubiera de presentarse la copia y el propio volumen del documento, sería interminable la registración sucesiva del mismo título. Aunque la excepción es más aparente que real, porque se trata de testimonios parciales de copias de escrituras, no de sus matrices, siendo por lo demás el sistema establecido con carácter general para que el notario al que se le hubiere remitido una copia autorizada electrónica la traslade a soporte papel. En realidad la excepción no lo es de la necesidad de que las matrices se reproduzcan en copias, pero sí de que las copias no sean tales si no se han tomado directamente de las matrices y se han autorizado por el notario titular del protocolo, ya que estos testimonios de copias son reproducciones de segundo grado que, sin embargo tienen los mismos efectos que las propias copias.

c) Coincidencias y diferencias entre copias y testimonios

Resumiendo lo ya expuesto, puede ser conveniente recordar las notas en que convergen y aquéllas en que se diferencian las copias y los testimonios notariales.

1. Coincidencias

- a)* Tanto las copias como los testimonios son reproducciones de documentos originales, por lo que a ambas categorías de traslados les es aplicable el artículo 1.220 del Código Civil, de suerte que «si resultare alguna variante entre la matriz (original) y la copia, se estará al contenido de la primera».
- b)* Copias y testimonios son documentos públicos, de suerte que, como mínimo, hacen prueba contra tercero del hecho que les motiva (la reproducción del original) y de la fecha en que se efectúa la reproducción, por aplicación del artículo 1.218 del Código Civil, ya que, aunque éste se refiera literalmente a documentos originales, no hay razón que impida su aplicación a los traslados que también son documentos públicos.
- c)* Y por ser ambos documentos públicos, son predicables de copias y testimonios las notas o presunciones de legalidad, veracidad e integridad, que ya tuvimos ocasión de detallar someramente.

2. Diferencias

- a) Por su objeto, con las matizaciones ya expresadas, las copias sólo pueden serlo de documentos matrices, es decir, a los que la ley reconozca la virtud de poder ser reproducidos conservando la energía jurídica de sus originales, mientras que los testimonios sólo pueden tener por objeto documentos no matrices o particulares de las matrices no constitutivos del acto o contrato que sea su objeto.
- b) También se diferencian por las distintas formalidades de su expedición, que no vamos a detallar, contentándonos con apuntar que de las copias se deja nota en la matriz que reproducen, mientras que los testimonios no se reseñan en el original que trasladan, sino en un libro indicador y no en todos los casos de su expedición.
- c) Finalmente, y ésta es la diferencia más importante, como hemos repetido quizá con exceso, las copias tienen los mismos efectos que las matrices que reproducen al modo de una auténtica clonación, mientras que los testimonios sólo prueban la fecha en que se expiden y su concordancia con el documento reproducido, que, en cuanto materia de testimonio, tiene la consideración de original, aunque, por su contenido y forma, sea copia, en sentido lato, de otro documento.

d) *Sobre las copias en soporte electrónico*

Comencemos por reseñar los textos legales aplicables, al menos los principales, que son los siguientes:

Artículo 17 bis de la Ley del Notariado, añadido por la Ley de Acompañamiento 24/2001, en sus apartados 3 a 8

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 conste fehacientemente al notario.

4. Si las copias electrónicas, expedidas electrónicamente, se trasladan a papel, para que conserven la autenticidad y garantía notarial, dicho traslado deberá hacerlo el notario a quien se le hubieren remitido.

5. Las copias electrónicas se entenderán siempre expedidas por el notario autorizante del documento matriz y no perderán su carácter, valor y

efectos por el hecho de que su traslado a papel lo realice el notario al que se le hubiese (*sic*) enviado, el cual signará, firmará y rubricará el documento haciendo constar su carácter y procedencia.

7. Las copias electrónicas sólo serán válidas para la concreta finalidad para la que fueron solicitadas, lo que deberá hacerse constar expresamente en cada copia indicando dicha finalidad.

8. En lo no previsto en esta norma (*sic*), la expedición de copia electrónica queda sujeta a lo previsto para las copias autorizadas en la Ley Notarial y en su Reglamento.

Disposición Transitoria undécima de la Ley 24/2001

Hasta que los avances tecnológicos hagan posible que la matriz u original del documento notarial se autorice o intervenga y se conserve en soporte electrónico, la regulación del documento público electrónico, contenida en este artículo, se entenderá aplicable exclusivamente a las copias de las matrices de escrituras y actas, así como en su caso a la reproducción de las pólizas intervenidas. (Cabe observar que el precepto no especifica el nombre de las reproducciones de pólizas, o sea, si son copias o testimonios.)

Artículo 112 de la Ley de Acompañamiento, 24/2001. Presentación de títulos por vía telemática en los Registros de la Propiedad, Mercantiles o de Bienes Muebles

1. Salvo indicación en contrario de los interesados, los documentos susceptibles de calificación e inscripción en los Registros de la Propiedad, Mercantiles o de Bienes Muebles, podrán ser presentados en estos por vía telemática y con firma electrónica avanzada del notario autorizante o responsable del protocolo, siempre que cumplan los requisitos expresados en esta norma, dejando constancia de ello en la matriz o, en su caso, en el libro indicador.

2. En tales casos, el Registrador de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles comunicará al notario autorizante, o a su sucesor en el protocolo, por vía telemática y con firma electrónica avanzada del mismo (*sic*), tanto la práctica del asiento de presentación como, en su caso, la denegación del mismo, la nota de calificación y la realización de la inscripción, anotación preventiva, cancelación o nota marginal que corresponda, con arreglo a los principios (*sic*) de la legislación registral.

3. Practicado el asiento registral, el notario dejará constancia de la recepción de la comunicación y del contenido de ésta en forma de testimonio, bajo su fe, en la matriz y en la copia que de la misma expida.

4. (Este número se refiere al orden de los asientos de presentación en el Registro y por tanto se comentará en otro lugar).

Artículo 224 del Reglamento Notarial

4. Las copias electrónicas, autorizadas y simples, se entenderán siempre expedidas a todos los efectos incluso el arancelario (*sic*) por el notario titular del protocolo del que formen parte las correspondientes matrices y no perderán su carácter, valor y efectos por el hecho de que su traslado a papel lo realice el notario al que se le hubiese enviado (*sic*). Dichas copias sólo podrán expedirse para su remisión a otro notario o a un registrador o a cualquier órgano judicial o de las Administraciones Públicas, siempre en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio. El notario que expida la copia autorizada electrónica será el mismo que la remita.

En la expedición de las copias autorizadas electrónicas se hará constar expresamente la finalidad para la que se expida (*sic*), siendo sólo válidas para dicha finalidad y su destinatario (*sic*), debiendo dejarse constancia de esta circunstancia por nota en la matriz.

Las copias autorizadas electrónicas, una vez expedidas, tendrán un plazo de validez de sesenta días a contar desde la fecha de su expedición. Transcurrido este plazo podrá expedirse nueva copia electrónica con igual finalidad que la caducada. La expedición de esta nueva copia autorizada electrónica con idéntico destinatario y finalidad no devengará arancel alguno.

El traslado a papel de las copias autorizadas expedidas electrónicamente, cuando así se requiera, sólo podrá hacerlo el notario al que se le hubiesen remitido, para que conserven la autenticidad y la garantía notarial. Dicho traslado se extenderá en folios timbrados de papel de uso exclusivo notarial, con expresión de su nombre, apellidos y residencia, notario que expide la copia, fecha de su expedición y de traslado a papel y números de los folios que comprende, bajo su firma, sello y rúbrica.

Dado que tenemos ya suficientemente precisados el concepto, naturaleza y efectos de las copias de escrituras públicas, toca ahora ocuparnos de las especialidades que acompañan a las copias electrónicas, a la luz de los preceptos que el legislador dedica a la regulación de las mismas.

Comencemos por señalar que, en opinión de Fernando GOMÁ LANZÓN, cuya opinión es compartida por RODRÍGUEZ ADRADOS, que lo cita expresamente, «la copia electrónica no es una subespecie o modalidad de la copia en papel en el sentido de tratarse de una simple variación del soporte material en el que descansa el documento, pasando del papel al electrónico». En realidad son tantas las diferencias que separan a unas y otras, que más bien la copia electrónica es un nuevo medio de reproducción de escrituras y actas y

sus documentos complementarios incorporados a tales matrices. Tratemos sin ánimo exhaustivo de apuntar tales principales diferencias, cuya existencia y número quedan suficientemente explicitados en el hecho de los numerosos preceptos que el legislador dedica a su regulación específica, sin perjuicio de reconocer las notas que comparten, al remitirse el número 8 del artículo 17 bis de la Ley del Notariado, a la regulación general de la expedición de copias autorizadas, en lo no previsto por dicha norma para las copias electrónicas.

Por cierto que creo que acierta plenamente RODRÍGUEZ ADRADOS cuando señala que, a pesar de que la Disposición Transitoria undécima de la Ley 24/2001 circunscribe la vigencia del artículo 17 bis a las copias en sentido estricto, es tan estrecho el parentesco que con ellas guardan los testimonios por exhibición que hay que admitir que puedan expedirse electrónicamente, añadiendo que muchos de los supuestos del artículo 113 de tal Ley son verdaderos testimonios por exhibición. Dejémoslo así consignado, aunque sobre el último argumento habría mucho que hablar porque las comunicaciones o notificaciones electrónicas, recibidas o efectuadas por los notarios y los registradores son más bien documentos «oficiales» que copias o certificaciones, exceptuando las copias de escrituras enviadas o recibidas electrónicamente, de las que nos estamos ocupando.

1. En primer lugar, hay que advertir que así como la copia autorizada en soporte papel adquiere plena validez a partir del momento de su expedición, es decir, en el preciso instante en que el notario que la expide la signa, firma, rubrica y sella, la llamada copia autorizada electrónica no adquiere validez en el momento de su expedición, esto es, cuando el notario la autoriza con su firma electrónica reconocida, sino que en ese momento se inicia un proceso que concluirá, si todo va bien, con dotar a la copia electrónica del valor y efectos que le son propios, por utilizar la terminología legal al uso.

Cada copia electrónica, según el fin para el que sea expedida, cumplirá las etapas previstas en la legislación aplicable a dicho fin, que serán diferentes según que el destinatario sea una autoridad judicial, un funcionario u órgano administrativo o un Registrador de la Propiedad, Mercantil o de ventas a plazos. Supongamos que se trata de un Registrador de la Propiedad.

Hemos dicho que la copia electrónica quedará expedida cuando el Notario la firme. Señalemos, con la mayor concisión posible, las condiciones que ha de reunir para que se entienda efectivamente expedida, condiciones cuya observancia queda sometida a la calificación del Registrador. Son las siguientes: que el certificado que ampara la firma sea del notario que la expide; que dicho certificado esté vigente, según el directorio del Consejo General del Notariado; que la copia esté vigente y que ha sido expedida para su presentación en el Registro de que se trate, lo que deberá constar en el pie de la misma.

Señala el actual artículo 249 del Reglamento Notarial que la copia autorizada electrónica, a diferencia de la en soporte papel, o cartácea, para cuya expedición se prevé un plazo máximo de cinco días hábiles, deberá expedirse y remitirse en «el plazo más breve posible y, en todo caso, en el mismo día de autorización de la matriz o, en su defecto, en el día hábil siguiente». Pero, como advierte la Resolución de 4 de junio de 2007, a la que volveremos a citar más de una vez, se trata de un deber cuyo incumplimiento podrá generar responsabilidad civil y disciplinaria para el infractor, pero que en ningún caso invalida la copia expedida y remitida fuera de plazo, siempre, claro es, que se remita dentro del plazo de validez que, en la actualidad está fijado en sesenta días.

Una vez que la copia sea remitida, la copia circulará por los sistemas informáticos corporativos notarial y registral y llegará al Registro de destino. O no.

Si la copia electrónica, una vez remitida, no llega al Registro de destino, por cualquier causa, quedará invalidada, o mejor dicho, no alcanzará validez, extremo que el notario remitente conocerá por no emitir el sistema telemático del Registro de destino el acuse de recibo digital que prevé el artículo 248.3.1.º de la Ley Hipotecaria. Y el notario deberá decidir cuál de las posibles vías seguirá para la presentación del título en el Registro, entre las que se encuentran la presentación de copia en papel por fax y la entrega al interesado para la presentación a mano, haciendo constar en la copia expedida la imposibilidad acaecida, entendemos que en la remisión o en la recepción.

Si la copia electrónica llega a su destino, el sistema de comunicación del Registro emitirá el acuse de recibo correspondiente, con el número que corresponda del Libro de Entrada, y se iniciará el correspondiente procedimiento registral, cuyo primer paso será la calificación del Registrador acerca de la presentación, o no, del título recibido.

Queda claro, pues, que la copia electrónica no es un documento que se perfecciona por la firma del notario, sino que esta firma es el primer paso de una serie de etapas que culminarán, o no, con la adquisición de plena validez por la copia emitida al ser firmada, pero que, por así decirlo, necesita con carácter constitutivo ser recibida por su destinatario, amén de reunir las condiciones intrínsecas previstas por la ley.

2. La copia en soporte papel conserva su vigencia mientras el papel no se destruya (y no olvidemos que las copias autorizadas se presumen íntegras, según establece el art. 1.219 del Código Civil), mientras que las copias electrónicas sólo tienen validez durante el plazo de sesenta días, a contar desde la fecha de su expedición, que ya hemos dicho que tiene que ser la misma de su recepción por el destinatario. Y esta vida limitada de las copias electrónicas nos lleva a la necesidad de plantearnos qué ocurre con los procedimien-

tos iniciados con base en ellas y en marcha al tiempo de expirar su plazo de vigencia. Pensemos en un asiento de presentación en el Registro de la Propiedad, prorrogado como consecuencia de una calificación negativa cuyos defectos se subsanan después de expirados los sesenta días durante los que la copia electrónica conserva su validez. Tal situación no deja de ser curiosa, porque si consideramos que, desaparecido jurídicamente el documento presentado, el asiento de presentación aún vigente declara presentado un documento inexistente, es decir, nada, habremos modificado tácitamente la legislación hipotecaria, pero si nos inclinamos a entender que, una vez iniciado el procedimiento registral, éste sigue sus propias reglas, ocurrirá que, aunque la copia se conserve en soporte electrónico en el Registro, carecerá de validez, es decir, será jurídicamente inexistente, y el asiento, por ejemplo de inscripción, terminará diciendo que lo inscrito resulta de un título presentado mediante copia que ya ha dejado de tener validez. Claro que el Registrador contará con la certificación de la copia guardada en su archivo, con lo que si que existirá en el Registro tal copia, aunque, según la legislación notarial no conserve su valor y efectos. Pero de este tema trataremos más adelante.

3. Como dice el Reglamento Notarial en su artículo 224, en aplicación y desarrollo de lo prevenido en los números 3 y 7 del artículo 17 bis de la Ley del Notariado, en la expedición de las copias autorizadas electrónicas se hará constar expresamente la finalidad para la que se expide (este verbo debería estar en plural), siendo sólo válidas para dicha finalidad, y su destinatario, debiendo dejarse constancia de estas circunstancias por nota en la matriz. Y más adelante señala el propio Reglamento, aunque no de modo directo, que la finalidad dicha debe estar enmarcada en el ámbito de la competencia del destinatario, que sólo podrá usar la copia en los actos directamente relacionados con la consumación del fin para cuyo logro fue expedida la copia.

Conviene señalar que en el artículo 17 bis, número 7, de la Ley, la finalidad para la que se expide una copia resulta determinada por los términos de la solicitud de expedición hecha al notario que la expide, mientras que el Reglamento se limita a indicar que en la expedición se harán constar la finalidad para la que se expide la copia y su destinatario, no precisando que no es el notario, sino el solicitante de la copia quien determina ambos datos. La disparidad existente entre ambos preceptos ha dado lugar a que los comentaristas adopten posturas encontradas al interpretar el artículo 112 de la Ley de Acompañamiento 24/2001 y, más recientemente, el mandato del número 2 del artículo 249 del Reglamento Notarial, acerca de la cuestión de si el notario expedidor de copias autorizadas que contengan actos susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad, es verdadero presentante, a efectos hipotecarios, en cuanto mandatario de los interesados-solicitantes de la copia para la finalidad indicada de la inscripción en el Registro del acto que contienen, o si deben ser considerados presentantes los interesados, sien-

do el notario un mero remitente de facto de la copia, o, lo que es una tercera posibilidad, si en realidad el único presentante de la copia autorizada electrónica es el notario que cumple el imperativo legal, lo que implica que no se considere aplicable al caso la norma del artículo 39 del Reglamento Hipotecario, en cuya virtud el notario-presentante siempre lo es como representante de los interesados.

No es este el lugar adecuado para desarrollar ampliamente el examen de esta cuestión. Baste señalar que la Dirección General de los Registros y del Notariado se inclina de modo decidido, en su Resolución de 4 de junio de 2007, por considerar que el notario que cumple lo ordenado en el artículo 224 del Reglamento Notarial y en el 112 de la Ley 24/2001, no plenamente coincidentes en su decir literal, es representante *ex lege* de los interesados, salvo indicación en contrario de éstos, que debe figurar en el documento autorizado, ya que lo que la ley hace es presumir el mandato de los interesados, no configurar una obligación autónoma del notario, que no encajaría en las exigencias del principio de rogación o instancia que actúa a lo largo de todo el proceso de inscripción en el Registro de la Propiedad de los títulos presentados al efecto.

4. Existen otras muchas diferencias que alargarían este dictamen más allá de sus límites razonables. Algunas de ellas, tales como las diferentes vías de aplicar el principio de rogación previa a su expedición, ya han sido aludidas, y otras, como por ejemplo, la posibilidad de que la copia electrónica sea reproducida en soporte papel, conservando o no la totalidad de sus efectos, se estudiarán después. Sin mencionar otras de menor entidad, como el diferente tratamiento fiscal de las copias en sí, ya que las electrónicas, estando en principio sujetas, en cuanto copias, al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, la realidad es que no lo abonan, porque no se ha arbitrado procedimiento práctico para exigirlo, a menos que se entienda que las copias electrónicas son todo uno, fiscalmente hablando, con su traslado a soporte papel, en cuyo momento habría que detenerse a distinguir entre traslados hechos por notarios y traslados realizados por otros funcionarios, ya que estos últimos no son auténticas copias, según la Ley. Pero dejémoslo aquí.

e) *Sobre los testimonios electrónicos*

Una vez más hay que advertir que nos vamos a centrar en los problemas atinentes a los testimonios por exhibición, esto es, a los testimonios que reproducen, en todo, en parte o en relación, otros documentos. Y aunque parezca que tales testimonios constituyen una especie unitaria, la realidad es que son múltiples las posibilidades de testimonios por exhibición, ya que habremos de ocuparnos de los testimonios electrónicos de documentos elec-

trónicos, de los testimonios electrónicos de documentos en soporte papel, así como de los testimonios en soporte papel de documentos electrónicos.

Y en relación con dichas cuestiones, lo primero que observamos es la ausencia de normas que de modo explícito se refieran a este tipo de documentos notariales, ya que, regulándose el instrumento notarial electrónico en el artículo 17 bis de la Ley del Notariado, la Disposición Transitoria undécima de la Ley 24/2001, reduce el campo de aplicación de dicho precepto a las copias de las matrices de escrituras y actas, así como en su caso, a la reproducción de las pólizas intervenidas. Y no deja de ser curioso que el legislador no nos diga en esta Disposición Transitoria que tipo de traslado es éste en el que se reproducen las pólizas, que si no es copia en sentido estricto no puede ser otra cosa que testimonio. Lo que prueba la escasa firmeza con la que se manejan, desde el punto de vista de la técnica documental, las cuestiones relativas a los documentos electrónicos.

Pero la ausencia de normas explícitas sobre testimonios electrónicos no debe llevar a la conclusión de que se encuentran faltos de toda referencia legal, porque en realidad son muchos los preceptos que les resultan aplicables. Veamos los más señalados:

1. La Ley de Firma Electrónica 59/2003, de 19 de diciembre. De ella son de destacar los números 5 a 7 del artículo 3.

En el 5 se definen los documentos electrónicos, con términos en los que claramente encajan los posibles testimonios, ya que dice que «se considera documento electrónico el redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente».

También encaja el testimonio electrónico en el apartado a) del número 6, que considera documentos públicos los firmados por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe... notarial..., en cuyo caso se encuentran claramente nuestros testimonios.

Y por fin, el número 7 señala que los documentos del apartado anterior «tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda (*sic*) a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable». Tal remisión no hace sino aplicar la regla general contenida en el número 2 de dicha Ley de Firma Electrónica, conforme al cual las disposiciones de la misma no alteran las normas aplicables a los documentos en que consten los contratos y cualesquiera otros actos jurídicos.

2. No vamos a repetir, sólo a recordar, lo ya dicho acerca de la aplicabilidad a los testimonios electrónicos por exhibición de la regulación del artículo 17 bis de la Ley del Notariado, a pesar de que la Disposición Transitoria undécima de la Ley 24/2001 lo entienda sólo aplicable a las copias, mencionadas en paralelo con «las reproducciones de pólizas intervenidas» que la propia Ley del Notariado, en el mismo artículo 17, designa como testimonios, aunque sólo sea para distinguirlos de las copias de matrices.

3. Y si lo dicho acerca de la posibilidad actual de testimonios electrónicos no resultara convincente, donde la posibilidad está admitida más claramente aún es en el artículo 112 de la Ley 24/2001, relativo a la presentación por vía telemática de títulos en los Registros de la Propiedad, Mercantiles o de Bienes Muebles, en el que se regula la presentación por los notarios de documentos en tales Registros, señalándose en el número 1 de tal artículo que los documentos susceptibles de calificación e inscripción podrán —deberán ha traducido el Reglamento— ser presentados por vía telemática, «dejando constancia de ello en la matriz o, en su caso, en el libro indicador».

4. También es de citar la Primera Circular sobre la utilización práctica de la firma electrónica avanzada (FEAN) del Consejo General del Notariado, del año 2003, cuyo ámbito se circunscribió a las posibles remisiones de notario a notario, al Colegio Notarial respectivo o al propio Consejo General, en la que, siempre por medio del correo electrónico corporativo y debidamente firmados, se admitía la remisión de «testimonios electrónicos en los supuestos reglamentariamente previstos, previa acreditación del interés legítimo del solicitante».

Está claro que los testimonios que el notario pueda presentar en el Registro no tendrán como contenido propio un título inscribible de los mencionados por el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, porque tales títulos constarán en matrices sólo reproducibles por copias en sentido estricto, en cuanto tales títulos, pero sí pueden tener por objeto la presentación de documentos complementarios de títulos documentales ya presentados. Citemos, por ejemplo, la posibilidad de que se haya presentado copia de una escritura en la que se haga referencia a un documento complementario que no se haya incorporado a la matriz, sino que en ella se advierta que se presentará posteriormente. Nada parece oponerse a que tal documento se remita al Registro por vía telemática con firma reconocida, subsanando así la omisión padecida inicialmente. Se trata de los «testimonios independientes» que reproducen documentos complementarios y que menciona expresamente el artículo 254 del Reglamento Notarial.

Es cierto que el artículo 264 del Reglamento Notarial, en su redacción por el Real Decreto de 19 de enero de 2007, no recoge como anotable en la sección primera del Libro Indicador de testimonios, los posibles testimonios electrónicos por exhibición, aunque sí las legitimaciones de firmas electrónicas, pero, como señala, entre otras, la Resolución del Centro Directivo de 4 de junio de 2007, la falta de desarrollo reglamentario de una disposición con rango de ley no puede entenderse como impeditiva de la aplicación de esta última. Y está claro que el artículo en cuestión no se refiere al Libro-Registro de pólizas intervenidas, porque no es presumible tal error en el legislador.

5. Señala RODRÍGUEZ ADRADOS que muchos de los supuestos aludidos por el artículo 113 de la repetida Ley 24/2001 son verdaderos testimonios

notariales. Y no se refiere a los testimonios en soporte papel, sino a las comunicaciones o notificaciones electrónicas recibidas o efectuadas por los notarios. Y así hay que admitirlo, aunque precisando que gran parte de ellas no serán testimonios en sentido estricto, sino comunicaciones oficiales, comprendidas en el apartado *b)* del número 6 del artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica y en el artículo 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, sin los efectos propios del documento expedido en el ejercicio de la fe pública en sentido estricto. Aunque la verdad es que no existen grandes diferencias, si alguna, entre los efectos, desde el punto de vista probatorio, de los documentos públicos que reproducen otros originales y los documentos «oficiales» con igual función, porque los primeros, conforme al artículo 318 de la LEC, «harán prueba plena del hecho... que documenten», es decir, de la reproducción del original, de su fecha y de la identidad del fedatario, y los segundos tendrán la fuerza probatoria que establezcan las leyes que les otorguen el carácter de públicos (y no puede ser otra que la veracidad de la reproducción), y, en su defecto, se tendrán por ciertos los hechos que consten en ellos, conforme prevé el artículo 319 de la propia LEC. Pero, si no en cuanto a efectos probatorios, sí que, desde el punto de vista procedimental, existe una diferencia importante, cual es la de que mientras los testimonios habrán de reflejarse en el Libro Indicador, no sucede así con los documentos intervenidos por notario que tengan la mera consideración de «oficiales».

Luego haremos mención de las distintas posibilidades de testimonios electrónicos tomando en cuenta las diferentes posibles especies de documentos reproducidos. Características comunes a todos ellos son las siguientes:

Igualdad de naturaleza y efectos con los testimonios en papel, salvo las especialidades que a continuación se mencionan como consecuencia de entender aplicables las normas propias de las copias de matrices. Tendrán efectos probatorios y gozarán de las presunciones propias del documento público notarial: de legalidad, consecuencia del deber del notario de apreciar que el contenido del testimonio no es contrario a las leyes: de veracidad, porque mediante ellos el notario efectúa la reproducción auténtica de los documentos originales; de integridad, lo que obliga al notario, caso de testimonio parcial, a asegurarse y dar fe de que en lo omitido nada altera lo transcrito; y, por supuesto, de veracidad, esto es, de ser reproducción fiel del documento testimoniado. Y estarán sometidos al principio de rogación, que se traduce en el deber del notario de asegurarse del interés legítimo para obtenerlo del que solicita el testimonio.

Además, dada su común naturaleza con las copias de ser reproducciones de documentos originales, habremos de entender que los testimonios electrónicos sólo podrán expedirse para una finalidad determinada y su remisión a un destinatario específico cuyo oficio abarque tal finalidad y tendrán un periodo de validez de sesenta días, a contar desde su expedición.

De tales limitaciones del testimonio electrónico en relación al consignado en papel habremos de deducir también la conclusión de que la reproducción en papel de testimonio electrónico por el destinatario sólo podrá realizarse con el fin de conservar el texto del testimonio formando parte del procedimiento en el que haya surtido efecto, lo que, en el caso, del procedimiento registral significa que tal reproducción se hará para incorporar el testimonio al archivo, con la consiguiente posibilidad de certificar posteriormente el contenido del documento archivado en cuanto tal. Pero de eso ya hablaremos. Ocupémonos ahora de las clases de testimonios electrónicos.

Tales testimonios, en sentido estricto, podrán ser de documentos en soporte papel o de documentos electrónicos, pero convendrá que ante todo tratemos del traslado a papel, por los notarios, de los documentos electrónicos.

f) *Testimonios en papel de documentos electrónicos*

La reglamentación vigente se ocupa en dos ocasiones de este tipo de testimonios: en los artículos 112 de la Ley 24/2001, que señala la posibilidad de testificar en papel los notarios las notificaciones y comunicaciones que hagan o reciban, y el artículo 253 del Reglamento Notarial, que repite el precepto, aunque sin señalar el modo de almacenar en soporte informático las comunicaciones o notificaciones recibidas, según preveía dicho artículo 112, limitándose a encomendar dicha tarea a la Dirección General de los Registros y del Notariado; y en el artículo 17 bis de la Ley del Notariado y en el 224 del Reglamento Notarial, que se ocupan del traslado a papel de copias electrónicas autorizadas, realizado por el notario al que se hubiesen enviado.

Son innumerables los posibles supuestos de traslado a papel de comunicaciones o notificaciones electrónicas, tanto en el momento de su remisión como en el de su recepción, cuyos traslados son explícitamente calificados de testimonios por el Reglamento Notarial en el artículo 264, que regula su incorporación al Libro Indicador. De entre tales traslados solamente nos vamos a ocupar con cierto detenimiento de los que tienen por objeto el traslado de copias autorizadas remitidas por un notario a otro, pero no estará de más recordar algunas consideraciones generales sobre el valor y efectos de los testimonios en general, aplicables, claro está, a los que consisten en traslados a papel de comunicaciones, notificaciones y copias electrónicas, aunque respecto a éstas con muy importantes variantes.

Lo decisivo, desde este punto de vista general, es que el testimonio, siendo como son reproducciones auténticas de sus originales, no se confunden con ellos, esto es, no son como nuevos ejemplares del documento testimoniado, con idénticos efectos que el mismo, no son clones del original reproducido, lo que el Reglamento Notarial en su artículo 251 expresa dicien-

do que «el testimonio por exhibición no implica el juicio del notario sobre la autenticidad o autoría del documento testimoniado». El testimonio indica y prueba el estado del documento reproducido en el tiempo y en el lugar en que tiene efecto la reproducción, lo que no es poco, pero nada nos dice sobre el estado y valor del documento testimoniado en el futuro. Sus efectos son puntuales. Un ejemplo aclarará esta cuestión.

Centrémonos en el testimonio de traslado a soporte papel de los datos de una copia electrónica de una escritura de poder para su incorporación a otra escritura en que el apoderado haga uso de su poder. Tal testimonio en papel hará fe de que en la fecha y en el lugar en que se autoriza la copia del poder en cuestión reunía éstas u otras circunstancias. Pero en ningún caso el apoderado podrá en el futuro utilizar tal testimonio en papel como justificante de su poder, porque el testimonio no es «escritura pública», como sí lo es la copia expedida con las solemnidades y requisitos legales.

Pero el supuesto en que el traslado a papel de una copia autorizada electrónica lo realice el notario al que se le haya remitido, presenta características propias, sin dejar de ser un auténtico testimonio, que en cuanto tal tendrá la naturaleza propia de cualquier testimonio, pero con efectos muy especiales respecto a la copia reproducida, porque la copia trasladada a papel conservará su valor y efectos de tal copia, con el añadido de que, a nuestro juicio, ya no tendrá las limitaciones propias de una copia electrónica, ni por razón de la concreta finalidad para la que se expidió ni por causa de su limitada duración temporal.

Los preceptos fundamentales aplicables son los números 4 y 5 del artículo 17 bis de la Ley del Notariado y el número 4 del artículo 224 del Reglamento Notarial, que no vamos a repetir, puesto que ya fueron recogidos anteriormente. También hay que tomar en cuenta la norma que establece, para la formalización de negocios jurídicos a distancia, el artículo 111 de la Ley 24/2001, de inmediata aplicación, según la doctrina de la Dirección General del Notariado y de los Registros, sentada, entre otras, en su Resolución de 8 de octubre de 2005, en la que advierte que el supuesto de la contratación electrónica a distancia ya está contemplado por el artículo 1.262 del Código Civil en su redacción según la Disposición Adicional 4.^a de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y contratación electrónica, al señalar que «en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación», lo que lleva a la conclusión de que no hay que esperar al desarrollo reglamentario que anuncia dicho artículo 111 de la Ley 24/2001 para que sea admisible la contratación electrónica.

El hecho de que el notario destinatario de la copia autorizada electrónica expida un testimonio cuyo contenido será la propia copia recibida, que por ministerio de la ley conserva su valor y efectos propios de tal copia, da lugar

al nacimiento de un documento con doble efecto, de testimonio y de copia. Pruebas de tal duplicidad no faltan en los textos legales y en especial en el comentado artículo 224 del Reglamento Notarial, que distingue las posibles responsabilidades derivadas de la eventual falta de concordancia de la copia con su matriz, atribuida al notario remitente, y las nacidas de la no coincidencia del traslado a papel con la copia autorizada electrónica, imputada al notario autor del traslado. Lo que a primera vista parece claro y se corresponde con las normas del Código Civil y de la LEC sobre cotejo de copias y consecuencias de los posibles errores padecidos en el traslado. Pero tal claridad se enturbia bastante si caemos en la cuenta de que la probabilidad de que un traslado a papel de copia electrónica sea cotejada con ésta es escasa, si no imposible, porque la copia electrónica deja de tener validez a los sesenta días de su expedición, lo que conduce al dilema de optar entre la solución del artículo 322 de la LEC, esto es, entender que el paso a papel crea un documento público no susceptible de cotejo una vez expirado el período de validez de la copia, con lo que el traslado se hace inatacable; o inclinarse por la segunda posibilidad, consistente en cotejar el testimonio con la matriz de la copia, lo que equivale a exonerar de su posible responsabilidad al notario expedidor de la copia, caso de discrepancia del testimonio con la matriz. Pero tal vez se pueda salir del dilema en el supuesto de que en algún soporte electrónico se conserve la copia en cuestión, considerando que la pérdida de validez no conlleva la inexistencia, al menos a efectos de cotejo. Y ante tal posibilidad, sería conveniente que se previera el almacenamiento de la copia electrónica en doble soporte, al remitirla y al recibirla.

Y como salvando lo dicho sobre posibles discordancias entre los traslados a papel, las copias electrónicas trasladadas y sus originales, la regulación del tema es bastante clara en el actual Reglamento Notarial, pasamos a ocuparnos de otros posibles testimonios electrónicos.

g) *Testimonios electrónicos de documentos en soporte papel*

Se enmarca la posibilidad de expedir estos testimonios, siempre que se remitan a otros Notarios o a Registradores de la Propiedad, órganos de las Administraciones Públicas o jurisdiccional, en la regla general que para el uso de la firma electrónica por estos profesionales establece el artículo 110 de la Ley 24/2001, que, por razón de su fecha, nos habla de la firma electrónica avanzada, no de la firma electrónica reconocida introducida por la posterior Ley de Firma Electrónica, a la que hay que entender referido el precepto, que dice así:

«Utilización de la firma electrónica en el ámbito de los Notarios y Registradores de la Propiedad, Mercantiles o de Bienes Muebles.

1. Mediante el uso de la firma electrónica regulada en esta disposición podrán remitirse documentos públicos notariales, comunicaciones, partes, declaraciones y autoliquidaciones tributarias, solicitudes o certificaciones por vía electrónica por parte de un Notario o Registrador de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles, dirigidas a otro Notario o Registrador, a las Administraciones Públicas o a cualquier órgano jurisdiccional, siempre en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio.

2. Por el mismo medio seguro podrán remitirse copias simples electrónicas a las entidades y personas interesadas cuando su identidad e interés legítimo le consten al notario; de la misma forma podrán remitirse por los registradores notas simples informativas. El receptor podrá, por el mismo medio, enviar al remitente acuse de recibo y, en su caso, dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones administrativas o tributarias.

3. La firma electrónica avanzada también podrá ser empleada por Notarios y Registradores para el envío de documentos e informaciones a los particulares con el valor, efectos y requisitos que reglamentariamente se determinen».

Aunque, desde un punto de vista subjetivo, el precepto sólo se refiere a Notarios y Registradores, desde un punto de vista objetivo cabe decir que no quedan fuera del mismo ningún tipo de documentos emanados de Notarios y Registradores en ejercicio de sus respectivos cargos. No podemos por tanto detenernos en el examen de tal cúmulo de posibilidades caso por caso. Pero sí que merece la pena resaltar que el artículo, mezclados con documentos emanados de tales profesionales, incluye otros que no están en tal caso, como son «las declaraciones y autoliquidaciones tributarias».

De entre todos los supuestos de hecho en que cabe la posibilidad de su remisión, creo que el más interesante es el de que, presentada copia de una escritura en el Registro por vía electrónica, sin acreditar el cumplimiento de las obligaciones fiscales inherentes al otorgamiento a que se refiera, el notario, a requerimiento de los interesados, que han procedido a declarar o autoliquidar del impuesto devengado una copia en soporte papel de la misma escritura, comunique al Registrador el cumplimiento de sus deberes fiscales por los interesados, remitiéndole testimonio electrónico de la declaración o autoliquidación efectuada. Este sería un buen camino para resolver los muchos problemas que surgen del hecho de que la presentación de copias electrónicas en el Registro no supone un gran avance temporal en el despacho del documento, si no se acredita en breve lapso de tiempo el cumplimiento de las obligaciones fiscales, porque de tal justificación depende que el proceso de registración siga su marcha normal.

h) *Testimonios electrónicos de documentos en soporte electrónico*

El régimen general aplicable, dada la igualdad de consideración legal de los documentos electrónicos y en soporte papel, es el establecido en el artículo 110 de la Ley 24/2001, que no ha sido desarrollado por la reciente reforma del Reglamento Notarial, que sí se ocupa de la legitimación electrónica de firmas.

Suponiendo, como es nuestro caso, la aplicabilidad a los testimonios por exhibición de lo ordenado para las copias electrónicas, ocurre que no será posible la expedición de testimonios electrónicos a solicitud de los particulares para uso de éstos, ya que sólo podrán expedirse para su remisión a otro notario o a un registrador o a cualquier órgano de las Administraciones Públicas o jurisdiccional. Y, aun admitiendo la igualdad de trato con las copias, los posibles testimonios electrónicos sólo podrán expedirse respecto de documentos en soporte papel, ya que el artículo 17 bis de la Ley del Notariado reduce el campo de las copias a las escrituras matrices que no pueden estar, de momento, redactadas en soporte electrónico y la misma limitación deberemos observar en la aplicación analógica del precepto a los testimonios.

Diferente es el supuesto que regula el artículo 114 de la Ley 24/2001, que no parece referirse a los testimonios en sentido propio sino a la mera constatación fehaciente de hechos relacionados con soportes informáticos, cuya constatación dará lugar a un documento de la clase que hemos designado como «oficial», sin la eficacia probatoria de los documentos públicos en sentido estricto.

II. NATURALEZA Y EFECTOS DE LAS CERTIFICACIONES REGISTRALES, ESPECIALMENTE DE LAS NO REFERENTES A ASIENTOS DE LOS LIBROS DE INSCRIPCIONES Y DIARIO DE PRESENTACIÓN

Nota común a todas las certificaciones que puedan expedir los Registradores es la necesidad de que medie instancia de «quien, a su juicio, tenga interés conocido en averiguar el estado de inmueble o derecho real de que se trate, o en virtud de mandamiento judicial», según expresa el artículo 227 de la Ley Hipotecaria, que aclara que la instancia deberá formularse por escrito, en soporte papel o telemático y que la certificación podrá expedirse por uno u otro medio, aunque remite para el formato electrónico a lo que reglamentariamente se determine. La redacción del artículo procede de la Ley 24/2001, por lo que hay que entenderlo de pleno acuerdo con el artículo 110.1 de la propia Ley, pero hasta la fecha no se ha procedido a la regulación, vía reglamento, de las certificaciones en formato electrónico, manteniéndose la afirmación del artículo 350 del Reglamento de que «las certi-

ficaciones se extenderán en papel...». Claro es que la Dirección General, en su Resolución de 8 de octubre de 2005, sostiene que la falta de desarrollo reglamentario de un precepto legal no es impedimento para su aplicación, por lo que hay que admitir la posibilidad de remitir certificaciones por vía electrónica a los funcionarios y órganos que dicho artículo 110 de la Ley 24/2001 señala, aunque el artículo 227 de la Ley hipotecaria, integrante de la misma Ley nos remita al formato que reglamentariamente se determine.

También el artículo 342 del Reglamento Hipotecario exige «petición de los interesados» para expedir certificaciones de los documentos archivados.

a) *De las certificaciones de asientos en soporte papel*

Ya nos hemos referido a ellas en la parte introductiva de este dictamen a los dos tipos de certificaciones registrales posibles y a los distintos efectos de las certificaciones de asientos y de las restantes que el Registrador puede expedir.

En cuanto a las certificaciones de asientos conviene recordar que, al igual que las copias de escrituras públicas incorporan los efectos de estas últimas, tales certificaciones añaden a los efectos de prueba plena que les reconoce el artículo 317 de la LEC los efectos propios de la publicidad registral y señaladamente los derivados del juego del principio de legitimación registral. Los asientos del Registro se hacen presente en el tráfico jurídico por medio de la publicidad registral, en la que destaca como instrumento principal la certificación expedida por el Registrador, ajustada a la solicitud que se le formule por parte interesada. Recordemos, como caso más destacado, el párrafo tercero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, cuando dice que:

«En caso de embargo preventivo, juicio ejecutivo o vía de apremio contra bienes inmuebles o derechos reales determinados, se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos o de sus frutos, productos o rentas, en el instante en que conste en autos, por certificación del Registro de la Propiedad, que dichos bienes o derechos constan inscritos a nombre de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento...».

b) *De las restantes certificaciones en soporte papel*

Parafraseando antiguas definiciones de testimonios notariales, podemos definir estas certificaciones como «documentos expedidos por un Registrador conteniendo la reproducción total o parcial de otro u otros, respecto de los

que aquél pueda considerarse su archivero natural, y en los que la fe registral sólo ampara la fidelidad de la reproducción en sí».

En tres ocasiones menciona el legislador la posibilidad de expedir los Registradores de la Propiedad certificaciones conteniendo transcripciones de documentos distintos de los asientos registrales. Y de ellas pasamos a ocuparnos, con la obligada brevedad marcada por la finalidad de este trabajo.

1. Certificaciones de documentos archivados

Están paladinamente aludidas en el artículo 342 del Reglamento Hipotecario, ya aludido, que dice así:

«También podrán expedir los Registradores, a petición de los interesados, certificaciones de los documentos que conserven en su archivo y respecto de los cuales puedan considerarse como sus archiveros naturales».

Ya hemos mencionado anteriormente la necesidad de petición previa a la expedición y que la petición esté formulada por persona con interés bastante, a juicio del Registrador, por lo que bastará con detenernos un tanto en la cuestión de cuáles son los documentos que el Registrador puede archivar, pregunta a la que en principio responden los artículos 410 a 414, ambos inclusive, del Reglamento Hipotecario, que señalan cuantos legajos deberá formar el Registrador, cómo se forman y el régimen a que se ajustan. Y de estas cuestiones la que más nos interesa es la primera, o sea qué clase de documentos puede y debe archivar el Registrador.

El artículo 410 especifica cuatro clases de legajos que el Registrador ha de formar, con la temporalidad que, según las circunstancias de su Registro, estime conveniente: de cartas de pago (impuestos de transmisiones y sucesiones, por lo menos); de mandamientos judiciales; de documentos públicos (en sentido amplio, ya que habrá que entender incluidos los que hemos calificado de administrativos, aludidos en el art. 319 de la LEC); y de documentos privados (sobre todo instancias). Pero a estos cuatro órdenes de legajos hay que añadir otros no mencionados por el expresado artículo, como son los planos mencionados en la regla 4.^a del artículo 51 del propio Reglamento, que en opinión de GARCÍA GARCÍA deben archivar en legajo especial, además del archivo especial de documentos en soporte magnético, como las copias de planos señaladas en el artículo 3.1 del Reglamento sobre inscripción de actos de Naturaleza Urbanística.

En realidad no existen razones para entender que el Registrador tiene limitados los documentos que puede incluir en su archivo, al menos en el sentido de que tales documentos estén limitados por un *numerus clausus*

establecido por la ley. Aunque tampoco cabe entender que el Registrador pueda incluir en su archivo los documentos que su capricho le dicte. El criterio a utilizar para deslindar el arbitrio puro y duro de la utilidad de la inclusión nos lo proporciona el inciso final del artículo 342 del Reglamento cuando nos indica que los documentos que el Registrador conserve en el archivo y cuyo contenido puede certificar son aquellos «respecto de los cuales puedan considerarse como sus archiveros naturales», es decir, aquellos que guarden relación con los asientos registrales, positiva o negativamente, pues también interesará conservar prueba de documentos a cuyo contenido el Registrador haya denegado el acceso a los libros.

En cuanto a los efectos de estas certificaciones, ya dejamos claro que no pueden participar de los propios de las certificaciones de asientos registrales, que actualizan los efectos propios de la publicidad registral e incluso pueden tener asociados al hecho de su expedición efectos específicos propios, como es el caso de las certificaciones de cargas expedidas de acuerdo con el antiguo artículo 1.489 de la LEC, hoy sustituido por el 656 del mismo cuerpo legal, que ponen coto a la necesidad de notificar a los titulares registrales de derechos sobre fincas objeto de ejecución. Su eficacia probatoria será la que determina el artículo 319 de la LEC, en relación con el número 6.º del 317, ya que los Registradores están especialmente facultados para expedir estas certificaciones por el ya consignado artículo 342 del Reglamento Hipotecario. Y por tanto la certificación será prueba plena del hecho que documenta, es decir, de la fidelidad de la reproducción del documento que constituye su contenido, de su fecha y de la identidad del Registrador que la expide. Precisamente la vigencia de este último punto es la que lleva a RODRÍGUEZ ADRADOS a apuntar que no tiene justificación en los testimonios electrónicos expedidos por los notarios la necesidad de intervención de una entidad certificadora, aunque sea el Consejo General del Notariado, argumento perfectamente aplicable a las certificaciones electrónicas que puedan expedir los Registradores.

Por último es necesario volver a recordar que la finalidad del archivo registral es poder hacer presente su contenido, cuando el tráfico jurídico lo requiera, utilizando el único medio posible para ello, que no es otro que la certificación de tal contenido, ya que no tendría sentido, supuesta la necesaria petición de interesado, mantener en secreto el contenido del archivo. Volveremos sobre este punto.

2. Certificaciones del artículo 113 de la Ley 24/2001

Dispone el número 1 de dicho precepto que:

«Los notarios podrán testimoniar en soporte papel, bajo su fe, las comunicaciones o notificaciones electrónicas recibidas o efec-

tuadas, conforme a la legislación notarial. Asimismo, los Registradores de la Propiedad, Mercantiles o de Bienes Muebles podrán expedir certificaciones de las comunicaciones electrónicas que a su vez remitan o reciban, conforme a la legislación hipotecaria».

Destaquemos de momento que el «asimismo» con el que se inicia el inciso que habla de las certificaciones registrales hace que gramaticalmente se reproduzca en cuanto a las mismas la expresión «bajo su fe» que el artículo utiliza en lo referente a los testimonios notariales, lo que lleva a la conclusión de que las certificaciones son tan documentos públicos como los testimonios, sin que puedan ser etiquetadas de meros documentos «oficiales». Aunque no es mucha la diferencia que separa a los documentos públicos de los simplemente oficiales, cuando su contenido consiste en la mera reproducción de otros, ya que en ambos casos se presume la fidelidad del traslado.

Del paralelismo y consiguiente similitud de naturaleza y efectos entre estas certificaciones registrales y los testimonios notariales de que habla el propio artículo ya hemos hablado en el último epígrafe de la Introducción a este dictamen. Recordemos que tal paralelismo supone que tanto los tales testimonios como las certificaciones sean calificables de verdaderos documentos públicos, ya que sus presupuestos y finalidad son idénticos y es así aunque algún autor, como es el caso de RODRÍGUEZ ADRADOS, señale, sin argumentación que sustente su opinión, que las certificaciones son documentos «oficiales» y por tanto no públicos en sentido estricto. Y es así aunque, como acabamos de advertir, no sean muy diferentes, al menos desde el punto de vista probatorio, las consecuencias de calificar de público u oficial algún documento. En cualquier caso, téngase por reproducido lo ya dicho en el citado último epígrafe de la Introducción de este trabajo.

3. Certificaciones de copias electrónicas de escrituras remitidas para su registración

Ya hemos tenido ocasión de aludir a esta especial categoría de certificaciones, por lo que será inevitable incurrir en alguna repetición, comenzando por la transcripción del número 6 del artículo 17 bis de la Ley del Notariado, redactado por la Ley 24/2001 y del párrafo del artículo 224 del Reglamento Notarial que lo desarrolla y remacha. Y siguiendo por reiterar la extrañeza que causa la heterodoxa técnica legislativa de introducir en la Ley y Reglamento Notariales preceptos encaminados a ordenar la actuación de Registradores, Jueces y funcionarios administrativos.

Ley del Notariado.—Artículo 17 bis. 6

«También podrán los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, así como los órganos de las Administraciones Públicas y Jurisdiccionales, trasladar a soporte papel las copias autorizadas electrónicas que hubiesen recibido, a los únicos y exclusivos efectos de incorporarlas a los expedientes o archivos que correspondan por razón de su oficio en el ámbito de su respectiva competencia».

Reglamento notarial.—Artículo 224. Párrafo antepenúltimo

«De conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado, los registradores, así como los funcionarios competentes de los órganos jurisdiccionales y administrativos. Destinatarios de las copias autorizadas electrónicas notariales podrán trasladarlas a soporte papel dentro de su plazo de vigencia, a los únicos y exclusivos efectos de incorporarlas a los expedientes o archivos que correspondan por razón de su oficio en el ámbito de su respectiva competencia. Al pie del traslado a papel, dichos funcionarios deberán indicar su nombre y apellidos, cargo, fecha del traslado, número de folios que lo integran y su limitado efecto a la citada incorporación al expediente o archivo».

Habrà de tenerse también en cuenta la recomendación efectuada por el Consejo General del Notariado, en notas publicadas en el mes de julio de este año 2007, a fin de que los notarios incluyan en sus escrituras una cláusula de estilo que señale, entre otros puntos, la prohibición de trasladar a papel o reproducir el contenido de la copia a efectos fiscales u otros distintos de aquellos para los que se ha expedido y remitido.

Vamos a examinar con toda la minuciosidad posible estos textos legales, para lo que conviene comenzar por diferenciar en la medida de lo posible entre fines de hecho y efectos, distinción que no realizan tales textos legales y que, sin embargo, es preciso tomar en cuenta si se quiere hilar fino en esta materia. Porque, en nuestro caso, cuando se utiliza la expresión de que las copias autorizadas electrónicas podrán trasladarse a papel a los únicos y exclusivos efectos de incorporarlas a archivos, se está expresando un fin de hecho, que consiste en la incorporación al archivo de que se trate, pero no se está legislando sobre los efectos que la incorporación al archivo en cuestión produzca, que, como mínimo, incluirán la posibilidad de reproducción del documento archivado con efectos probatorios, a menos que sea considerado materia reservada, que no es el caso de los archivos registrales, ya que todos los documentos que componen en sentido amplio el Registro de la Propiedad tiene vocación de instrumentos de publicidad.

De lo que acabamos de decir se deduce que es correcto, en una primera aproximación, entender que la reglamentación existente prohíbe a los registradores certificar el traslado a papel de las copias autorizadas electrónicas de escrituras que les hayan sido remitidas por los notarios autorizantes o detentadores del protocolo del que forman parte, salvo con la finalidad de incorporarlas a su archivo, lo que, desde un punto de vista práctico, parece conveniente que se haga en un legajo especial. Pero la prohibición de certificar en papel el contenido de la copia se cumple al incorporar la certificación al archivo y no es operativa hasta el extremo de impedir que lo archivado sea de imposible certificación, lo que representaría una contradicción con el propio hecho de la operación de archivar, que quedaría privada de sentido. En resumidas cuentas, el mandato de que el traslado a papel por el Registrador de las copias autorizadas electrónicas de escrituras públicas, que haya recibido, sólo pueda hacerse como medio de incorporarlas al archivo del Registro, no presupone que, una vez incorporado dicho traslado, que se llame como se llame es una certificación, no se ajuste al régimen general de los documentos archivados, que no es otro que el establecido en el artículo 342 del Reglamento Hipotecario, en cuanto al medio de poder dar conocimiento de su contenido: certificación solicitada por interesado.

Cuestión que merece comentario separado, por breve que sea, es la de cuándo y en qué momento del procedimiento registral será conveniente o necesario incorporar los traslados de copias electrónicas al archivo.

A diferencia, por ejemplo, del artículo 257 de la Ley Hipotecaria, que ordena archivar uno de los ejemplares de los mandamientos judiciales que den lugar a la práctica de algún asiento, el número 6 del artículo 17 bis de la Ley del Notariado no utiliza términos imperativos, sino facultativos, que repite el artículo 224 del Reglamento Notarial. Se encomienda pues al criterio del Registrador la conveniencia o no de efectuar el traslado a papel de las copias electrónicas, por lo que habrá que examinar las posibles circunstancias de cada caso para tomar una decisión.

Quizá el supuesto que menor grado de exigencia de conservación en papel de los títulos presentados a inscripción ofrezca sea el caso de que se practiquen el o los asientos solicitados, en el que el Registrador no tiene por qué conservar traslado del documento inscrito, del mismo modo que no conserva traslado del documento en papel presentado, bastando su reseña en el asiento practicado.

Pero no ocurre lo mismo en aquellos casos en que no se accede por el Registrador a la práctica de los asientos solicitados o se suspende la calificación del título por darse el caso del artículo 255 de la Ley o, incluso, se deniega la práctica del asiento de presentación, lo que, tratándose de documentos remitidos por notario, ocurrirá raras veces.

No obstante su posible rareza, cabe la posibilidad de que alguna copia autorizada remitida al Registro esté incompleta hasta el punto de no poder acceder a su presentación, por faltar, por ejemplo, el pie de su expedición o no contener un título susceptible de registración, como por ejemplo, remitirse al Registro de la Propiedad una escritura de cese de administrador o de revocación de un poder. Habían surgido dudas acerca de si la denegación de la presentación daría lugar o no a la posibilidad de recurso gubernativo o judicial, pero tales dudas han quedado disipadas por la clara doctrina sentada al respecto por el Centro Directivo en la reciente Resolución de 4 de junio de 2007 que, al menos mientras conserve su vigencia, ordena aplicar al caso el mismo sistema de calificación y recursos establecido para los supuestos de denegación o suspensión de inscripción de los títulos presentados. Por ello habrá que dar al caso la misma respuesta que para estos últimos. Esto es, la conveniencia, si no la necesidad, de trasladar a papel el documento remitido, aunque en realidad puede que lo más conveniente sea presentar en el libro Diario el documento y calificarlo negativamente, porque el recurso por falta de presentación puede dar lugar, caso de resolverse negativamente para el Registrador, a responsabilidades por daños, ya que el o los interesados no gozan de protección alguna registral mientras se sustancia el recurso, a menos que acudan directamente a la vía judicial y anoten la demanda. Pero la utilización de esta última vía no depende del Registrador que ha denegado la práctica del asiento de presentación.

Otro de los supuestos que hemos apuntado es el de la calificación negativa del título remitido telemáticamente, después de extendido el asiento de presentación. Es el supuesto en que con más claridad se aprecia la conveniencia del traslado a papel y archivo de la copia de la escritura, de la nota de calificación y de las notificaciones de la misma practicadas en cumplimiento de lo establecido en la legislación hipotecaria. José Manuel GARCÍA GARCÍA, en la nota de pie de página número 67, comentando el artículo 410 del Reglamento Hipotecario, vigésima sexta edición de la *Legislación Hipotecaria* en la Biblioteca de Legislación publicada por Editorial Civitas, indica que «también ha de existir un legajo de notificaciones de calificaciones negativas, a efectos de acreditar que se hicieron tales notificaciones, así como el contenido de las notas de calificación, en concordancia con los artículos 19 bis, 322 y 323 de la Ley». Es curioso que tal nota no se recoge en la quinta edición de su *Código de Legislación Inmobiliaria*, editado un año después. Más interés tiene señalar que utiliza términos imperativos, y que no señala la conveniencia de archivar con los traslados a papel de la calificación y notificaciones consiguientes la copia de escritura que da lugar a ellas, ya que, aunque es improbable la existencia de diferencias entre la matriz y la copia remitida, el diablo telemático a veces enreda las cosas y no estará de más conservar el traslado a papel de la copia, sobre todo pensando que ésta deja

de tener vigencia a los sesenta días de su expedición, plazo que resultará inferior a la duración del asiento de presentación, ya que éste quedará prorrogado como consecuencia de la calificación.

Y por último nos queda por tratar el supuesto que más quebraderos de cabeza ha dado a Notarios y Registradores, esto es, la falta de justificación de cumplimiento de los deberes fiscales derivados del otorgamiento cuya copia autorizada se remite al Registro.

De los complejos problemas que en la práctica han surgido a propósito de esta cuestión, no podemos ocuparnos, sin rebasar ampliamente los límites propios de este trabajo, por lo que nos limitaremos a tratar de un par de puntos concretos, que guardan una mayor relación con nuestro tema.

Sabido es que el artículo 254 de la Ley Hipotecaria ordena que «ninguna inscripción se hará en el Registro de la Propiedad sin que se acredite previamente el pago de los impuestos establecidos o que se establecieren por las leyes, si los devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir». Y que el artículo 255 permite que se extienda el asiento de presentación, más en tal caso se suspenderá la calificación y la inscripción u operación solicitada y se devolverá el título al que lo haya presentado, a fin de que se satisfaga el impuesto. Esto es lo fundamental. El resto del supuesto se regula en el propio artículo 255 de la Ley y en el 256, así como en los concordantes del Reglamento y en los preceptos aplicables de la legislación de los Impuestos de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados y de Sucesiones y Donaciones.

Ateniéndonos a la legalidad vigente, la primera cuestión a tratar es si se aplica, o no, a las copias electrónicas no acompañadas de la justificación del cumplimiento de los deberes fiscales, el tratamiento que prescribe el dicho artículo 255 de la Ley Hipotecaria, esto es, si se suspende su calificación y se devuelve el título al presentante. Comencemos por este último punto de la devolución del título.

Físicamente no tiene sentido que el Registrador remita al Notario presentante el documento que ha recibido, pero sí que tendrá que remitirle la nota de suspensión de su calificación, nota que contendrá, a pesar de la suspensión de la calificación relativa a la práctica o no de la operación solicitada, la calificación del Registrador relativa al devengo de los impuestos aplicables, porque al mismo compete, a los exclusivos efectos de proseguir o no el procedimiento de registración, decidir si el acto en cuestión está sujeto o no a impuesto. El Centro Directivo así lo declara en su Resolución de 23 de abril de 2007, en la que incluso reconoce al Registrador la facultad de decidir si el acto que se pretende inscribir goza de exención de impuestos, lo que va más allá de la sujeción o no sujeción.

En este punto cabe plantearse la duda de si, habida cuenta de que el Notario remitente es mandatario *ex lege* y, en cuanto tal, presentante del documento, podrá el Registrador entregar al interesado, del que el notario es

mandatario, el traslado a papel efectuado, tomándolo de su archivo, ya que el artículo 19 bis de la Ley del Notariado y el 224 de su Reglamento, le prohíben el traslado a papel para fines distintos de la incorporación al archivo. Y creemos que la respuesta tiene que ser afirmativa, aunque respetando el principio de rogación. E incluso cabe entender que el Registrador, sin tomarlo de su archivo, puede devolver el título, esto es, su traslado a papel, directamente al interesado, que es mandante *ex lege* del notario remitente, a fin de que pague los impuestos que procedan, y ello porque el artículo 255 de la Ley es precepto especial, de aplicación preferente al 19 bis de la propia Ley, siendo obvio que el espíritu de dicho artículo 255 es que se devuelva el título al obligado al pago del Impuesto, que no es el Notario, ya que como mandatario *ex lege* no puede ser hecho responsable del cumplimiento de tal obligación.

No cabe ocultar el hecho de que el Consejo General del Notariado, en unas notas publicadas en el mes de julio último, entiende que sólo al notario competente corresponde el traslado de las copias electrónicas a formato papel y por lo tanto considera que los Registradores no pueden expedir certificaciones de tales copias, aunque sólo sea a efectos fiscales, recomendando a los notarios que incluyan en sus escrituras una cláusula que señale la prohibición de trasladar las copias electrónicas a papel.

La verdad es que no se comprende bien la finalidad que persigue dicha recomendación, porque no parece que los notarios deban advertir a los registradores de la existencia de deberes legales, ya que a cada uno corresponde el control de legalidad de sus propios actos. Pero, prescindiendo de esta cuestión que no ofrece mucho interés, sí conviene advertir que el Consejo General tendría razón, y además con apoyaturas explícitas en las leyes si se pretendiera que el Registrador expidiera una certificación con idénticos efectos que la copia, posibilidad que tajantemente se prohíbe, desde antiguo y que es paralela a la reserva a favor de los Registradores que hace el artículo 335 del Reglamento Hipotecario de la facultad de certificar lo que resulte de los libros del Registro. Más este no es el caso, ya que de lo que se trata es de expedir una certificación no sustitutiva de la copia que constituye su contenido, sino meramente probatoria de la existencia y vigencia de tal copia y de los términos en que está redactada. En relación con tal certificación cabe preguntarse, de un lado, si será medio adecuado para acompañar a la posible autoliquidación del impuesto devengado, por parte del interesado, y si será necesaria, o no, petición previa al Registrador.

En cuanto a la necesidad o no de petición previa y a la posibilidad misma de expedición de certificación, ya hemos hablado anteriormente, indicando que no existen dudas razonables acerca de la facultad del Registrador para certificar del contenido de su archivo, una vez incorporado al mismo el traslado a papel de la copia telemática de que se trate y mediando petición del

interesado, que será conveniente que se formalice por escrito. Esta opinión fue sustentada por el Seminario de Derecho Registral celebrado en Bilbao. Pero también hemos advertido que cabe interpretar el artículo 255 de la Ley Hipotecaria, en su aplicación, necesariamente analógica, a las copias telemáticas, respecto a la devolución del título no liquidado al presentante, en el sentido de que implícitamente indica que se le entregará por el Registrador certificación de tal copia telemática.

Respecto a la idoneidad, o no, de la certificación registral como documento probatorio del acto contenido en la copia trasladada a papel para que en base a ella se liquiden los impuestos devengados, podemos encontrar la respuesta en el artículo 106 de la Ley 58/2003, General Tributaria, ya citado al hablar de la categoría de documentos que llamamos oficiales, al principio de este trabajo, cuyo artículo nos dice que en postprocedimientos tributarios serán de aplicación las normas que sobre medios y valoración de pruebas se contienen en el Código Civil y en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. Y siendo las certificaciones registrales, sea cual sea su clase por razón de su contenido, documentos públicos en sentido estricto, en cuanto tales prueban, a efectos fiscales también, el contenido del documento que reproducen, además de su fecha, lo que nos lleva a concluir que tales certificaciones son idóneas para servir de base documental a las liquidaciones fiscales que sean procedentes.

III. CONSECUENCIAS DEL TRASLADO A PAPEL DE DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

Dado que hemos ido señalando tales consecuencias al ocuparnos del traslado a papel de las diferentes categorías de documentos electrónicos, baste con señalar que, si el traslado lo hace un Registrador, tendrá la categoría de certificación, debiendo reunir los requisitos formales de éstas por lo que resulta más bien ociosa la precisión del artículo 224 del Reglamento Notarial de que los funcionarios que hagan el traslado a papel, incluidos los Registradores, deberán indicar al pie del traslado, su nombre y apellidos, cargo, fecha del traslado, número de folios que lo integran y su limitado efecto a la incorporación al expediente o archivo. Y si el traslado lo realiza un notario tendrá la consideración de testimonio y habrá de cumplir las formalidades propias de estos documentos, sin que dicho artículo del Reglamento entienda preciso detallarlas.

Por lo que se refiere a los efectos del traslado, habrá que aplicarle los propios de los testimonios y certificaciones, esto es, harán fe de la autenticidad del propio traslado, de la fidelidad del mismo, de su fecha y del lugar en que se realiza, que son los efectos propios de testimonios y certificaciones. Y, por excepción, si el traslado de copias electrónicas autorizadas lo realiza

el Notario al que se remiten, conservarán, según expresan la Ley y el Reglamento Notariales, la autenticidad y garantía notarial de tales copias, expresión con la que se alude a que tales testimonios tendrán la consideración de copias auténticas, lo que constituye una excepción a la regla general de que los testimonios y certificaciones que no sean de asientos no se identifican con los documentos reproducidos.

Finalmente dejemos apuntado que la identificación del testimonio notarial librado por el notario al que se le haya remitido la copia, no ha de llevarse hasta el extremo de que el traslado a papel realizado por tal testimonio tenga limitados sus efectos en el tiempo a los sesenta días de validez, contados desde la fecha de expedición de las copias electrónicas.

RESUMEN

ABSTRACT

CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

ELECTRONIC CONTRACTING

En este dictamen se analizan la naturaleza y efectos de las copias de escrituras públicas, tanto en soporte papel como electrónico, y de las certificaciones registrales, consecuencias del traslado a formato papel de documentos electrónicos. Se llega a la conclusión de que aunque sólo al notario competente corresponde el traslado de las copias electrónicas a formato papel, la certificación registral de la presentación telemática de una escritura notarial en formato electrónico es idónea para servir de base documental a las liquidaciones fiscales que sean procedentes. De lo que se trata es de expedir una certificación no sustitutiva de la copia que constituye su contenido, sino meramente probatoria de la existencia y vigencia de tal copia y de los términos en que está redactada.

This opinion analyses the nature and effects of copies of notarial deeds, both those drawn up on paper and those recorded electronically, as well as the effects of the certificates registrars issue concerning electronically filed notarial documents. The conclusion is reached that, although only the competent notary should transfer electronic copies onto paper format, a registration certificate of electronic submission of a notarial deed in electronic format is an ideal documentary basis for any tax settlements. The point is to issue a certificate that does not substitute the copy concerned, but merely proves the existence and legal force of said copy and the terms in which it is drawn up.

(Trabajo recibido el 15-11-07 y aceptado para su publicación el 4-12-07)

DERECHO COMPARADO

La oficina registral, la figura del Registrador y los puntos principales del Registro de la Propiedad de Brasil, según los lineamientos de la *Declaración de Lima*

por

EDUARDO PACHECO RIBEIRO DE SOUZA

Titular do segundo Ofício de Teresópolis, Estado do Rio de Janeiro

Diretor do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, Irib.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. LA ACTUACIÓN DEL REGISTRADOR Y LA GESTIÓN DE LA OFICINA REGISTRAL:
 - a) EL REGISTRADOR COMO JURISTA.
 - b) EL REGISTRADOR ACTÚA IMPARCIALMENTE, DE FORMA INDEPENDIENTE, Y OBLIGATORIAMENTE CUANDO SU ACTIVIDAD ES ROGADA O SOLICITADA.
 - c) LAS DECISIONES DEL REGISTRADOR DEBEN ESTAR SUJETAS A UN SISTEMA DE RECURSOS RÁPIDO Y EFICAZ.
 - d) EL REGISTRADOR ES SELECCIONADO OBJETIVAMENTE.
 - e) EL REGISTRADOR ES INAMOVIBLE Y EJERCE SU FUNCIÓN DE FORMA ESTABLE.
 - f) EL REGISTRADOR ES RESPONSABLE DE SUS ACTOS Y DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS A TERCEROS.
 - g) LA GESTIÓN DE LA OFICINA CON CRITERIOS EMPRESARIALES Y LA GARANTÍA DE LA INDEPENDENCIA ECONÓMICA DEL REGISTRADOR.
3. PUNTOS PRINCIPALES DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE BRASIL:
 - a) LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1988.
 - b) NATURALEZA DE LOS SERVICIOS.
 - c) FINES DE LOS SERVICIOS.
 - d) EL INGRESO EN LA ACTIVIDAD.

- e) LOS TITULARES Y SUS PREPUESTOS.
- f) RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA, PENAL Y CIVIL.
- g) CIERRE DE LA DELEGACIÓN.
- h) EL REGISTRO DE INMUEBLES EN BRASIL.
- i) PRINCIPIOS DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.
- j) LA ETAPA ACTUAL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD BRASILEÑO.

4. CONCLUSIÓN.

ANEXO.

1. INTRODUCCIÓN

El crecimiento del sector inmobiliario puede cambiar para mejor la economía de un país. Generando empleos, moviendo considerablemente la economía, el sector eleva el producto interno bruto (PIB).

En su portada de la edición 894, año 41, número 10, del 6-6-07, titulada «LA FIEBRE DE LOS INMUEBLES», difundió la revista *Exame* que «en razón de sus muchas ramificaciones, en cualquier país, el sector inmobiliario hace el papel de locomotora, cuando anda hacia adelante, lleva a remolque varios otros segmentos». Mencionó el ejemplo español, donde el crecimiento disparado en el volumen de construcciones «fue una de las bases del milagro económico que en menos de dos décadas transformó un país periférico en una de las principales potencias de Europa». En España la relación crédito inmobiliario/PIB es del 46 por 100, mientras que en Brasil es de sólo el 2 por 100.

La continuidad del crecimiento del mercado inmobiliario exige seguridad jurídica, agilidad y rapidez.

No enfocó la materia de la revista *Exame* la seguridad jurídica y el Registro de la Propiedad, volcándose a las cuestiones económicas y financieras del mercado inmobiliario. Aunque de pasada, sin referirse expresamente al Registro de Inmuebles, citó qué mecanismos son exigidos para que el crecimiento, fundado en el crédito inmobiliario, ocurra en un ambiente de seguridad y rapidez. Podemos afirmar que resulta claro que el crecimiento del mercado inmobiliario y, por consiguiente, el crecimiento del país, dependen de mecanismos de seguridad jurídica que son proporcionados por el Registro de la Propiedad. El registro debe otorgar protección a los titulares registrales y a los terceros. Vivimos, como se puede comprobar, un importante momento para el Registro de la Propiedad, que no debe hurtarse al cumplimiento del papel a él atribuido.

América Latina debe estar preparada para absorber el crecimiento del mercado inmobiliario y, en este escenario, se presenta el Registro de la Propiedad como la institución que debe responder por las exigencias de seguridad jurídica del tráfico inmobiliario con rapidez, eficiencia y flexibilidad.

Mucho se ha debatido sobre los sistemas registrales de la propiedad, sea en ámbito mundial, sea sólo entre los países iberoamericanos. Los intercambios de conocimiento y de informaciones son constantes en la búsqueda de presupuestos básicos para los Registros de la Propiedad, que posibiliten un ambiente de seguridad jurídica en las transacciones inmobiliarias, sin olvidar la celeridad exigida por la sociedad.

Dentro de este contexto, el IRIB —Instituto de Registro Inmobiliario de Brasil— viene desarrollando un arduo trabajo con la finalidad de perfeccionar el sistema registral de la propiedad brasileño, dirigido a atender las necesidades de seguridad jurídica de las transacciones inmobiliarias, atento a las tendencias de los modernos sistemas registrales y a la necesidad de estandarización de los procedimientos en escala nacional.

Además de diversas iniciativas en Brasil, IRIB expandió sus actividades al exterior y ha traído las experiencias internacionales para el escenario interno, ahora indispensables en razón de la globalización.

Celebró diversos acuerdos con instituciones extranjeras y, en este momento, tiene el honor de hacerse representar en el Seminario titulado «El Sistema Ecuatoriano en el marco de la Registración Iberoamericana», en razón del acuerdo firmado con la Asociación de Profesionales en Estudios Registrales y Notariales, AEPERN.

En este trabajo se buscará hablar sobre la actuación del Registrador y de la gestión de la oficina registral, según los pronunciamientos de la Declaración de Lima y, después, presentar los puntos principales del Registro de la Propiedad de Brasil, con una visión panorámica, indicando las más importantes normas aplicables y tratando la naturaleza y los fines de los servicios, el ingreso en la actividad, los titulares y sus presupuestos, la responsabilidad civil y criminal, el cierre de la delegación y las características principales del Registro de la Propiedad brasileño, relacionándolo al propuesto en Lima.

Lejos de agotar tan amplia materia, busca el estudio reunir informaciones básicas que son la base para una incursión más profundizada en el tema.

2. LA ACTUACIÓN DEL REGISTRADOR Y LA GESTIÓN DE LA OFICINA REGISTRAL

La Declaración de Lima, documento aprobado en el Congreso Internacional de Derecho Registral, realizado en aquella ciudad los días 22 a 24 de mayo del corriente año, organizado por SUNARP - Superintendencia Nacional de los Registros Públicos de Perú, Colegio de Registradores de España y Universidad de Lima, con representantes de Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, España, Estados Unidos de América, El Salvador, Honduras, México, Paraguay, Perú y Venezuela, se compone de conclusiones sobre las

tendencias y características de los modernos sistemas registrales, sobre los modelos de gestión y organización de los sistemas registrales y sobre los sistemas de garantías hipotecarias y mobiliarias.

Reafirma el texto de la Declaración que el principio constitucional de la seguridad jurídica, en el ámbito del tráfico inmobiliario, debe asegurarse por la institución del Registro Inmobiliario. Para que las instituciones registrales cumplan su finalidad, y aquí nos referimos a todas, sean de Registro de la Propiedad, de bienes muebles, de personas naturales y jurídicas, de títulos y documentos, deben los Registradores atender a ciertos requisitos y gozar de ciertas prerrogativas, bien como gestionar y administrar los servicios atentos a las necesidades de la sociedad actual, siempre anhelar la seguridad jurídica de acuerdo con parámetros de la sociedad a que sirve.

En estudio intitulado «El fortalecimiento institucional de los Registros de la Propiedad», Fernando DE LA PUENTE ALFARO, Director de Relaciones Internacionales del Colegio de Registradores de España, trata con precisión la figura del Registrador como jurista, su actuación imparcial, de forma independiente, obligatoria cuando solicitada. Menciona, todavía, la forma objetiva de selección de los Registradores, su inamovilidad, estabilidad y la responsabilidad por sus actos y por los perjuicios causados a terceros. En cuanto a la oficina registral, el Registrador español afirma que la gestión debe ser empresarial y que, por tanto, debe, el oficial del Registro, tener garantizada la independencia económica.

Se nota que hay un sentido común cuanto a las directrices que deben servir de norte a los servicios registrales y sus titulares para que se atienda a su finalidad. La Declaración de Lima, en muchos puntos, ratificó lo que consta de la Declaración de Antigua, Guatemala. En La Antigua, entre los días 17 y 21 de febrero del año de 2003, se reunieron expertos en sistemas registrales en el Encuentro Iberoamericano de Sistemas Registrales, convocado por la Agencia Española de Cooperación Internacional, por la Fundación Internacional para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas, y por el Colegio de Registradores de España. Podemos afirmar, todavía, que lo que se definió sobre tendencias y características de los modernos sistemas registrales no discrepa de lo que predica el Colegio de Registradores de España, en la persona de su director de relaciones internacionales.

A principio, analizaremos la figura del Registrador. Aunque cada país parte de una realidad distinta, hay características comunes a todos ellos.

a) EL REGISTRADOR COMO JURISTA

El Doctor Fernando DE LA PUENTE ALFARO, tratando del tema, dice que «la decisión de si un derecho debe o no acceder a los libros del Registro y

obtener, así, los beneficios que éste le proporciona, es una decisión jurídica basada en el ordenamiento y en sus exigencias. Asimismo, la negativa a que un derecho acceda al Registro es una decisión jurídica y, además, precisada de especial justificación, puesto que el ciudadano debe saber cuáles han sido los motivos concretos por los que se le niega la protección del Registro y los recursos o mecanismos legales que le amparan para impugnar la decisión del Registrador». Se ve, por lo tanto, que el Registrador toma decisiones jurídicas de gran trascendencia, por lo que debe tener una formación jurídica completa con perfeccionamiento permanente.

La condición de jurista está afirmada en la primera parte del apartado a) del número 1 del ítem II de la Declaración de Lima:

«El Registrador debe ser un profesional del Derecho, dado que la evaluación que debe realizar para decidir el acceso del Derecho al Registro es una labor eminentemente jurídica...».

b) EL REGISTRADOR ACTÚA IMPARCIALMENTE, DE FORMA INDEPENDIENTE, Y OBLIGATORIAMENTE CUANDO SU ACTIVIDAD ES ROGADA O SOLICITADA

Por ejercer una función pública, el Registrador debe hacerlo de forma imparcial, sirviendo al interés público y proporcionando seguridad jurídica a los ciudadanos. Hasta cuando califica títulos de interés del Estado, debe hacerlo imparcialmente. La protección del Registro será conferida al particular o a la Administración en igualdad de condiciones, estando todos sujetos al principio de la legalidad.

Enseña el Doctor Fernando DE LA PUENTE ALFARO que «La imparcialidad del Registrador de la Propiedad es una garantía, en definitiva, del sistema de seguridad jurídica, pues al no sujetar sus decisiones más que al imperio de la Ley, dispensa un trato igualitario a todos los que reclaman su ministerio».

La independencia del Registrador es una garantía de su actuar imparcial. «El Registrador de la Propiedad debe estar libre de cualquier relación de dependencia funcional o de otro tipo con la Administración, pues de existir, surgiría de inmediato un conflicto entre su deber de obediencia jerárquica y su deber de actuar en beneficio exclusivo de la Ley. El Registrador de la Propiedad puede, por lo tanto, incluso tener la categoría de funcionario público, pero sin merma alguna de su independencia y, por lo tanto, sin relación jerárquica alguna que le imponga la obligación de inscribir o de no hacerlo» (1).

(1) Fernando DE LA PUENTE ALFARO, *El fortalecimiento institucional de los Registros de la Propiedad*.

El principio de la rogación, o de la instancia, representa que el Registrador no debe actuar de oficio, sino cuando es provocado a ello. Instado a actuar, está obligado a hacerlo. La rogación es una garantía de imparcialidad.

La imparcialidad y la independencia del Registrador están proclamadas en el apartado c) del número 1, del ítem II de la Declaración de Lima:

«El Registrador lleva a cabo su función con independencia e imparcialidad. El ejercicio de la labor de calificación se lleva a cabo teniendo como único parámetro el ordenamiento vigente. La imparcialidad debe entenderse como la falta de sujeción o vinculación con las partes y la independencia como la falta de sujeción a mandato de superior jerárquico o cualquier tercero que afecte a la libre decisión en el ámbito de la calificación, sin perjuicio de las revocaciones derivadas de procedimientos de recurso. El ordenamiento jurídico debe garantizar la imparcialidad del Registrador, impidiendo las situaciones de conflicto de intereses. El sistema debe garantizar la transparencia de la actuación del Registrador».

c) LAS DECISIONES DEL REGISTRADOR DEBEN ESTAR SUJETAS A UN SISTEMA DE RECURSOS RÁPIDO Y EFICAZ

«Para evitar equívocos, debe quedar claro, desde el primer momento, que sólo la decisión de no inscribir puede estar sujeta a recurso. El motivo para que así sea es que si el derecho ha tenido acceso al Registro está, desde ese momento, protegido por el ordenamiento jurídico y por los principios propios del sistema de Registro de derechos. La presunción de validez y eficacia que resulta del principio de legitimación registral impone que cualquiera que quiera rectificar el contenido del Registro debe interponer la correspondiente acción judicial y probar, en procedimiento contradictorio, que no se corresponde con la realidad.

Centrada pues la cuestión, se ha dicho que la actuación del Registrador implica la decisión de rechazar la inscripción de un derecho si carece de los requisitos precisos para que así sea conforme al ordenamiento jurídico. En consecuencia lógica de la independencia del Registrador para ejercer su función y actuar de forma imparcial es que sea susceptible de contradicción si no responde al interés de quien ha solicitado su actuación. El Registrador debe decidir, en soledad con absoluta imparcialidad, pero su decisión negativa a la inscripción puede ser revocada a instancia de quien tenga un interés legítimo.

(...) El ordenamiento debe proveer de un recurso rápido que rebaje al mínimo la situación de indeterminación o incertidumbre que se produce al rechazar la entrada de un derecho en el Registro. En consecuencia, el periodo

para recurrir a la decisión del Registrador debe ser reducido, como reducido debe ser el periodo concedido al órgano decisivo para que confirme o revoque aquélla (...).

Finalmente, un Estado de Derecho debe garantizar que las decisiones tomadas en el ámbito de la Administración puedan ser revisadas por los órganos jurisdiccionales. Así, si el recurso contra la decisión negativa del Registrador, se ha ventilado ante un órgano administrativo (superintendencia o similar) el ordenamiento debe proveer la posibilidad de un recurso judicial contra el mismo» (2).

d) EL REGISTRADOR ES SELECCIONADO OBJETIVAMENTE

Deben los Registradores tener competencia para, en el desarrollo de su trabajo, permitir que se alcance la finalidad de la publicidad registral. Para tanto, el proceso de selección debe buscar a las personas capacitadas para el ejercicio de la función entre licenciados en Derecho, por tratarse de actuación jurídica.

Las reglas del concurso de oposición deben ser claras, objetivas y ampliamente divulgadas en proceso democrático, que permita el acceso a todos los que cumplan los requisitos legales.

Según Fernando DE LA PUENTE ALFARO: «El Estado garantiza el principio de igualdad de oportunidades estimulando a la sociedad, pues cualquier persona que reúna los requisitos preestablecidos puede acceder al cargo de Registrador de la Propiedad». Prosigue para decir que: «Para el Registrador de la Propiedad es un motivo de orgullo indudable el hecho de ser seleccionado, pero es, además, una garantía de independencia, pues han sido sus méritos, y no cualquier relación de dependencia, los únicos llevados en consideración. Puede, así, dedicarse al servicio para que ha sido elegido con la seguridad de que le respalda el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, ejercer su función de forma imparcial, independiente y responsable».

La selección objetiva y democrática del Registrador está proclamada en el apartado b) del número 1 del ítem II de la Declaración de Lima:

«El acceso al cargo debe hacerse mediante un proceso de selección pública, objetiva y al alcance de todos los que reúnan los requisitos previamente establecidos, de modo que se cumpla el principio de idoneidad. El sistema debe proveer la capacitación continua del Registrador. El Derecho Registral debe formar parte de la enseñanza universitaria».

(2) *Op. cit.*

e) EL REGISTRADOR ES INAMOVIBLE Y EJERCE SU FUNCIÓN DE FORMA ESTABLE

La imparcialidad e independencia del Registrador no estarían aseguradas si se permitiera la remoción inmotivada del Registrador. Su inamovilidad y el ejercicio de la función de forma estable permiten que, efectivamente, actúe con imparcialidad e independencia.

El alejamiento del ejercicio de la función debe conllevar sanción basada en causa legal preestablecida, tras un procedimiento con las garantías de amplia defensa y contradictorio.

«Si objetiva ha de ser la selección del Registrador de la Propiedad, objetiva ha de ser la causa de su remoción del cargo. De otro modo, la actuación del Registrador estaría sujeta a la incertidumbre de su eventual remoción con evidente pérdida de imparcialidad e independencia, abriendo la puerta a actuaciones absolutamente rechazables» (3).

«Una vez seleccionado, y fuera de los casos de remoción del cargo por expediente sancionador, el Registrador debe prestar su servicio con carácter permanente hasta su jubilación. De otro modo, se incurren en graves contradicciones: No podemos afirmar que es precisa una formación jurídica rigurosa y especializada para el ejercicio del cargo y, a la vez, afirmar que éste tiene fecha de caducidad. La desproporción entre la inversión realizada de estudio y preparación y la temporalidad de lo conseguido es tan grande que implica una fuerte desincentivación para presentarse a la selección. La consecuencia inmediata es que se rompe la finalidad de que sean los mejores los que se presenten a la selección, pues a aquellos sencillamente no les merece la pena» (4).

Encontramos en el apartado *d)* del número 1 del ítem II de la Declaración de Lima, referencia a la inamovilidad y estabilidad del Registrador:

«El Registrador debe disfrutar de estabilidad en el cargo, lo que garantiza la especialización y capacitación continua; como lógica consecuencia, su remoción sólo puede producirse por causas objetivas y debe estar sujeta a un previo procedimiento administrativo dotado de las garantías del debido proceso».

f) EL REGISTRADOR ES RESPONSABLE DE SUS ACTOS Y DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS A TERCEROS

El sistema debe asegurar, a quien sufra cualquier perjuicio, el resarcimiento de los daños experimentados. La responsabilidad del Registrador no se limita a la esfera civil, también responderá el Registrador administrativa y criminalmente por actos que practique en desacuerdo con la ley.

(3) *Op. cit.*

(4) *Op. cit.*

La Declaración de Lima trata muy bien la cuestión de la responsabilidad civil del Registrador, mencionando todavía la conveniencia de la contratación de un seguro o adopción de sistema similar. Consta del número 4 del ítem II de la Declaración de Lima:

«Responsabilidad Civil de los Registradores, que dependiendo del tipo de sistema acogido será asumida de manera personal por el Registrador en los sistemas de autogestión o en aquellos en que el Registrador es un funcionario público o forma parte de la administración, de forma compartida en su caso. El sistema debe proveer de un seguro de responsabilidad civil, un fondo de garantía u otro sistema similar que asegure, por un lado, el normal ejercicio de la labor registral y sus efectos y, por otro, la debida satisfacción del perjudicado».

g) LA GESTIÓN DE LA OFICINA CON CRITERIOS EMPRESARIALES Y LA GARANTÍA DE LA INDEPENDENCIA ECONÓMICA DEL REGISTRADOR

Los Registradores, seleccionados objetivamente, actúan jurídicamente en el ejercicio de sus funciones y deben ser responsables, también, por la gestión administrativa de los servicios registrales. En la gestión administrativa deben actuar con criterios empresariales, atentos a las necesidades de la sociedad actual, con eficiencia, rapidez y calidad.

Para que puedan gestionar adecuadamente los servicios, el sistema debe asegurar a los Registradores independencia económica. Al recibir directamente los aranceles, quedan responsables por la contratación de personal, por la adquisición de máquinas y de programas de computación, por la buena instalación física de los servicios, en fin, por la logística de la empresa, sin depender de la ingerencia estatal que, por muchas veces, hace lentos los procesos, obsoletos e inadecuados a las exigencias de seguridad jurídica y de mercado.

Veamos lo que afirma la Declaración de Lima cuanto a la gestión de los servicios registrales y a la independencia económica de los Registradores:

Declaración de Lima, II, 3: «Manejo del Registro con criterios de gestión eficiente, lo que implica la optimización de los recursos, buscando la satisfacción máxima en el usuario del sistema, brindándole un servicio registral eficaz, para lo que deben implementarse, entre otros, mecanismos que tiendan a la reducción de plazos, a la mejora y modernización de la infraestructura y demás herramientas necesarias para el desempeño óptimo de la función registral».

Declaración de Lima, II, 2: «En lo referente al Registro, debe gozar de autonomía económica, lo que implica que el Registro cuente con recursos propios y que dichos recursos, obtenidos de los honorarios, derechos o aran-

celes que satisfacen los usuarios del sistema, sean destinados a la prestación de los servicios registrales de manera óptima, esto es, el Registro aplica los recursos con que cuenta para dotarse de los servicios humanos y materiales necesarios y especialmente para llevar a cabo la reingeniería de procesos, aplicación de últimas tecnologías y demás proyectos que propendan a mejorar y modernizar permanentemente la calidad del servicio registral».

3. PUNTOS PRINCIPALES DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE BRASIL

A continuación, presentaremos los puntos principales de la actividad registral en Brasil, en especial los relativos al ejercicio de la actividad registral inmobiliaria.

Verificaremos que el sistema registral de la propiedad brasileño es bastante seguro y cohesivo con las principales tendencias de los modernos sistemas registrales cuanto a la figura del Registrador, a las características de los sistemas y sus modelos de gestión y organización.

a) LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1988

Los constituyentes que establecieron la Constitución de Brasil de 1988 optaron por el ejercicio con carácter privado, por delegación del poder público, de las actividades extrajudiciales notariales y de registro.

El artículo 236 de la Carta Magna dispone:

«Los servicios notariales y de registro son ejercidos con carácter privado por delegación del Poder Público.

§ 1.º Una ley reglamentará las actividades, disciplinará la responsabilidad civil y criminal de los notarios, de los oficiales de registro y sus agentes, y definirá la fiscalización de sus actos por el Poder Judicial.

§ 2.º La Ley federal establecerá normas generales para fijar los aranceles relativos a los actos practicados por los servicios notariales y de registro.

§ 3.º El ingreso en la actividad notarial y de registro depende de concurso público de pruebas y títulos, no permitiéndose que ningún cargo quede vacío, sin apertura de concurso de provisión o de remoción, por más de seis meses».

Como se infiere de la legislación constitucional, los servicios notariales y de registro son públicos, pero ejercidos con carácter privado a través de delegación.

La reglamentación de la norma constitucional vino, primero, con la edición de la Ley 8.935, del 18-11-94 y, posteriormente, con la edición de la Ley 10.169, del 29-12-00.

La Ley 8.935 trata de la naturaleza y de los fines de los servicios notariales y de registro, de los titulares de los servicios y de sus agentes (escribientes y auxiliares), de las atribuciones, del ingreso en la actividad, de la responsabilidad civil y criminal, de las incompatibilidades e impedimentos, de los derechos y deberes, de las infracciones disciplinarias y de las penalidades, de la fiscalización por el Poder Judicial, de la extinción de la delegación y de la seguridad social.

A su vez, la Ley 10.169, al reglamentar el § 2.º del artículo 236, establece normas generales para fijar los aranceles.

Estableció la Constitución en el § 3.º del artículo 236, el concurso público, democrático y que prestigia la dedicación y la competencia como forma de ingreso en la actividad.

El acceso a la función de Registrador en Brasil, como se verifica, está de acuerdo con el apartado b), 1, II, de la Declaración de Lima. La exigencia del concurso público se ha alzado al nivel de norma constitucional, inalterable, por lo tanto, por ley ordinaria. Sólo una enmienda a la Constitución, cuyo proceso legislativo es mucho más riguroso, puede alejar la necesidad del concurso público.

La Ley de Registros Públicos (Ley 6.015/73) trata del Registro Civil de las Personas Naturales, del Registro Civil de las Personas Jurídicas, del Registro de Títulos y Documentos y del Registro de Inmuebles. Al Registro de Inmuebles, sin perjuicio de dispositivos de otras leyes, se aplican los artículos 167 a 288 de la Ley 6.015 (Título V del Registro de Inmuebles), y también los artículos 1.º a 28 (Título I de las Disposiciones Generales) y 289 a 299 (Título VI de las Disposiciones Finales y Transitorias), de la misma ley.

b) NATURALEZA DE LOS SERVICIOS

El Capítulo I del Título I de la Ley 8.935 trata de la «naturaleza y fines» de los servicios notariales y de registros (arts. 1.º, 3.º y 4.º, el art. 2.º ha sido vetado).

Como bien es señalado por Walter CENEVIVA (Ley de los Notarios y de los Registradores Comentada, SARAIVA, 1996), el Capítulo en mira «no trata sólo de la naturaleza jurídica de los servicios notariales y de registro, pero también de la naturaleza de sus funciones administrativas. El análisis sistemático de los cuatro artículos evidencia que el vocablo *naturaleza* se emplea en sentido amplio, como el conjunto de las calidades atribuidas a esos servicios para que realicen sus actividades. La naturaleza, así definida, abarca los servicios, considerados en sí mismos (organizados técnica y administrativamente, para prestación eficiente y adecuada) y sus responsables como delegados del Poder Público, habilitados a la plenitud y proveídos de fe pública para cumplimiento de sus tareas».

El ejercicio en carácter privado por delegación del Poder Público de los servicios notariales y registrales no les retira el carácter público y, para que alcancen sus finalidades, son delegados a profesionales del derecho dotados de *fe pública* (art. 3.º de la Ley 8.935), lo que reafirma su naturaleza. Los actos emanados de los servicios en cuestión, así como los de los demás servicios públicos (actividades propias prestadas directamente por el Estado), gozan de presunción relativa de veracidad, atributo de los actos practicados por el Poder Público.

Aquí, y una vez más, se nota que Brasil sigue la tendencia de los modernos sistemas registrales. Siendo los titulares de servicio notarial o registral profesionales del Derecho, deben tener formación jurídica, lo que está conforme con el apartado *a*), 1, II, de la Declaración de Lima. Preconiza la Declaración de Lima, también, la independencia del Registrador [apartado *c*), 1, II], reconocida por la legislación brasileña en el artículo 28 de la Ley 8.935/94.

Por lo tanto, la independencia jurídica de los Notarios y Registradores, que no es novedad en la doctrina internacional, «se ajusta, entre nosotros, al Derecho vigente: notario y oficial de registro son “profesionales del derecho, dotados de fe pública” (art. 3.º de la Ley 8.935/1994), gozando “de independencia en el ejercicio de sus atribuciones” (art. 28 de la Ley cit.)» (5).

Según afirma el Doctor Ricardo DIP (6): «Decidir qué futuro habrá para las instituciones del Registro y de las Notarías es elegir ya, como hace quien se advierte responsable por el tiempo que pasa, si esas instituciones detienen libertad jurídica para su actuación profesional. Sin esa libertad corren el riesgo de con ella morir la autonomía de voluntades y la propiedad particular. En eso hay también un riesgo de la decisión, pero ese riesgo es lo que valoriza la libertad».

c) FINES DE LOS SERVICIOS

La regla domiciliada en el artículo 1.º de la Ley 8.935/94 define como fines de los servicios notariales y registrales «garantizar la publicidad, autenticidad, seguridad y eficacia de los actos jurídicos».

La Ley de Registros Públicos (editada anteriormente —Ley 6.015/73—), también en el artículo 1.º, dispone que los servicios concernientes a los Registros Públicos son establecidos por la legislación civil para «autenticidad, seguridad y eficacia de los actos jurídicos», tratando en sus artículos 16 a 21 de la publicidad.

Editada en 1997, la ley de protesto de títulos y otros documentos de deuda (Ley 9.492), en el artículo 2.º establece que los servicios concernientes

(5) DIP, Ricardo, *Registro de Imóveis* (varios estudios), Safe, Porto Alegre, 2005.

(6) *Op. cit.*, pág. 132.

al protesto son garantizadores de autenticidad, publicidad, seguridad y eficacia de los actos jurídicos.

La publicidad, efectivamente, es el fin de todos los sistemas registrales, elemento común a todos y la razón de su existencia (7).

La seguridad jurídica completa, abarcando tanto la seguridad estática como la dinámica, debe ser el fin procurado por la publicidad registral. El titular del Derecho inscrito no puede ser privado del mismo sin su consentimiento o sin una determinación judicial (seguridad estática), y el adquirente de un derecho subjetivo inmobiliario debe estar a salvo de cualquier ataque por elementos que no conste en el registro en ocasión de la adquisición (seguridad dinámica). La seguridad en el tráfico inmobiliario, con la protección de aquellos que confiaron en el contenido de los registros, se alcanza con la publicidad registral, permitiendo potencialmente el conocimiento general de lo que se publica con efectos *erga omnes*.

d) EL INGRESO EN LA ACTIVIDAD

Como ya se ha visto, según el comando constitucional, el ingreso en la actividad notarial y de registro se da a través de concurso público de pruebas y títulos. Los concursos son realizados por el Poder Judicial, con la participación de la Orden de los Abogados de Brasil, del Ministerio Público, de un Notario y un Registrador (art. 15 de la Ley 8.935).

La obtención de la delegación depende, además de la aprobación en concurso público, del cumplimiento de los siguientes requisitos: nacionalidad brasileña, capacidad civil, cumplimiento de las obligaciones electorales y militares, título de licenciado en Derecho y verificación de conducta condigna para el ejercicio de la profesión.

El § 2.º del artículo 15 de la Ley 8.935 abre excepción al requisito del licenciado en Derecho, permitiendo que se presenten como aspirantes no licenciados «que hayan completado, hasta la fecha de la primera publicación del edicto del concurso de pruebas y títulos, 10 (diez) años de ejercicio en servicio notarial o de registro». El legislador, tras definir a los Notarios y Registradores como profesionales del Derecho (art. 3.º de la Ley 8.935), permite que alen la delegación no licenciados, exigiendo sólo la práctica en

(7) La publicidad registral, según Álvaro DELGADO SCHEELJE («La Publicidad Jurídica Registral en el Perú. Eficacia material y Principios Registrales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXV, núm. 650, Madrid, 1991), no es sólo un principio, sino que es el «objeto mismo de la función registral, la razón de ser de todo Registro Público y la base sobre la cual se apoyan todos y cada uno de los principios registrales». Miguel María DE SERPA LOPES, en el *Tratado dos Registros Públicos*, v. I, Brasília Jurídica, 1997, afirma que «el Registro Inmobiliario es un instituto nacido de la necesidad social de publicación de la transferencia de la propiedad».

el ejercicio de las funciones. Considerando que ejercen los delegatarios relevantes funciones, responsables por la calificación registral y notarial, por la instrumentación de seguridad jurídica y por la prevención de litigios, con evidente libertad de interpretar, siendo verdaderos vectores de la paz social, mejor sería no prescindir del requisito del licenciado en Derecho. La regla que lo dispensa, en homenaje a tantos que se dedicaron por largos años al servicio notarial y registral, incluso indispensables en el acto de implantación de la forma de ingreso por concurso público, debería haber sido objeto de las disposiciones transitorias como disposición de carácter temporal.

La nacionalidad brasileña exigida abarca los brasileños natos o naturalizados.

Finalizado el concurso, los aspirantes serán declarados habilitados en la rigurosa orden de clasificación y recibirán la otorga de la delegación.

e) LOS TITULARES Y SUS PRESUPUESTOS

Los titulares son notarios u oficiales de Registro o Registradores como sinónimos.

Teniendo derecho a la percepción de los aranceles integrales por los actos practicados en la oficina, es de responsabilidad exclusiva del titular la gestión administrativa y financiera de los servicios «incluso en lo que se refiere a los gastos de coste, inversión y personal, cabiéndole establecer normas, condiciones y obligaciones relativas a la atribución de funciones y de remuneración de sus presupuestos de modo a obtener a mejor calidad en la prestación de los servicios» (art. 21 de la Ley 8.935).

Se nota que la autonomía económica mencionada en la Declaración de Lima (II, 2) está asegurada tanto al Registrador cuanto al Notario por la legislación ordinaria en los artículos 21 y 28 de la Ley 8.935/94, en razón de lo afirmado en el párrafo anterior. La gestión eficiente del Registro, como preconizada por la Declaración de Lima (II, 3), está determinada en la Ley 8.935/94 cuando estipula que los servicios serán prestados de modo eficiente y adecuado (art. 4.º), que la gestión debe objetivar la mejor calidad en la prestación de los servicios (art. 21 *in fine*) y que el servicio será fiscalizado para verificación si se está prestando con rapidez, calidad satisfactoria y de modo eficiente (art. 38).

En una serventía tenemos, por lo tanto, un titular que ingresa en la actividad por concurso público y que, como profesional del Derecho que goza de independencia, es responsable no sólo por toda la organización administrativa como, y principalmente, por la interpretación jurídica. Tiene el titular independencia jurídica, como delegado de función pública que exige la formación de juicio y la toma de decisiones.

La ejecución de los servicios exige la participación de otras personas y, por tanto, pueden los delegatarios contratar empleados, con remuneración libremente ajustada y bajo el régimen de la legislación del trabajo.

Los empleados son escribientes y auxiliares y está, a criterio de cada titular, determinar el número que se debe contratar. Entre los escribientes, el Notario o Registrador elegirá a los sustitutos para, simultáneamente con el titular, practicar todos los actos que le sean propios. Entre los sustitutos, uno será designado por el titular para responder por el servicio en sus ausencias o impedimentos.

El artículo 5.º de la Ley 8.935 define cuáles son los titulares de servicios notariales y registrales: I. Notario (atribuciones y competencias definidas en los artículos 6.º y 7.º de la Ley 8.935, formalizar jurídicamente la voluntad de las partes, intervenir en los actos y negocios jurídicos a que las partes deban o quieran dar forma legal o autenticidad, autenticar hechos, expedir escrituras y poderes públicos, expedir testimonios públicos y aprobar los cerrados, expedir actas notariales, legitimar firmas y autenticar fotocopias); II. Notarios y oficiales de registro de contratos marítimos (competencia definida en el art. 10 de la Ley 8.935, sus atribuciones específicas deben ser buscadas en los principios generales de la legislación comercial, por tratar de negocios relacionados con el comercio marítimo); III. Notarios de protesto de títulos (competencia definida en el art. 11 de la Ley 8.935, estando los servicios de protesto de títulos y otros documentos de deuda reglamentados por la Ley 9.492); IV. Oficiales de Registro de Inmuebles (practican los actos previstos en Ley 6.015 —Ley de Registros Públicos— y en otros títulos aplicables al Registro de la Propiedad); V. Oficiales de registro de títulos y documentos y civiles de las personas jurídicas (practican los actos previstos en la Ley 6.015); VI. Oficiales de Registros Civiles de las personas naturales y de interdicciones y tutelas (practican los actos previstos en la Ley 6.015); VII. Oficiales de registro de distribución (competencia definida en el art. 13 de la Ley 8.935, proceder a la distribución equitativa por los servicios de la misma naturaleza, cuando previamente exigida, registrando los actos practicados; en caso contrario, registrar las comunicaciones recibidas de los órganos y servicios competentes).

Por fin, cabe señalar que, fuera del ámbito de las funciones típicas, se pueden contratar personas naturales que no sean escribientes o auxiliares e, incluso, personas jurídicas (servicios de informática, seguridad, limpieza, etc.).

f) RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA, PENAL Y CIVIL

En el ejercicio de sus funciones, en la práctica de actos propios de la oficina, pueden los titulares infringir normas civiles, penales o administrativas, pero respondiendo por las faltas practicadas.

Las infracciones disciplinarias están previstas en el artículo 31 de la Ley 8.935: inobservancia de las prescripciones legales o normativas; conducta atentatoria a las instituciones notariales y de registro; cobro indebido o excesivo de aranceles, aunque bajo la alegación de urgencia; violación del sigilo profesional e incumplimiento de cualquiera de los deberes descritos en el artículo 30 (en verdad ya prevista en el primer inciso del art. 31, inobservancia de prescripciones legales y normativas).

Practicada infracción administrativa, se sujeta el titular (y sólo él, pues los prepuestos se someten al poder de comando de los titulares) a las penas de reprehensión, multa, suspensión y pérdida de la delegación, impuestas por el Poder Judicial.

En caso de daño al usuario del servicio, surge el deber de indemnizar y, siendo la conducta sancionada por la ley penal, responde criminalmente el delegatario.

Prevé el Código Penal, en el artículo 92, I, y su párrafo único, como efecto extra-penal de la condena, la pérdida de cargo, función pública o mandato electivo. Así, el titular que practique infracción penal y sufra condena por decisión firme, podrá perder la delegación, como efecto secundario de la sentencia penal, que se deberá expresar y motivadamente declarar por el magistrado relator de la decisión. Al contrario de la obligación de indemnizar, que también proviene de la sentencia condenatoria transitada pero no necesita ser declarada por el juez, la pérdida de la delegación hay de ser expresamente mencionada. Para que suceda la pérdida de la delegación proveniente de la condena criminal, se debe aplicar pena privativa de libertad igual o superior a un año en la práctica de crímenes con abuso de poder o violación de deber para con la administración pública o superior a cuatro años en los demás casos. Por ser la infracción penal más grave que la administrativa, ya que alcanza bienes sociales de mayor relevancia, puede su práctica repercutir en la esfera administrativa, así como repercute en la esfera civil.

La responsabilidad penal debe ser individualizada. Al tratar de los derechos y garantías fundamentales, la Constitución Federal, en el artículo 5.º, XLV, dispone que «ninguna pena pasará de la persona del condenado», y en el inciso XLVI, que «la ley regulará la individualización de la pena».

El artículo 24 de la Ley 8.935 reza que la responsabilidad penal será individualizada y que se aplica a la legislación relativa a los crímenes contra la Administración Pública.

Así, si un prepuesto practica una infracción penal, sin la participación del titular, éste no responderá criminalmente. Responderá civilmente (lo que está expreso en el párrafo único del art. 24 de la Ley 8.935) y administrativamente, pero no podrá sufrir las consecuencias penales de la condena de su prepuesto.

Indiscutible, otrosí, que los delegatarios están obligados a responder por daños que ellos y sus prepuestos causen a terceros en la práctica de actos propios de la oficina (art. 22 de la Ley 8.935).

Sin embargo, tormentosa cuestión es la de la aplicación, en la hipótesis, de una responsabilidad objetiva o subjetiva del titular. La materia es, todavía, controvertida en la doctrina y jurisprudencia patrias.

También, de acuerdo con la Declaración de Lima (II, 4), prevé la legislación brasileña, expresamente, la reparación de los daños causados por los Registradores.

g) CIERRE DE LA DELEGACIÓN

Se extingue la delegación en las hipótesis descritas en el artículo 39 de la Ley 8.935: muerte del titular, jubilación facultativa, invalidez, renuncia, pérdida y descumplimiento de la gratuidad conferida por la Ley 9.534/97 (el no cobro de aranceles por el Registro Civil de nacimiento y por el asiento de óbito y por la primera certificación respectiva).

La jubilación facultativa o por invalidez sigue las normas de la legislación de la seguridad social oficial.

La pérdida de la delegación, como sanción disciplinar, depende de sentencia firme o decisión proveniente de proceso administrativo instaurado por el juicio competente, asegurado amplio derecho a la defensa (el art. 5.º, LV, de la C.F. asegura a los litigantes, en proceso judicial o administrativo, el contradictorio y la amplia defensa).

Las normas aplicables, asegurando el ejercicio estable de las funciones, y previendo una eventual punición tan sólo si no respetadas las causas objetivas, tras el debido proceso legal, con respeto al contradictorio y a la amplia defensa, reflejan en el ordenamiento jurídico brasileño el propuesto en el apartado *d*), 1, II, de la Declaración de Lima.

La extinción por el incumplimiento de la gratuidad de la Ley 9.534 (inciso VI del art. 39 de la Ley 8.935, agregado por la Ley 9.812/99) no es nada más que la pérdida de la delegación que se dará, en caso vertiente, tras la aplicación de las demás penalidades (reprehensión, multa y suspensión) y verificándose nuevo incumplimiento (§ 3.º, A y B, del art. 30 de la Ley 6.015).

Al no incluir la jubilación compulsoria en el elenco de causas extintivas de la delegación, la Ley 8.935 fomentó enorme controversia. Durante la votación del proyecto de ley, el Senador Eduardo SUPPLY presentó propuesta agregando un inciso al artículo 39 que prevé el cierre de la delegación por la compulsoria, que fue rechazada por el Congreso Nacional.

Prevista en el inciso II del § 1.º del artículo 40 de la Constitución Federal, la jubilación obligatoria alcanza a los servidores titulares de cargos efectivos

de la Unión, de los Estados y de los Municipios a los setenta años de edad. La redacción actual de la norma fue dada por la Enmienda Constitucional, número 20, del 15-12-1998. En el texto anterior no había mención a «servidores titulares de cargos efectivos», sino tan sólo a «servidor».

Antes de la Enmienda número 20, predominaba el entendimiento de que la jubilación obligatoria se aplicaba a los titulares de servicios notariales y registrales, por ejercer función pública y, por lo tanto, equiparándose a los empleados públicos para fin de jubilación.

Alterada la redacción del artículo 40 de la Constitución Federal, tuvo inicio proceso de cambio de posición en las decisiones judiciales, hoy estando asentado, tanto en el Supremo Tribunal Federal como en el Superior Tribunal de Justicia, que la jubilación obligatoria no se aplica a Notarios y Registradores, sino sólo a ocupantes de cargos efectivos de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, incluidas sus autarquías y fundaciones. Por no ocupar cargo («lugar instituido en la organización del servicio público con denominación propia, atribuciones específicas y estipendio correspondiente, para ser proveído y ejercido por un titular» - Hely Lopes Meirelles, Derecho Administrativo Brasileño, RT), no están los delegatarios sujetos a la jubilación obligatoria.

Extinta la delegación, el servicio será declarado vacante por la autoridad competente (del Poder Judicial, de acuerdo con la legislación estadual) que designará al sustituto más antiguo para responder por el expediente y abrirá concurso (que será de ingreso o de remoción, de acuerdo con el orden de vacancia y observado el criterio de relleno alternado, dos tercios partes por concurso de ingreso y una tercia parte por concurso de remoción).

h) EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN BRASIL

El Registro Inmobiliario tiene como función básica constituir el repositorio fiel de la propiedad inmueble y de los actos y negocios jurídicos referentes a ella.

Los actos del Registro, en sentido amplio, abarcan la matrícula del inmueble, los actos de Registro en sentido estricto y las anotaciones.

La matrícula fue la principal innovación de la Ley 6.015/73 en cuanto al Registro de Inmuebles. Al determinar la matrícula, caracterizando y confrontando el inmueble, pasando éste a ser el núcleo del Registro, la legislación brasileña adoptó el sistema catastral que se acerca del sistema germánico. La organización del sistema registral brasileño actual es la del folio real. Hay, en el sistema brasileño, presunción relativa del dominio de la persona a cuyo nombre está registrado el inmueble, divergiendo de la presunción absoluta que se sigue del Registro alemán. En nuestro sistema, sólo del registro To-

rrens emerge la presunción absoluta (relativo a inmuebles rurales y de poquísimos usos, por el coste y por la sistemática compleja).

El sistema de folio real está de acuerdo con el apartado b), I, 1 de la Declaración de Lima

«La necesidad de que el sistema registral adopte la técnica del folio real, que permite el mejor ordenamiento del Registro y la individualización de los contenidos registrables. El Registro debe garantizar que los derechos que publica, existen y pertenecen a su titular. La inscripción exclusivamente de aquellos aspectos que son relevantes para terceros hace innecesario el depósito o archivo de los documentos».

La apertura de la matrícula es obligatoria por ocasión de la práctica de acto de registro en sentido estricto en la vigencia de la Ley 6.015 y a la matrícula se aplica el principio de la unitariedad, por el que a cada inmueble corresponde una matrícula y por el que una misma matrícula no puede abarcar más de un inmueble. Está vedada la matrícula de parte ideal de inmueble. En el sistema anterior a la Ley 6.015 un mismo registro podría referirse a más de un inmueble o a sólo una parte ideal de un inmueble.

Los actos de registro en sentido estricto están recogidos en el artículo 167, I de la Ley 6.015, y se pueden definir como actos principales con respecto a las anotaciones y se refieren, en concepto simplificado, a las adquisiciones y gravámenes de inmuebles. Se debate la taxatividad o no del elenco del artículo 167, I. Parece que la mejor interpretación es la que defiende la taxatividad de los derechos registrables, pero no los restringe al inciso I del artículo 167, y sí a los derechos registrables fijados por ley (por la propia Ley 6.015 u otra), aunque fuera del elenco a que nos referimos. Importa que exista previsión legal de registro y que la previsión obedezca al artículo 172 de la Ley 6.015, o sea, que se trate de «títulos o actos constitutivos, declaratorios, traslativos y extintivos de derechos reales sobre inmuebles reconocidos en ley, *inter vivos* o *causa mortis*, sea para su constitución, transferencia y extinción, sea para su validez con respecto a terceros, sea para su disponibilidad». La renuncia es causa de pérdida de la propiedad y su registro se impone por fuerza del párrafo único del artículo 1.275 del Código Civil, aunque no figure en el inciso I del artículo 167 de la Ley 6.015.

En cuanto a las anotaciones, no hay que hablarse en *numerus clausus*. Meramente, a título de ejemplo, el inciso II del artículo 167 de la Ley 6.015, estando, sin duda, la posibilidad de otras anotaciones en la redacción del artículo 246 de la misma ley, al establecer que «además de los casos expresadamente indicados en el ítem II del artículo 167, serán anotadas en la matrícula las subrogaciones y otras ocurrencias que, de cualquier modo, alteren el regis-

tro». Las anotaciones son actos accesorios con respeto a los registros en sentido estricto, no alcanzando su esencia, pero alterándolos por algún modo.

i) PRINCIPIOS DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Son principios fundamentales del Registro de la Propiedad brasileño: *a)* principio de la inscripción: la constitución, transmisión, modificación o extinción de los derechos reales sobre inmuebles sólo se operan entre vivos, mediante el registro (arts. 1.227 y 1.245 del Código Civil); *b)* principio de la publicidad: abarca los principios de la legitimidad y de la fe pública, refiriéndose a la presunción de que el contenido del registro es exacto y verdadero, como consecuencia de la publicidad por él generada; *c)* principios de la presunción y de la fe pública: el registro induce la presunción legal de la validez del acto registrado, constituyendo medio decisivo de proteger las adquisiciones de carácter oneroso realizadas por terceros de buena fe que hayan confiado en los contenidos del registro; garantizan la seguridad jurídica y del comercio. Se presume que el derecho inscrito existe y pertenece al titular. «El sistema registral brasileño, técnicamente, no posee el efecto de la fe pública otorgado en el sistema español, sólo el de la legitimación como ha sido expuesto. No obstante, la gran mayoría de los actos registrados en sentido estricto es constitutiva y la adopción de ese efecto sería de suma importancia para la seguridad jurídica en Brasil» (8); *d)* principio de la especialidad o determinación: exige la individuación del que se lanza en el registro, inherente al bien objeto del derecho real sobre el que recae el negocio jurídico (especialidad objetiva); y aún en cuanto a los sujetos del registro, que deben ser perfectamente identificados (especialidad subjetiva); *e)* de la legalidad, de la legitimidad o de la calificación: consiste en la atribución otorgada al Registrador para examinar si el documento cuyo registro o anotación que le fue solicitado reúne los presupuestos legales o imprescindibles para ingresar en el registro; se trata de un juicio de valor; *f)* principio de la continuidad o del tracto sucesivo: el registro debe mantener una efectiva conexión entre los diferentes negocios modificativos de la situación jurídico-real por medio de asentamientos registrales; *g)* principio de la instancia o rogación: el procedimiento registral empieza a solicitud del interesado, no pudiendo, en principio, proceder de oficio los actos del registro (en el art. 167, II, 3, de la Ley 6.015 encontramos excepción —anotación de los nombres de las direcciones decretados por el Poder Público—); *h)* principio de la prioridad —determina la prioridad del título y ésta la preferencia de los derechos reales, siendo eficaz el registro desde el acto en que se presente el título al oficial del

(8) Marcelo Augusto SANTANA DE MELO, *Curso Anual de Derecho Registral Iberoamericano*, Córdoba, España, 2006.

registro y éste el prenotar en el protocolo (art. 1.246 del Código Civil)—
compuerta excepciones.

j) LA ETAPA ACTUAL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD BRASILEÑO

Ante los argumentos expuestos, podemos considerar el Registro de la Propiedad brasileño como involucrado en el contexto de los modernos sistemas registrales. El Registrador brasileño es profesional del Derecho; actúa de forma imparcial, independiente y sólo cuando es instado a hacerlo; el ingreso a la actividad se da por concurso público; es el Registrador responsable por los actos que practica. La cuestión de los servicios atiende al preconizado, el sistema es de folio real y hay la aplicación de los principios más relevantes—calificación, prioridad, rogación, especialidad, tracto sucesivo y publicidad, en la forma expuesta—.

Atento a la imperiosa necesidad de evolución, el legislador brasileño viene dando sucesivas muestras de reconocimiento de la importancia de los servicios notariales y registrales, en especial del Registro de la Propiedad, que camina a pasos seguros para bastarse en el ofrecimiento de seguridad jurídica a las transacciones inmobiliarias.

El Registro de la Propiedad patrio viene en creciente evolución, en lo que podríamos llamar de itinerario para la fe pública registral. Tenemos un sistema cada vez más seguro. Volviendo a 1916, por el Código Civil entonces elaborado, fue adoptado el principio de la inscripción (hay registro con efectos declaratorios, pero son excepciones); el folio real fue incorporado por la Ley 6.015/73, que mantuvo un indicador personal además del real, dando más seguridad; la Ley 8.935/94, que reglamenta el artículo 236 de la Constitución Federal, disponiendo sobre los servicios notariales y de registro, reconoce el Registrador como profesional del derecho dotado de fe pública (la calificación de los títulos presentados a registro, procedida por profesional del Derecho, no debe limitarse a la forma del título, imponiéndose la calificación cuanto al fondo); el Estatuto de la Ciudad, Ley 10.257/01 (reglamenta el art. 182 de la Constitución Federal), y la Ley 10.267/01 permitieron la institución de una política de desarrollo urbano, bien como la interconexión Catastro-Registro y el georreferenciación cuanto a los inmuebles rurales; el Código Civil de 2002 innovó, otrosí, al introducir en el párrafo único del artículo 1.242 la usucapión ordinaria con plazo reducido, valorando el Registro de la Propiedad (9); la valoración

(9) «Artículo 1.242. Adquiere también la propiedad del inmueble aquél que sigue e incontestablemente, con justo título y buena fe, el poseer por diez años. Párrafo único. Será de cinco años el plazo previsto en este artículo si el inmueble ha sido adquirido, onerosamente, con base en el Registro constante del respectivo Registro, cancelado, posteriormente, siempre que los poseedores hayan establecido su vivienda o realizado inversiones de interés social y económico».

del registro fue incrementada con la inclusión por la Ley 10.931/04 del § 5.º al artículo 214 de la Ley 6.015/73, que aleja la posibilidad de mandato de nulidad del registro cuando alcance tercero de buena fe que ya haya rellenado las condiciones de usucapión del inmueble; la posibilidad de rectificación administrativa del Registro, también en los términos de la Ley 10.931/04 (con la alteración del art. 213 de la Ley 6.015), permite mayor agilidad en la conformación de la realidad registral a la realidad física, con evidentes beneficios; la ley procesal civil viene pasando por sucesivas reformas en las que se evidencia la relevancia del registro (Leyes 8.953/94, 10.144/02 y 11.382/06), habiendo la última de ellas promovido la modificación del artículo 615-A al Código de Proceso Civil que ha permitido la llamada anotación premonitoria (relativa al simple procedimiento de ejecución).

A pesar del perfeccionamiento del sistema registral de la propiedad brasileña, el mismo aún no es completo. Mientras tanto es, verdaderamente, bastante seguro.

Efectivamente, el sistema que adopte el principio de la inscripción (o el registro obligatorio), dando visibilidad a todos los derechos reales, cargas o gravámenes referentes a un inmueble, haciéndolo además bajo el folio real, con la garantía de la prioridad (prevista aún la reserva de prioridad) y estando vigente el principio de la fe pública registral, estará apto para conferir la tan deseada seguridad estática y dinámica.

Corresponde al legislador brasileño adoptar la fe pública registral, ejerciendo una función sanadora y la reserva de prioridad (10), con lo que se alcanzaría en toda plenitud el fin de la publicidad.

(10) João Pedro LAMANA PAIVA trató el tema en el XXII Encuentro de Oficiales de Registro de la Propiedad de Brasil, en el año 1995, en la ciudad de Cuiaba, Mato Grosso, afirmando que para «dar efectiva protección a los negocios jurídicos inmobiliarios, cuando estos ya se perfeccionaron en el plano subjetivo (de la voluntad) y que se encuentran en gestación en el plano objetivo (instrumental)» el instituto de reserva de la prioridad es la solución. La certificación con reserva de prioridad garantizará «la inmutabilidad de la situación del inmueble a que se refiere y por el tiempo de ley, que aprovecha al interesado, poniéndole a resguardo de todo gravamen que suceda en el ínterin, decretando su inoponibilidad al titular de la certificación». Así expedida la certificación con reserva de prioridad, durante su plazo de validez el interesado tendría la seguridad de la inmutabilidad de la situación del inmueble. La implantación del instituto en nuestro país depende de la ley federal, pues compete a la Unión legislar privativamente sobre Registros Públicos (art. 22, XXV, de la Constitución Federal), y exige estudios detallados para que se alcance la completa seguridad después del perfecto análisis de las repercusiones de la adopción de la reserva de prioridad. Varios aspectos merecen reflexión: la prevalencia o no frente a títulos judiciales; legitimidad para requerir la certificación con reserva de prioridad; plazo adecuado de su validez (en la época de la comunicación electrónica); causas de cese de los efectos de la reserva de prioridad; forma de control de la reserva de prioridad por el Registro Inmobiliario, entre otros.

4. CONCLUSIÓN

Retomando lo que se dijo en el inicio de este trabajo, se nota que hay un sentido común en cuanto a las directrices que deben seguir los servicios registrales y sus titulares para que su finalidad sea alcanzada, o sea, para que se alcance la seguridad jurídica y, por consiguiente, ejerzan los registros sus funciones sociales y económicas.

En los locales donde esas directrices todavía están en el campo académico, se debe emprender un gran esfuerzo para que efectivamente integren el Derecho positivo.

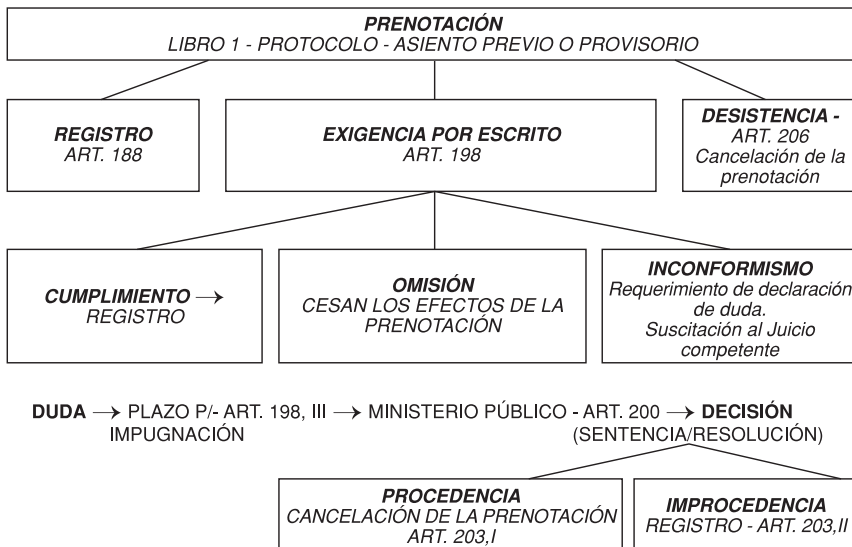
«Para lograr la plena eficacia del sistema de Registro se requiere que en cada uno de los países se establezcan políticas de Estado en materia registral, las que deben gozar de continuidad, permitiéndose, así, el acceso de todos los ciudadanos al servicio registral» (Declaración de Lima, I, 6).

ANEXO

Esquema condensado sobre el itinerario de un título en el Registro de la Propiedad, refiriéndose a los dispositivos de la Ley 6.015/73:

EL PROCESO DE REGISTRO (Capítulo III, arts. 182 a 216)

PRENOTACIÓN - CALIFICACIÓN - REGISTRO



RESUMEN

PUBLICIDAD REGISTRAL EN BRASIL

ABSTRACT

*REGISTRATION DISCLOSURE IN
BRAZIL*

*(Trabajo recibido el 17-10-07 y aceptado
para su publicación el 4-12-07)*

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL BOE

Por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 1-10-2007

(BOE 5-11-2007)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 9

LEGADO DE COSA GANANCIAL. LIQUIDACIÓN SOCIEDAD DE GANANCIALES. NOTA DE CALIFICACIÓN: NOTIFICACIÓN.

La calificación negativa ha de ser notificada por algún medio que deje constancia de dicha notificación, sin que sea apto a estos efectos el fax, ni siquiera para hacer la notificación al Notario autorizante. Para hacer la entrega de un legado de finca ganancial, hecho simultáneamente por los dos cónyuges en sus respectivos testamentos, basta la comparecencia de todos los herederos e hijos de dichos causantes, junto con el legatario, sin que sea preciso la previa y formal liquidación de la sociedad de gananciales.

Resolución de 2-10-2007

(BOE 3-11-2007)

Registro de la Propiedad de Málaga, número 8

RECTIFICACIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES. RECURSO GUBERNATIVO.

Una vez practicado un asiento, la rectificación del mismo ha de ajustarse a lo previsto en el artículo 40 de la LH, sin que el recurso gubernativo sea el cauce adecuado para tal fin.

Resolución de 3-10-2007

(BOE 7-11-2007)

Registro de la Propiedad de Olvera

EXCESOS DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

La rectificación de la cabida de una finca requiere que el Registrador no albergue dudas fundadas respecto a la identidad de la finca, es decir, que esté básicamente claro que lo que acometemos es la rectificación de un error de medición padecido al inmatricular inicialmente la finca. Es evidente que cuando la disparidad entre la superficie actualmente inscrita y el exceso declarado sea notable, surgirán dudas respecto a tal circunstancia.

Resolución de 4-10-2007

(BOE 5-11-2007)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 14

NIF DEL TITULAR REGISTRAL: RECTIFICACIÓN. RECURSO GUBERNATIVO.

La Agencia Tributaria es la competente para verificar y determinar el NIF. En consecuencia, puede solicitar del Registro la rectificación de un NIF erróneo que pudiera aparecer en una inscripción, sin necesidad del consentimiento del titular registral, ni de resolución judicial al respecto, dado que se trata de un hecho al margen de la voluntad de los interesados. Sin embargo, no puede pretender que esa rectificación se tenga en consideración cuando la aporta en el trámite de interposición de un recurso gubernativo, dado que el mismo sólo puede versar sobre los extremos objeto de la calificación impugnada.

Resolución de 5-10-2007

(BOE 6-11-2007)

Registro de la Propiedad de A Coruña, número 2

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO. SUCESIÓN HEREDITARIA: EFECTOS TRASLATIVOS.

En la inmatriculación por título público no bastan las meras sospechas del Registrador sobre la realidad del negocio jurídico que constituye el título previo para fundar su denegación. El mero hecho de que los dos títulos hayan sido otorgados el mismo día, no es en sí mismo suficiente para evidenciar tal fraude. La sucesión hereditaria, integrando delación y partición, suponen un complejo proceso que evidentemente implican la transmisión de la correspondiente titularidad individual a cada heredero.

Resolución de 5-10-2007

(BOE 6-11-2007)

Registro de la Propiedad de Olot

TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO: JUICIO DECLARATIVO. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

La reanudación del tracto sucesivo interrumpido se lleva a cabo normalmente a través de un expediente de dominio, procedimiento que tiene en

cuenta los diferentes intereses afectados y adopta las garantías necesarias al respecto. Para que el mismo objetivo se pueda conseguir a través de un procedimiento declarativo habría que dirigir el mismo contra todos los sucesivos transmitentes y adquirentes en las diversas transmisiones operadas y no inscritas. Además habrá que determinar el tipo y proporción de titularidad que en cada caso resulte de cada título traslativo.

Resolución de 6 y 15-10-2007

(BOE 8 y 20-11-2007)

Registro de la Propiedad de Estella, número 1, y Valencia, número 9

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. HERENCIA YACENTE. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

Librado mandamiento de embargo en un procedimiento seguido contra la herencia yacente integrada por los desconocidos herederos de una persona fallecida, y pretendiéndose la inscripción en el Registro, entiende la Dirección General que ello no es posible, dado que al no haberse adoptado las medidas cautelares previstas en la LEC para este tipo de situaciones, especialmente el nombramiento de un administrador que represente los intereses de esos ignorados herederos, no se ha entablado correctamente el tracto sucesivo al no haber tenido el titular registral o sus herederos la posibilidad de intervenir oportunamente en el procedimiento. Se trata de una cuestión, la del correcto llamamiento al procedimiento del titular registral o sus causahabientes a fin de evitarles la indefensión, susceptible de calificación conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 16-10-2007

(BOE 5-12-2007)

Registro de la Propiedad de Górgal

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. CADUCIDAD. CANCELACIÓN DE ANOTACIÓN PRORROGADA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000, DE 7 DE ENERO. RECURSO GUBERNATIVO: PRESENTACIÓN.

Frente al criterio aislado de la Resolución de 21 de julio de 2005, la Dirección General retorna a la doctrina sentada en la Instrucción de 12 de diciembre de 2000, luego recogida en diferentes Resoluciones, anteriores y posteriores a la ya citada de 21 de julio de 2005. De esta forma se confirma la nota de calificación del Registrador por la que éste se había opuesto a la solicitud de cancelación por caducidad de una anotación de embargo que constaba prorrogada con anterioridad a la entrada en vigor de la actual LEC. Se sostiene la plena aplicación del artículo 199.2 del Reglamento Hipotecario y se exige, para poder cancelar por caducidad la referida anotación, que se acredite que han transcurrido seis meses desde que haya recaído resolución judicial firme que ponga fin al procedimiento del que dimana la anotación. El recurso gubernativo no puede presentarse ante una oficina judicial, dado que

sólo cabe su presentación de conformidad a las normas de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Resolución de 18-10-2007

(BOE 7-12-2007)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 37

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

No cabe la presentación de un recurso gubernativo frente a una calificación positiva del Registrador. Los asientos del Registro, una vez practicados, se hallan bajo la salvaguarda de los Tribunales.

Resolución de 19-10-2007

(BOE 8-11-2007)

Registro de la Propiedad de Llerena

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. HERENCIA YACENTE. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

La doctrina según la cual librado mandamiento de embargo en un procedimiento seguido contra la herencia yacente integrada por los desconocidos herederos de una persona fallecida, y pretendiéndose la inscripción en el Registro, entiende la Dirección General que ello no es posible, dado que al no haberse adoptado las medidas cautelares previstas en la LEC para este tipo de situaciones, especialmente el nombramiento de un administrador que represente los intereses de esos ignorados herederos, no se ha entablado correctamente el tracto sucesivo al no haber tenido el titular registral o sus herederos la posibilidad de intervenir oportunamente en el procedimiento, debe matizarse en el caso de una expediente de apremio fiscal, dado que la Ley General Tributaria permite entender como representante de la herencia yacente a cualquiera de los integrantes de la misma, y consta que se ha notificado a algunos de los presuntos herederos de forma individual, sin que el Registrador haya exigido mayores acreditaciones respecto a su condición de tales herederos.

Resolución de 22-10-2007

(BOE 22-11-2007)

Registro de la Propiedad de Las Palmas, número 5

SUCESIÓN HEREDITARIA. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: ACREDITACIÓN DERECHO EXTRANJERO. AUTOCONTRATACIÓN: CONFLICTO DE INTERESES.

La ley aplicable a la sucesión hereditaria es la nacional del causante al tiempo de su fallecimiento (art. 9.8 CC). La aplicación del Derecho extranjero implica la necesidad de su acreditación por alguno de los medios previstos en el artículo 36 del RH. Existiendo una situación de autocontratación por actuar

el representante en su propio interés y en el de varios de los demás coherederos, se considera que hay conflicto de intereses, siempre que no se hagan las adjudicaciones en proindiviso y conforme al título sucesorio.

Resolución de 23-10-2007
(BOE 23-11-2007)

Registro de la Propiedad de Briviesca

EXPEDIENTE DE DOMINIO: REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO. FORMA DE LAS NOTIFICACIONES. FIRMEZA.

Tratándose de un expediente de dominio de refundación de tracto en el que la última inscripción de dominio tiene menos de treinta años de antigüedad, en principio hay que hacer las notificaciones personalmente, a menos que se acredite que tal exigencia carece de sentido, como por ejemplo, en los casos de sociedades disueltas o personas físicas ya fallecidas. Es necesario que se acredite la firmeza del Auto.

Resolución de 24-10-2007
(BOE 20-11-2007)

Registro de la Propiedad de Granadilla de Abona

SUCESIÓN HEREDITARIA. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: REENVÍO A LA LEY ESPAÑOLA.

La ley aplicable a la sucesión hereditaria es la nacional del causante al tiempo de su fallecimiento (art. 9.8 CC). Sin embargo, tratándose de una causante inglés, dado que dicha legislación prevé que para los bienes inmuebles del fallecido se aplica la ley del lugar donde se encuentren, ha de aplicarse el sistema de reenvío a la ley española (art. 12.2 CC) y considerar correcta la sucesión ordenada por el causante en testamento otorgado ante Notario español, referida a los inmuebles sitos en España.

Resolución de 25-10-2007
(BOE 23-11-2007)

Registro de la Propiedad de Mora de Rubielos

BIENES PRIVATIVOS: ACREDITACIÓN. CALIFICACIÓN REGISTRAL: FORMA Y ÁMBITO.

La constancia registral del carácter privativo de un bien adquirido por una persona casada en régimen de gananciales requiere cumplida demostración, mediante prueba documental pública, de que el precio o contraprestación satisfecha tiene ese mismo carácter. No se da tal circunstancia cuando se pretende acreditar ese extremo mediante certificados bancarios de movimientos en una cuenta de la que es titular el cónyuge adquirente, certificados que no aclaran suficientemente la procedencia de los saldos de dicha cuenta. La nota de calificación ha de estar suficientemente motivada. El Registrador no

goza en el proceso de calificación de las potestades de apreciación contradictoria de las pruebas que sí que están atribuidas al Juez.

Resolución de 26-10-2007

(BOE 23-11-2007)

Registro de la Propiedad de Aranjuez

CONDICIÓN RESOLUTORIA. CANCELACIÓN EN CASO DE PRESCRIPCIÓN. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

No cabe la cancelación de una condición resolutoria inscrita en garantía de un precio aplazado, alegando la prescripción de la acción personal para reclamarlo al amparo del artículo 82, párrafo quinto, de la LH, dado que en la inscripción no aparece el plazo de vencimiento.

Resolución de 27-10-2007

(BOE 23-11-2007)

Registro de la Propiedad de Getafe, número 2

BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES. PATRIMONIO MUNICIPAL DEL SUELO. DERECHO DE SUPERFICIE. CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS.

La calificación registral de documentos administrativos se extiende a la omisión de trámites esenciales del procedimiento. Pero tal omisión ha de ser ostensible y de aspectos esenciales de dicho procedimiento. Lo que no es posible calificar es la elección realizada por la Administración al optar por ese procedimiento en cuestión. Los actos de disposición sobre bienes integrantes del patrimonio municipal del suelo se someten a lo establecido en la legislación urbanística. De acuerdo con ella no es posible la constitución y adjudicación directa y sin licitación de un derecho de superficie si la misma no se verifica a una Administración o a entidades a ella adscritas.

Resolución de 29, 30 y 31-10, 2 y 3, 7, 12, 13, 14, 15 y 16-11-2007

(BOE 20 y 23-11-2007, y 3, 4, 5, 6, 13 y 14-12-2007)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 19; Valladolid, número 6, y Madrid, número 29

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: FORMA DE ACREDITARLA. JUICIO DE SUFICIENCIA NOTARIAL. CARÁCTER VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN.

Si el Notario ha hecho el pertinente juicio de suficiencia del ámbito de las facultades representativas de un apoderado de una sociedad, en tanto el mismo goza del mismo valor que el que el Notario emite respecto a la capacidad natural de los comparecientes, no puede el Registrador revisar el citado juicio. El Registrador sólo califica la congruencia del juicio de suficiencia notarial con el contenido de la escritura otorgada, no de ésta con el poder en sí. El

Notario, a través de su intervención, no sólo tutela los intereses de las partes, sino que también protege los de los terceros en el tráfico. Los Registradores han de respetar el carácter vinculante de las Resoluciones de la Dirección General en los términos establecidos en la Legislación Hipotecaria.

Resolución de 5-11-2007

(BOE 23-11-2007)

Registro de la Propiedad de Totana

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA. HERENCIA YACENTE. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

Librado mandamiento de demanda en un procedimiento seguido contra la herencia yacente integrada por los desconocidos herederos de una persona fallecida, y pretendiéndose la inscripción en el Registro, entiende la Dirección General que ello no es posible, dado que al no haberse adoptado las medidas cautelares previstas en la LEC para este tipo de situaciones, especialmente el nombramiento de un administrador que represente los intereses de esos ignorados herederos, no se ha entablado correctamente el tracto sucesivo al no haber tenido el titular registral o sus herederos la posibilidad de intervenir oportunamente en el procedimiento. Se trata de una cuestión, la del correcto llamamiento al procedimiento del titular registral o sus causahabientes, a fin de evitarles la indefensión, susceptible de calificación conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 6-11-2007

(BOE 23-11-2007)

Registro de la Propiedad de Eibar

REPRESENTACIÓN ORGÁNICA. JUICIO DE SUFICIENCIA NOTARIAL: REQUISITOS.

La técnica prevista en el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, se aplica también a la representación orgánica. El juicio de suficiencia notarial, en tanto goza del mismo valor que el que el Notario emite respecto a la capacidad natural de los comparecientes, no puede el Registrador revisar el citado juicio. El Registrador sólo califica la congruencia del juicio de suficiencia notarial con el contenido de la escritura otorgada, no de ésta con el poder en sí. Pero dicho juicio ha de hacerse con la debida precisión y con referencia la copia auténtica de los Estatutos sociales de los que derivan las facultades del administrador, que el Notario ha de manifestar con claridad haber tenido a la vista. Tal omisión no puede subsanarse aportando al Registrador la mencionada copia, dado que no compete a dicho funcionario calificar la suficiencia de la representación alegada.

Resolución de 13-11-2007

(BOE 30-11-2007)

Registro de la Propiedad de Lora del Río

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO: CARÁCTER VINCULANTE. CALIFICACIÓN REGISTRAL: REQUISITOS.

La falta de inscripción en el Registro Mercantil del poder otorgado por una sociedad mercantil, aun siendo ésta obligatoria, no vicia el acto realizado por el apoderado, ni constituye un obstáculo para la inscripción de dicho acto en el Registro de la Propiedad. Las Resoluciones del Centro Directivo tienen carácter vinculante para todos los Registradores. La calificación ha de estar suficientemente fundamentada y ha de ser notificada en forma al Notario autorizante.

Resolución de 13-11-2007

(BOE 30-11-2007)

Registro de la Propiedad de Marbella, número 3, y Segovia, número 3

REPRESENTACIÓN ORGÁNICA: INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO: CARÁCTER VINCULANTE.

La falta de inscripción del cargo de administrador en el Registro Mercantil, aun siendo ésta obligatoria, no vicia el acto realizado por el mismo, ni constituye un obstáculo para la inscripción de dicho acto en el Registro de la Propiedad. Las Resoluciones del Centro Directivo tienen carácter vinculante para todos los Registradores.

Resolución de 16-11-2007

(BOE 7-12-2007)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 35-I

REPRESENTACIÓN ORGÁNICA: ÁMBITO DE REPRESENTACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES. ACREDITACIÓN EN LA ESCRITURA PÚBLICA.

El poder de representación de los administradores se extiende a todos los actos, salvo a los que sean contradictorios con el objeto social. Por otro lado, la apreciación de este extremo es muy difícil de hacer a priori. Todo ello, además, sin perjuicio de que la aplicación del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, implica atribuir en exclusiva al Notario la apreciación de la suficiencia de las facultades representativas.

Resolución de 17-11-2007

(BOE 18-12-2007)

Registro de la Propiedad de Ribadeo

OBRA NUEVA: SEGURO DECENAL EN CASO DE AMPLIACIÓN DE EDIFICIO.

Tratándose de un caso de reforma de un edificio y ampliación en parte de la obra antes construida, habiendo sido solicitada la licencia de ampliación

tras la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación, sería exigible el seguro decenal, salvo que, como ocurre en este caso, la reforma sólo afecte a los garajes y no se modifique la habitabilidad de las viviendas.

Resolución de 19-11-2007
(BOE 18-12-2007)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 9

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. PARTICIÓN DE HERENCIA: PREVIA LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES. NOTA DE CALIFICACIÓN: NOTIFICACIÓN.

La calificación negativa ha de ser notificada por algún medio que deje constancia de dicha notificación, sin que sea apto a estos efectos el fax, ni siquiera para hacer la notificación al Notario autorizante. Concurriendo a la partición de herencia los tres únicos hijos y herederos de un matrimonio, y siendo el único bien una finca ganancial de los causantes, es inscribible la directa adjudicación de la finca a los tres herederos por partes iguales, sin necesidad de realizar una previa formal liquidación de la sociedad de gananciales.

Resolución de 20-11-2007
(BOE 18-12-2007)

Registro de la Propiedad de Zamora, número 1

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. HERENCIA YACENTE. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES. REBELDÍA.

Obtenida una resolución judicial por la que se reconoce haber adquirido por usucapión una finca, en un procedimiento seguido contra la herencia yacente integrada por los desconocidos herederos de una persona fallecida, y pretendiéndose la inscripción en el Registro, entiende la Dirección General que ello no es posible, dado que al no haberse adoptado las medidas cautelares previstas en la LEC para este tipo de situaciones, especialmente el nombramiento de un administrador que represente los intereses de esos ignorados herederos, no se ha entablado correctamente el tracto sucesivo al no haber tenido el titular registral o sus herederos la posibilidad de intervenir oportunamente en el procedimiento. Se trata de una cuestión, la del correcto llamamiento al procedimiento del titular registral o sus causahabientes a fin de evitarles la indefensión, susceptible de calificación conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Se entiende igualmente que han de transcurrir los plazos máximos previstos en el artículo 502 de la LEC para la inscripción de una sentencia dictada en rebeldía.

Resolución de 21-11-2007
(BOE 19-12-2007)

Registro de la Propiedad de Lerma

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO.

Es inscribible el auto que resuelve un expediente de dominio para la reanudación del tracto, si el Juez declara acreditado el dominio a favor de los promotores, con remisión en buena parte del contenido sustantivo a la escritura por la que los mismos adquirieron su derecho.

Resolución de 23-11-2007

(BOE 19-12-2007)

Registro de la Propiedad de Orihuela, número 1

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

No cabe la presentación de un recurso gubernativo para discutir la validez de un asiento registral. Los asientos del Registro, una vez practicados, se hallan bajo la salvaguarda de los Tribunales.

Resolución de 28-11-2007

(BOE 19-12-2007)

Registro de la Propiedad de Castellón de la Plana, número 2

CONCURSO DE ACREEDORES: EJECUCIÓN HIPOTECARIA. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

La paralización de ejecuciones hipotecarias de bienes del concursado, prevista en el artículo 56 de la Ley Concursal, ha de interpretarse de forma restrictiva. En todo caso no se verán afectadas ejecuciones en las que el anuncio de la subasta estuviera ya publicado al tiempo de la declaración del concurso. La apreciación de si los bienes objeto de la ejecución están o no afectos a la actividad empresarial del concursado, corresponde en exclusiva al Juez, sin que la calificación registral pueda alcanzar a tales extremos.

Resolución de 29-11-2007

(BOE 19-12-2007)

Registro de la Propiedad de Olmedo

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. TITULARIDAD *OB REM*.

Constituyéndose hipoteca sobre una vivienda, se entiende necesariamente hipotecada la participación indivisa que se halla vinculada por titularidad *ob rem* con la misma. Basta con remitirse en la parte dispositiva de la escritura a la finca descrita en la parte expositiva.

Resolución de 10-12-2007

(BOE 31-12-2007)

Resolución por la que se publica la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, que confirma la sentencia del Juzgado de lo Mercantil, núme-

ro 4 de Barcelona, que declaró la nulidad de la Resolución de la DGRN de 20 de julio de 2004.

Resolución de 10-12-2007
(BOE 31-12-2007)

Resolución por la que se publica la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, que revoca la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Valladolid, que declaró la nulidad de la Resolución de la DGRN de 20 de enero de 2005.

Resolución de 10-12-2007
(BOE 31-12-2007)

Resolución por la que se publica la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, que revoca la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 5 de Valladolid, que declaró la nulidad de la Resolución de la DGRN de 22 de enero de 2005.

Registro Mercantil

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 3-10-2007
(BOE 19-11-2007)
Registro Mercantil de Madrid, número IV

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. PLAZO.

Reitera la doctrina de las últimas Resoluciones sobre este tema en el sentido de que el plazo de un mes que fija el artículo 97 de la LSA se cumple en igual fecha del mes correspondiente.

Resolución de 4-10-2007
(BOE 7-11-2007)
R. M. de Granada

CIERRE REGISTRAL. BAJA EN EL ÍNDICE DE ENTIDADES DE HACIENDA.

No cabe inscribir la renuncia del administrador cuando en la hoja abierta a la sociedad consta nota de haber sido dada de baja en el índice de entidades. La justificación de esta norma, según la resolución, radica en que se ha producido un incumplimiento de obligaciones fiscales de las que puede responder el administrador, por lo que no debe facilitarse su desvinculación de la sociedad frente a terceros.

Resolución de 15-10-2007

(BOE 20-11-2007)

Registro Mercantil de Valencia, número III

RECURSO GUBERNATIVO. ADMINISTRADORES. APODERAMIENTO. AUTOCONTRATACIÓN.

La subsanación de los defectos indicados por el Registrador no impide, a cualquiera de los legitimados, incluso el que subsanó el defecto, la interposición del recurso.

No existe incompatibilidad que afecte al apoderado voluntario de la sociedad para ser designado posteriormente administrador único. No es asimilable este supuesto al del administrador único que se confiere poder a sí mismo, caso en el que la Dirección General resolvió que no cabía practicar la inscripción.

Resolución de 8-11-2007

(BOE 13-12-2007)

Registro Mercantil de Barcelona, número XII

CUENTAS ANUALES. AUDITOR.

No puede tenerse por efectuado el depósito de las cuentas anuales de una sociedad si no se presenta el correspondiente informe del auditor cuando en una sociedad no obligada a verificación contable se hubiese solicitado por socios minoritarios el nombramiento por el Registrador. Y ello aunque el nombramiento aún no sea firme ni aunque se hubiesen aprobado las cuentas con anterioridad, puesto que si la petición de auditoría finalmente prosperase, dichas cuentas deberían aprobarse nuevamente y presentarse junto con el informe del auditor designado.

Resolución de 26-11-2007

(BOE 19-12-2007)

Registro Mercantil de Sevilla, número I

JUNTA GENERAL. CONSTITUCIÓN.

No puede entender el Registrador que la Presidenta de la Junta haya actuado incorrectamente al admitir la titularidad de las acciones de los socios asistentes, aún cuando no figuren anotados en el Libro de Socios, si bien queda a salvo el derecho de cualquier interesado a impugnar judicialmente dicha apreciación.

Tampoco puede apreciar el Registrador la posible vulneración de los derechos de adquisición preferente en las transmisiones de acciones que resultan de documentos incorporados al título presentado, puesto que dichas transmisiones no son objeto de la inscripción a practicar, sin perjuicio también de la posible impugnación judicial.

ANÁLISIS CRÍTICO
DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

LA TRANSEXUALIDAD Y EL CAMBIO DE LA MENCIÓN DE SEXO Y DE NOMBRE (STS DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2007) (1)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora contratada doctora
Derecho Civil UCM*

I. INTRODUCCIÓN. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR A LA LEY DE 2007

La cuestión objeto de estudio en las siguientes páginas ha sido objeto de estudio en varias sentencias y en Resoluciones de la DGRN. Jurisprudencia que marcaba la pauta en torno a la necesidad de la reasignación sexual quirúrgica como requisito para autorizar la rectificación registral de nombre y sexo (2).

La primera de las sentencias que abordó el problema fue la conocida STS de 2 de julio de 1987 (3), que marcó un hito al declarar *la posibilidad de acceder al Registro Civil la rectificación del sexo de una persona*.

El TS, en dicha sentencia, mantuvo el derecho primigenio de cambiar el nombre de varón por el de hembra, pues el operado transexualmente no pasa a ser hembra sino que se le ha de tener por tal, declara, sin embargo, que tal modificación registral no supone una equiparación absoluta con la de sexo femenino para realizar determinados actos o negocios jurídicos, toda vez que cada uno de éstos exigiría la plena capacidad y aptitud en cada supuesto.

Estas afirmaciones conllevan la *limitación de efectos jurídicos de la rectificación registral de sexo al mero cambio de nombre*, prohibiendo que el transexual, en su nuevo sexo, pudiera realizar los actos propios del mismo, como

(1) Ponente: Luis Vicente MONTES PENADÉS. Rectificación registral de nombre y sexo formulada por un varón que no se había operado para reasignar su sexo.

(2) Vid. DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I., «Situación actual y efectos registrales del matrimonio civil de transexuales (Evolución de la doctrina de la DGRN)», en *Libro Homenaje a Manuel Amorós Guardiola*, Centro de Estudios, Madrid, 2006, págs. 1627 a 1651.

sería contraer matrimonio con persona de distinto sexo legal, aunque dejando sin aclarar si puede continuar realizando actos o negocios jurídicos de su antiguo sexo registral (si es transexual masculino: casarse con otra persona de sexo femenino, adoptar como hombre, participar en competiciones federadas para hombres...).

De esta manera el juzgador de esta época posibilitaba la adaptación a la realidad —acorde a la nueva anatomía— como es el cambio de nombre tras la operación quirúrgica preceptiva.

Posteriormente, en la STS de 15 de julio de 1988 (4), el Juzgador se basó en el artículo 10 CE y en la constatación al derecho del libre desarrollo de la personalidad para conceder *el derecho a la rectificación registral, pero sin restringir el alcance del cambio*. De manera que en el fallo únicamente se ordena *la rectificación de la inscripción de nacimiento con la modificación del sexo* (existía operación quirúrgica previa con cambio de sexo incluido) pero *sin que se haga mención alguna* a la nulidad de un futuro matrimonio del transexual.

La STS de 3 de marzo de 1989 (5) tras fundamentar el derecho al cambio del sexo del transexual *acude a la necesidad de que sea una norma legal* la que disponga la extensión de los efectos a producir por los cambios de sexo judicialmente acordados.

La STS de 19 de abril de 1991 (6) se sitúa en la misma línea que la de 1987, y señala que la «rectificación registral no supone una equiparación absoluta con la del sexo femenino para determinados actos o negocios jurídicos, especialmente contraer matrimonio como tal transexual, toda vez que cada uno de éstos exigiría la plena capacidad y aptitud en cada supuesto» [FD III d)].

La STS de 15 de julio de 1998 se refería a otro varón cuya apariencia femenina calificaba de completa, por haber suprimido quirúrgicamente los atributos de su sexo genético o cromosómico.

En la STS de 6 de septiembre de 2002 (7) únicamente se solicita el cambio del sexo en el Registro Civil, ni siquiera se alude a la cuestión más trascendental como puede ser la de matrimonio.

(3) STS de 2 de julio de 1987. LA LEY JURIS: 12423-JF/0000. Ponente: JUAN LA-TOUR BROTONS. La sentencia de 2 de julio de 1987 indicaba que el postulante «había extirpado y suprimido sus caracteres primarios y secundarios (de varón) y presentaba vagina artificial reconstruida».

(4) STS de 15 de julio de 1988. LA LEY JURIS: 3278-JF/0000. Ponente: MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano.

(5) STS de 3 de marzo de 1989 (LA LEY JURIS: 153535-JF/0000).

(6) STS de 19 de abril de 1991. LA LEY JURIS: 2010-JF/0000. Ponente: SANTOS BRIZ, Jaime. Sentencia que tomaba en consideración que el recurrente se había sometido a operación quirúrgica de vaginoplastia.

(7) STS de 6 de septiembre de 2002. LA LEY JURIS: 7678/2002. Ponente: ROMERO LORENZO, Antonio. Sentencia que no accede al cambio solicitado (de mujer a varón, en el caso) porque el solicitante «ha llevado a cabo únicamente uno de los tres pasos o gestos quirúrgicos secuenciales del proceso de reasignación sexual según se describen en el informe elaborado en noviembre de 2001 por el panel de expertos sobre identidad de género que ha coordinado la Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias del Instituto de Salud Carlos III del Ministerio de Sanidad y Consumo, respondiendo a la moción del Pleno del Senado que instaba al Gobierno a elaborar un protocolo que contemplase actuaciones homogéneas sobre intervención a personas transexuales», ya que no se había llegado, en el caso, ni a la resección del útero y los ovarios, ni a la reconstrucción del pene.

No obstante esta situación existían algunas decisiones judiciales, no revisadas por la Sala primera del Tribunal Supremo que *habían ya admitido un cambio de sexo sin llegar a realizarse una cirugía de reasignación* (8).

Por su parte, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (8 y 31 de enero de 2001) en tema de autorización para el matrimonio por parte de transexuales, y desde luego antes de la vigencia de la Ley 13/2005, de 1 de julio, así como la Nota doctrinal de 21 de marzo de 2001, habían de tomar también como referencia los supuestos de transexuales que, para adecuar su sexo biológico y anatómico a su comportamiento sexual psíquico y social «han sufrido una intervención quirúrgica de cirugía transexual y a continuación han obtenido sentencia firme» sobre cambio de sexo.

En resumen, podemos señalar que hasta este momento la jurisprudencia del Tribunal Supremo exigía el cambio o *reasignación del sexo* que debía, además ser total, esto es, ha de cumplirse la totalidad de las etapas que suponen el cambio de sexo. Esto significaba la necesidad de que el solicitante se hubiera sometido a los tratamientos hormonales y quirúrgicos precisos para la supresión de sus caracteres sexuales secundarios y primarios, y la dotación de órganos sexuales semejantes, al menos en apariencia, a los correspondientes al sexo que emocionalmente siente como propio.

De ahí que se posibilite el cambio del nombre y la rectificación registral por ajuste con la realidad notoria.

II. LA NUEVA LEY 3/2007, DE 15 DE MARZO, DE RECTIFICACIÓN REGISTRAL DE LA MENCIÓN RELATIVA AL SEXO DE LAS PERSONAS

En este estado de cosas se publica la Ley de 15 de marzo de 2007, de rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

Ley que tiene por objeto —según su exposición de motivos— regular los requisitos necesarios para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo de una persona en el Registro Civil, cuando dicha inscripción no se corresponde con su verdadera identidad de género, contemplándose también el cambio del nombre propio para que no resulte discordante con el sexo reclamado.

III. LA LEY Y LA VULNERACIÓN DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Pero tras la publicación de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, a la que se ha de dar valor como ampliación del ámbito de libre desarrollo de la personali-

(8) Supuesto del caso de un cambio de varón a mujer que resolvió la Sección 31 de la Audiencia Provincial de Valladolid en 23 de mayo de 2005, Rollo 13/2005, confirmando una sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid, núm. 1, de fecha 13 de diciembre de 2004, en Autos de procedimiento ordinario 898/2004, a la que cabe añadir la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de febrero de 2004; Audiencia Provincial de Cádiz, de 20 de abril de 2005; Audiencia Provincial de Madrid, de 15 de julio de 2004; Audiencia Provincial de Valencia, de 30 de diciembre de 2004, aunque la posición dista de ser unánime (SSAP de Toledo, de 10 de abril de 2002; Audiencia Provincial de Baleares, de 1 de septiembre de 2006; Audiencia Provincial de Asturias, de 30 de septiembre de 2003; Audiencia Provincial de Valencia, de 24 de febrero de 2004, etc.). Sentencias recogidas por la propia sentencia objeto de comentario.

dad, cabe preguntarse si la imposición de la intervención quirúrgica de reasignación de sexo como requisito para autorizar la rectificación de la mención registral del sexo y del nombre, *vulnera el derecho fundamental a la intimidad privada que tutelan los artículos 18.1 y 10.1 CE, o no.*

El ponente de la sentencia entiende que la respuesta ha de ser positiva. Y arguye que «no hay, en puridad, una vulneración del derecho a la intimidad, *pero hay un freno al libre desarrollo de la personalidad* —art. 10.1 CE— que se proyecta en una lesión de la dignidad humana, en una falta de tutela de la salud —art. 43.1 CE—, al respeto a la intimidad y a la propia imagen —art. 18.1 CE— y a la protección de la integridad física y moral —art. 15 CE—, pues parece que el libre desarrollo de la personalidad implica, dada la prevalencia de los factores psico-sociales en la determinación del sexo que han de primar en los supuestos de disforia de género, un derecho de sostener la identidad sexual como expresión de la identidad personal, que es un bien de la personalidad.

No se trata sólo de una injerencia o de una intromisión en el ámbito propio y reservado que caracteriza el derecho a la intimidad, sino que tal invasión es sólo uno de los aspectos de la cuestión.

De la intimidad personal forma parte la intimidad corporal frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, con lo que queda protegido el sentimiento de pudor personal, en tanto responde a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad».

IV. LA «SERIEDAD» EN LA PETICIÓN

Ante la inexistencia de operación quirúrgica en el caso de autos, el Ministerio Fiscal centra toda su atención en la seriedad de la petición del cambio de nombre, consecuencia de que el interesado se siente psicológicamente perteneciente al sexo distinto al que le corresponde biológicamente, y así destaca que se ha probado y acreditado (9).

El problema tiene también un matiz económico, pues generalmente la ausencia del sometimiento a la cirugía de reasignación suele deberse a la falta de medios. Operaciones costosas económicamente pero también en el tiempo. Y eso le lleva al Ministerio Fiscal a alegar, con razón, que durante el tiempo en que tarde en realizarse tal intervención, «se va a prolongar innecesariamente el sufrimiento» del solicitante, «por mor de la discordancia entre lo real y lo registral» en cada acto que exija una identificación.

(9) El Ministerio Fiscal, en su informe, toma como punto de partida la constatación de que el transexualismo es «un trastorno heterogéneo de identidad sexual» que consiste en un «sentimiento persistente de malestar e inadecuación respecto del propio sexo anatómico y un deseo también persistente de liberarse de los propios genitales y de vivir como miembro del otro sexo». El diagnóstico —sigue diciendo— se efectúa sólo si la alteración ha sido persistente al menos durante dos años, no limitada a periodos de estrés, no debida a «otro trastorno mental tipo esquizofrenia» y no se halla asociada a otra anomalía intersexual física o genética. Señala, a continuación, que «la reasignación sexual quirúrgica que recientemente se practica todavía no ha mostrado sus resultados a largo plazo», sino que los avances de la cirugía plástica sólo han producido el efecto de «dotar al transexual de instrumento para la práctica de una conducta sexual distinta de la propia de su genuino sexo».

A partir de estas premisas, afirma que la situación en que se encuentra el solicitante *no permite apreciar un riesgo de labilidad del estado civil en que pudiera prevalecer el arbitrio de un particular en una materia de orden público*, sino que se prueba una seriedad en la petición de rectificación registral.

En definitiva, en una ponderación de los intereses que se hallan en juego, el citado ministerio entiende que han de prevalecer los valores de respeto y protección a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (arts. 10, 15 y 18 CE).

V. CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES Y EL *SOMETIMIENTO A LA LEY* POR EL TRIBUNAL

Los *requisitos* exigidos por la reciente Ley se centran en que:

La solicitud del cambio en la mención del sexo y del nombre «se tramitará y acordará con sujeción a las disposiciones de esta Ley, de acuerdo con las normas establecidas en la Ley del Registro Civil», de 8 de junio de 1957, para los expedientes gubernativos» (no se aplican la regla 11 del art. 97 LRC, ni los arts. 218-11 y 349-111 y IV del RRC) (art. 2.1.º).

Así pues, la rectificación solicitada se acordará una vez que la persona solicitante pruebe:

Que se le ha diagnosticado disforia de género, lo que ha de acreditarse mediante informe de médico o de psicólogo clínico, en el que se hará referencia:

- a la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia,
- y a la ausencia de trastornos de la personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia indicada (art. 4-1.º, apartado a).

Que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado, lo que se ha de acreditar mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, por informe de un médico forense especializado. *No es necesario (art. 4.2) que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual*. Los tratamientos médicos no son tampoco requisito necesario cuando concurren razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia (art. 4-1.º, apartado b).

Posteriormente el artículo 5 indica que la resolución que acuerde la rectificación tendrá *efectos constitutivos* a partir de su inscripción en el Registro Civil (apartado 1.º), permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición (apartado 2.º) y «no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio» (apartado 3.º).

Tras el recordatorio de estos requisitos es de rigor señalar que tras haberse pronunciado el legislador a través de la tan repetida ley, el Tribunal Supremo está sometido a la Ley (arts. 117.1 y 120.3 CE).

Esta afirmación obvia, significa que los transexuales, una vez cumplidos los requisitos que la ley establece, pueden obtener el cambio de la mención de sexo, y de nombre, y el tratamiento como persona del sexo deseado, sin requerir el tratamiento quirúrgico que, de acuerdo con la jurisprudencia anterior a la Ley 3/2007, era *condicio sine qua non* del cambio, como ya hemos argumentado.

VI. QUID DE LA CUESTIÓN: FALTA DE INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA

La cuestión a dilucidar se centra en si la falta de intervención quirúrgica existente en el supuesto de hecho (donde sí existe un cambio en el aspecto, en los hábitos e incluso en los factores psicológicos y sociales que influyen en la determinación del sexo), es o no determinante para producir la modificación y consiguientemente la rectificación de la mención registral de sexo y del nombre, aunque no se haya sometido a la cirugía de reasignación de sexo. La Ley no exige este requisito.

Hay pues que preguntarse cuál es la *ratio* del tal exigencia, para evaluar hasta qué punto puede ser decisivo, en un sistema en que se protegen y garantizan los derechos fundamentales, la falta de la intervención quirúrgica que determine la denegación en la instancia.

La práctica de la intervención quirúrgica señalada venía siendo exigida por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la legislación de varios países de nuestro entorno (Alemania, Francia, Reino Unido hasta 2004, etc.) porque supone la intención firme del transexual en el sentido de adaptarse y de seguir viviendo como persona del sexo deseado.

El sexo además es una cuestión de estado civil con trascendencia, indisponible, de orden público, y la práctica de la intervención quirúrgica, dolorosa, costosa y traumática, asegura una permanencia, una estabilidad de la situación que se predica como propia y característica del «estado civil».

Pero, además, la práctica de la cirugía de reasignación de sexo implica una transformación corporal que aproxima la apariencia somática a la psique, pues, aunque predominen los factores anímicos o psíquicos entre los elementos determinantes del sexo, hay que buscar, en lo posible, una coincidencia entre la apariencia y la realidad registral tratando de que se llegue a un estado coherente con la apariencia, de modo que, como se ha dicho, «puesto que parece, es».

La jurisprudencia del TS, como ya hemos señalado anteriormente en el primer epígrafe de este comentario aún cuando calificó, en principio, de «ficción» el cambio, subrayó siempre este dato (el de la apariencia, después de la intervención) como importante, cuando no como decisivo.

Realmente parece que el cambio debe hacerse en el sentido de *dar primacía a los elementos psíquicos y sociales, pues la concepción del sexo está cambiando*, como se puede apreciar de los últimos cambios legales producidos siguiendo la realidad social. Así vemos que se va disponiendo la irrelevancia del sexo en el tráfico jurídico, salvo para conductas en que irremediamente sea significativo (por ejemplo, la Ley 13/2005, de 1 de julio). Incluso la asunción de las pautas y del rol de un determinado sexo va significativamente diluyendo diferencias radicales y tiende hacia una cierta uniformidad, incluso en los niveles de las más profundas relaciones familiares, la asignación de roles sociales (como el de padre o madre) se desconectan de la identidad sexual, o al menos de una identidad sexual basada en los cromosomas.

Esto permite inducir a pensar en la concepción del sexo como estado civil sin perjuicio de señalar la relevancia jurídica que todavía tiene (10).

En definitiva, el Tribunal Supremo entiende que la necesidad de una intervención quirúrgica de reasignación no parece justificada como presupuesto de una modificación del tratamiento de la persona interesada.

VII. LA NECESIDAD DEL EXPEDIENTE GUBERNATIVO

La indicada Ley dispone que la rectificación «se tramitará y acordará con sujeción a las disposiciones de esta Ley, de acuerdo con las normas establecidas en la Ley del Registro Civil para los expedientes gubernativos» (art. 2.1) y, además, que la aplicación de la ley requiere la constatación de determinados extremos y circunstancias que ahora se señalan de modo preciso en el artículo 4, como antes se ha apuntado, pero no siempre son coincidentes con los que la jurisprudencia anterior había establecido.

La nueva ley concede un derecho que se extiende a supuestos y por tanto alcanza a personas que se encuentran en situaciones diversas de aquéllas en las que, antes de su vigencia, se podía conceder la rectificación que respecto del sexo y del nombre se solicita en el caso. Tal es el supuesto de una persona que no se ha sometido a la cirugía de reasignación de sexo que esta Sala venía exigiendo, en coherencia, como se ha visto, con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el contexto de las legislaciones de los países del área cultural y política en que se encuentra España, respecto de las que no ofrece grave discordancia.

Ahora la nueva Ley permite que se consiga el cambio de sexo y de nombre sin necesidad de tal exigencia, *pero señala que ha de acudir al expediente gubernativo.*

VIII. DERECHO TRANSITORIO. APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY A LOS ASUNTOS JUDICIALES EN CURSO EN EL MOMENTO DE SU ENTRADA EN VIGOR

La Ley no contiene una previsión sobre el caso de los solicitantes cuyo asunto se encuentra en curso. Sólo una Disposición Transitoria prevé la exoneración de la acreditación de los requisitos que señala el artículo 4.1 cuando mediante informe de médico colegiado o del médico del Registro Civil «acredite haber sido sometida a cirugía de reasignación sexual».

Sin embargo, la aplicación a los procedimientos en curso, suscitados antes de la entrada en vigor de la ley por personas que sólo en función de los criterios que ahora establece la nueva regulación pueden obtener el efecto que

(10) Desde esta perspectiva, sobre todo teniendo en cuenta la última legislación, no podría ampararse en la determinación del sexo por razón de la aplicación de los caracteres del estado civil (orden público, inoperatividad, indisponibilidad, peculiaridades procesales) una respuesta negativa a la cuestión que nos ocupa ni cabría ver en la acción de modificación una «acción de estado», en sentido propio, por más que el sexo forme parte de la identificación de la persona, conste en el Registro Civil (donde no sólo se inscriben estados civiles) y las acciones dirigidas a la modificación o a la rectificación adquieren ciertas peculiaridades (art. 222.3 II LEC).

persiguen —la rectificación de sexo y nombre que constan en el Registro Civil—, puede subsumirse en las previsiones de las disposiciones transitorias del Código Civil que constituyen el Derecho común y general en esta materia.

Se trata de un supuesto incardinable en el segundo inciso de la Disposición Transitoria 1.^a del Código Civil, según cuyo texto «si el derecho apareciera declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido del mismo origen».

Por su parte, la Disposición Transitoria 4.^a, inciso segundo, establece que los derechos nacidos y no ejercitados bajo la antigua ley se sujetarán, en cuanto a su ejercicio, duración y procedimiento, a lo dispuesto en la nueva ley. Por tanto, si no cabe duda de que se ha de aplicar la nueva ley para «hacer valer» los derechos nacidos y no ejercitados bajo la antigua ley, con mayor razón se habrá de aplicar a los derechos nacidos por efecto de la nueva ley.

Derecho del interesado a optar entre el procedimiento establecido en la nueva ley (expediente gubernativo) o el procedimiento judicial empezado bajo la legislación anterior.

La Disposición Transitoria 4.^a del Código Civil contiene una tercera proposición que determina que «si el ejercicio del derecho o de la acción se hallara pendiente de procedimientos oficiales empezados bajo la legislación anterior, y éstos fuesen diferentes de los establecidos por el Código, podrán optar los interesados por unos o por otros». Ciertamente, la expresión «procedimiento oficial» no equivale a «procedimiento judicial», pero parece comprenderla. El criterio de ambivalencia del procedimiento ya ha sido utilizado por la jurisprudencia.

En el caso, el derecho nacido *ex novo* por efecto de la Ley de 15 de marzo de 2007 —derecho a producir una modificación del sexo por hallarse en la situación de haber sufrido la mutación, pero sin cirugía de reasignación—, que venía siendo solicitado por vía judicial, puede ahora ejercitarse por vía de expediente gubernativo —art. 2 de la Ley 3/2007—.

Pero ello no impide que el TS se pronuncie sobre la pretensión de rectificación registral del nombre y sexo deducida judicialmente antes de la entrada en vigor de dicha ley, en vista de que *a fortiori*, basándose en la citada Disposición Transitoria 4.^a del Código Civil, corresponde al interesado la opción entre uno y otro procedimiento en caso de ejercicio de derecho nacido y no ejercitado bajo la legislación anterior, y poderosas razones de analogía impelen a la aplicación de esta misma regla cuando se trata de un derecho solicitado conforme a la ley antigua, que ha de reconocerse después de haberse producido la mutación legislativa (11).

(11) No se introdujo una previsión sobre los asuntos judiciales en curso, a pesar de que se había solicitado en las enmiendas 20 (Grupo Mixto, Sr. L.), 43 (Grupo P. IU-Iniciativa per Catalunya-Verds), 51 (G. P. Vasco EAJ-PNV), 73 (GP Esquerra Republicana ERC) y 94 (GP Catalán, CiU). Las enmiendas tenían el mismo texto, pues procedían, al parecer, de los colectivos transexuales (Diario de Sesiones del Congreso. Comisiones, 2006, VIII Legislatura, núm. 696, pág. 17; BOCG, VIII Leg., A, núm. 89-7, pág. 45). Se trataba de introducir una Disposición Transitoria Segunda, referida a los juicios ordinarios sobre rectificación del sexo registral incoados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley. Se decía que el demandante podría desistir unilateralmente en cualquier momento de la instancia o de los recursos, y que el desistimiento no habría de impedir la presentación de la solicitud prevista en el artículo 2 de la Ley. La justificación,

En resumen, el derecho nacido *ex novo* por efecto del cambio legislativo (derecho a producir una modificación del sexo por hallarse en la situación de haber sufrido la mutación, pero sin cirugía de reasignación), que venía siendo solicitado por vía judicial, como tantas veces había exigido la jurisprudencia, y era doctrina constante de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 17 de marzo de 1982, 17 de abril de 1983, 26 de abril de 1984, 6 de mayo de 1987, 14 de mayo de 1991, 29 de diciembre de 1994, etc.) puede ahora ejercitarse por vía de expediente gubernativo. Pero ello no impide que esta Sala se pronuncie sobre la pretensión deducida, en vista de que *a fortiori*, en base a la DT 4.^a, inciso 3.º, correspondería una opción al interesado entre uno y otro procedimiento en caso de ejercicio de derecho nacido y no ejercitado bajo la legislación anterior, pero poderosas razones de analogía impelen a la aplicación de esta misma regla cuando se trata de un derecho solicitado conforme a la ley antigua, que ahora ha de reconocerse después de haberse producido la mutación legislativa.

A lo que se podría añadir que, en definitiva, el Registro Civil se halla bajo el control del orden jurisdiccional civil y la sentencia habría de tener eficacia en orden a la inscripción (arts. 25 LRC, 82 RRC, etc.).

RESUMEN

TRANSEXUALIDAD Y CAMBIO DE NOMBRE

Los transexuales, una vez cumplidos los requisitos que la ley establece, pueden obtener el cambio de la mención de sexo, y de nombre, y el tratamiento como persona del sexo deseado, sin requerir el tratamiento quirúrgico que, de acuerdo con la jurisprudencia anterior a la Ley 3/2007, era conditio sine qua non del cambio.

ABSTRACT

TRANSSEXUALITY AND NAME CHANGING

Once transsexuals have met the requirements established by law, they can have their stated sex and name changed and be addressed as a person of the desired sex, without requiring the surgical treatment that was a sine qua non condition for changes of this sort under jurisprudence previous to Act 3/2007.

reiterada, decía: «Al producirse un cambio legislativo, y en este caso, además, un cambio de procedimiento, hay que regular qué ocurre con los procedimientos abiertos y no concluidos a la entrada en vigor de la ley». Se defendió en nombre de la seguridad jurídica, incluso frente a quienes arguyeron que la vía procedente para la rectificación del asiento era la resolución judicial.

2. Familia

PREMORIENCIA DEL MARIDO, FECUNDACIÓN ASISTIDA Y FILIACIÓN PATERNA MATRIMONIAL (RDGRN DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2002)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora contratada doctora

Derecho Civil UCM

I. INTRODUCCIÓN

En torno a la época de los años setenta aparecieron las técnicas de reproducción asistida, lo que supuso, por un lado, la apertura de nuevas posibilidades de solución del problema de la esterilidad, pero también introdujeron nuevos problemas.

Tal innovación supuso la necesidad de realizar una regulación precisa y detallada adecuada a las nuevas realidades.

España fue uno de los países pioneros en la regulación de dicha materia. Así la primera de las leyes que abordó la materia es la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.

Posteriormente y como consecuencia de la investigación y la práctica médica en el ámbito de la reproducción humana asistida, se superaron las previsiones contenidas en aquella y se puso de manifiesto la existencia de algunas limitaciones en la norma, por ello se publicó la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

No obstante el problema que nos trae entre manos hoy no ha variado, salvo en algún pequeño matiz.

El actual apartado 1.º del artículo 9 de la Ley de 2006 es idéntico al de la ley de 1988 que establecía que «*no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón*».

El apartado 2.º aún dos apartados de la ley anterior (el 2.º y el 4.º) para hacer referencia a la necesidad de consentimiento del marido en documento público, el cual podrá ser revocado en cualquier momento (1). Igualmente

(1) 2.º «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido».

señala que la generación (así originada) producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El matiz diferenciador se centra en el plazo de «utilización del material reproductor» del marido que será de doce meses desde su fallecimiento.

También en ambas leyes se dispone que «*el varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad*».

II. PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL Y EXCEPCIÓN

La presunción de paternidad matrimonial determina, según lo señalado en el Código Civil (art. 116) como en el Código de Familia de Cataluña (art. 89), que el nacimiento tenga lugar *antes de los trescientos días* siguientes a la disolución del matrimonio o de la separación legal o de hecho de los cónyuges.

La excepción nace del supuesto de que el hijo haya nacido como consecuencia de un proceso de fecundación asistida de la mujer producida después del fallecimiento del marido.

Este supuesto exige unos requisitos específicos establecidos como hemos visto en las sucesivas leyes. Por lo que en definitiva, se trata de comprobar, si efectivamente, concurren en él las previsiones que marca la Ley para que el nacido tenga determinada la filiación paterna matrimonial que su madre reclama.

Y entre los requisitos exigidos está el del consentimiento del marido en documento público.

En el presente caso es forzoso reconocer que falta el consentimiento expreso del marido para que la fecundación asistida pueda tener lugar después de su muerte que, además, debe «constar fehacientemente» [art. 92.2.a) del Código de Familia].

III. TRANSFERENCIA DE EMBRIONES CRIOCONSERVADOS

La DGRN claramente alude a que no cabe argumentar interpretaciones literales sobre el significado de la palabra *fecundación*, para que el supuesto que ahora se plantea quede fuera de la ratio de la Ley.

Ciertamente la técnica utilizada (transferencia de embriones crioconservados) no se corresponde exactamente desde un punto de vista biológico con la fecundación, pero entender que ésta se ha producido en vida del marido y por tanto no se trata de una fecundación asistida *post mortem* llevaría a consecuencias poco deseables, ya que, en este caso no le sería aplicable la limitación temporal que establece el Código de Familia [270 días después de la muerte del marido, cfr. art. 92.c)] quedando los embriones congelados *sine die* o hasta que la viuda decidiera o no implantárselos, creando una permanente situación de indeterminación e inseguridad en las relaciones jurídicas derivadas del hecho del nacimiento totalmente inadmisibles.

Por el contrario, no cabe interpretar una Ley de manera que conduzca a la contradicción o al absurdo, teniendo, sin embargo que interpretarse de acuerdo con el espíritu de la misma y la realidad social en que la misma ha de aplicarse.

Y no cabe duda que la voluntad del legislador, teniendo en cuenta las consecuencias jurídicas de todo orden que tiene el hecho de la muerte, es clara en exigir consentimiento expreso del marido para este supuesto, sin que pueda deducirse, sin más de su consentimiento —efectuado en vida—, a que la fecundación asistida tenga lugar, y por más que el destino evidente de los embriones sea su implantación en el útero materno.

IV. LA IMPORTANCIA DE LA VOLUNTAD DEL MARIDO

La cuestión es lo suficientemente importante como para que se exija de una manera *clara y terminante* la voluntad del marido, y entenderlo de otro modo llevaría al absurdo, ya que si se entendiera prestado el consentimiento en vida, también para el caso de muerte, no tendría sentido que la Ley exigiera requisitos más rigurosos para este supuesto excepcional.

El documento suscrito por los cónyuges en el Centro Médico y que según la recurrente es suficiente a los efectos que pretende, no puede ser en ningún modo considerado como un documento «fehaciente», ya que carece de las formas y solemnidades que la Ley exige para que pueda tener tal consideración, sin que pueda tener valor como tal la simple protocolización del documento del Centro Médico efectuada un año después del fallecimiento y, obviamente, con la sola intervención de la viuda.

RESUMEN

FILIACIÓN. FECUNDIDAD ASISTIDA

La excepción del límite legal de 300 días como plazo para establecer la presunción de paternidad matrimonial del hijo de la esposa se produce en los supuestos de fecundación asistida, siempre contando con el consentimiento del marido premuerto en documento público.

ABSTRACT

FILIATION. ASSISTED PREGNANCY

There is a 300-day legal deadline for establishing the presumption that a woman's husband is the father of her child. An exception is made in cases of assisted pregnancy where the husband is predeceased and left a record of his consent in a notarised document.

**CRISIS CONYUGALES:
LIMITACIONES DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR**

por

JUAN MANUEL MURILLAS ESCUDERO
Profesor de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna la atribución del uso de la vivienda familiar a uno u otro cónyuge en los casos de crisis matrimonial es una decisión relevante y trascendental que deben tomar los cónyuges o, en su defecto, la autoridad judicial. En algunos casos ese inmueble será únicamente todo lo que tiene en común el matrimonio, siendo múltiples las connotaciones de carácter afectivo que afectan a ese inmueble donde la familia ha desarrollado su vida en común. Eso implica que sea especialmente importante y decisiva la decisión que deben tomar ambos cónyuges sobre ese bien en el marco de una ruptura matrimonial.

La aplicación del artículo 96 del Código Civil tiene un aspecto de carácter patrimonial que afecta al núcleo del ámbito familiar, como es la atribución del uso de la vivienda que ha venido constituyendo el hogar familiar hasta el momento que los cónyuges deciden cesar en su vida matrimonial, léase nulidad, separación o divorcio. La protección que dispensa la Constitución a la familia y a la vivienda se debe tener muy en cuenta cuando se trata de aplicar el artículo 96 ante crisis matrimoniales, porque contempla la atribución de uso y disfrute de la vivienda a uno de los miembros del matrimonio, pero también hay que tener presente los derechos y expectativas del otro cónyuge, que sigue manteniendo la cotitularidad de la vivienda, pero se le despoja de la posesión. Deberá estar atento a la evolución de las circunstancias que motivaron la decisión judicial en su momento, la posible variación de las circunstancias personales y/o familiares iniciales que pudieran permitir cambiar el destino del bien atribuido en el procedimiento judicial, o bien, en su caso, una pronta liquidación del régimen de gananciales sin dilaciones innecesarias, que eviten un perjuicio innecesario en los derechos del cónyuge no residente en la vivienda.

En el segundo párrafo del artículo 96 se establece un criterio que, de forma discrecional, deberá resolver el Juez. A la vista del texto de este artículo se plantean una serie de interrogantes: existiendo hijos del matrimonio, ¿se puede atribuir la vivienda al cónyuge en cuya compañía no queden los hijos del matrimonio? ¿Qué casos pudieran contemplarse? ¿Qué limitaciones se pueden establecer? Estas y otras preguntas tienen más de una respuesta.

Nuestro interés ante estas cuestiones pasa por examinar la jurisprudencia más reciente y los criterios que vienen aplicando nuestros tribunales para resolver esta problemática enunciada. En principio la pauta que debe marcar la atribución de la vivienda familiar es el interés más necesitado de protección como consecuencia derivada de la situación inestable —en algunos casos traumática, especialmente en procedimientos contenciosos— que sigue a toda ruptura matrimonial.

En esta línea los tribunales vienen considerando cada vez más un mayor número de factores y circunstancias que permiten declarar un límite temporal del uso de la vivienda familiar. Cierto es, no obstante, que alcanzar esa inter-

pretación en aquellos supuestos de aplicación subsidiaria del artículo 96 cuando los cónyuges no han alcanzado un acuerdo previo, presenta numerosas dificultades si no existen hijos menores en el matrimonio. La ausencia de sentencias del Tribunal Supremo hace que los Juzgados de Familia y las Audiencias Provinciales se encuentren con numerosos obstáculos para fundamentar jurídicamente esta declaración en sus resoluciones, ya que el Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de unificar doctrina de esta cuestión. Sin embargo, siendo abundantes las Resoluciones de las Audiencias Provinciales al respecto, vamos a realizar una breve reseña de aquéllas que hemos considerado de un especial interés.

1. SENTENCIAS EN LAS QUE NO EXISTIENDO HIJOS MENORES DE EDAD, SE ESTABLECE UN LÍMITE TEMPORAL EN EL USO Y ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

SAP de Baleares, Sección 5.^a, de 21 de abril de 2005. Declara la Sala que: *«El hecho de que una hija de veintiocho años de edad conviva con sus padres no se considera motivo suficiente para otorgar el uso exclusivo a la madre; y su enfermedad, al padecer un trastorno bipolar que ha precisado de asistencia médica en tres ocasiones, no consta que alcance un grado relevante de gravedad suficiente para constituirlo en el interés más digno de protección»*. Concluye la Sala estableciendo un nuevo plazo de siete meses en los que se atribuye el uso de la vivienda a la esposa, *«pero transcurrido el mismo se extinguirá dicha asignación, con la finalidad de que en dicho período puedan llegar a un acuerdo sobre el futuro del chalé, y si no llegasen al mismo, cualquiera de ellos pueda ejercitar las acciones que considere oportunas, en su caso, la acción de división de cosa común»*.

SAP de Tarragona, Sección 1.^a, de 17 de enero de 2005. Se desestima la demanda de modificación de medidas que pretendía la prórroga de la atribución del uso de la vivienda familiar, que se fijó con carácter temporal en la anterior sentencia de separación. Se invoca por la apelante que el criterio rector para la atribución del uso de la vivienda familiar es la necesidad del beneficiario, admitiéndose la posibilidad de prórroga si se acredita una prolongación de la situación de necesidad y en su consecuencia relaciona una serie de circunstancias imprevisibles y nuevas que no existían ni se podían prever cuando se dictó la sentencia en autos de separación. Declara la Sala, *«que la valoración por el Juez a quo respecto a las circunstancias concurrentes es acertada y atinada, no observándose en su argumentación ninguna interpretación errónea, ilógica o arbitraria, al contrario la apreciación de las pruebas es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso, ya que la depresión de la apelante se mantiene en el mismo estado anímico ... y en cuanto al estado de salud de los padres, nos remitimos a la fundamentación llevada a cabo por la Juez a quo en la sentencia de instancia»*.

2. SENTENCIAS EN LAS QUE NO EXISTIENDO HIJOS MENORES DE EDAD, NO SE ESTABLECE UN LÍMITE TEMPORAL DE TIEMPO EN LA ATRIBUCIÓN Y USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

SAP de Málaga, Sección 6.^a, de 17 de enero de 2006. Cónyuges de avanzada edad. Él tiene setenta y tres años y ella sesenta y seis, solicitan la separación después de cuarenta años de matrimonio. Habitan con el matrimonio

dos de sus hijos mayores de edad (treinta y dos y veintisiete años, respectivamente) que, aun conviviendo en el domicilio familiar, ambos tienen independencia económica.

La sentencia de 1.^a Instancia declara que, *«el uso y disfrute de la vivienda familiar hasta la liquidación del régimen económico-matrimonial, corresponderá a los dos cónyuges, que se alternarán anualmente en su uso, comenzando el primer año la esposa, continuando su esposo, y así sucesivamente»*. La Audiencia revoca este pronunciamiento de instancia, estimando que: *«al ser ambos cónyuges de avanzada edad, y no concurriendo circunstancias que hagan prevalecer a uno sobre el otro para considerarlo el interés más necesitado de protección, se otorga el uso de la vivienda a la esposa en atención a la distinta relación que tienen con el inmueble: para ella no es sólo un bien material, sino un hogar que ha de cuidarse, al ser quien se ha encargado siempre de organizarlo para que la familia lo habitara como tal, mientras que para el esposo es meramente un lugar de hospedaje, hace que respecto del uso y disfrute de la casa sea el interés de la esposa más digno de protección que el del esposo y de ahí que proceda la estimación del recurso y la revocación de la medida adoptada por la sentencia de instancia»*. Expresamente declara respecto al uso alternativo del inmueble: *«esta medida es indeseable por no ser un bien que pueda cambiarse de manos sin problemas»*.

SAP de Tarragona, Sección 1.^a, de 13 de enero de 2005. No resulta procedente fijar un plazo de duración del uso de la vivienda atribuida a la madre y al hijo mayor de edad sin independencia económica, dado que se desconoce cuándo pueden cesar o variar las causas que justifican su atribución. La Sala estima el recurso planteado, *«al no resultar procedente la fijación de un plazo al desconocer en el momento actual, cuándo pueden cesar o variar las causas que han dado lugar a la atribución del uso de la vivienda a la demandada»*.

SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 29 de septiembre de 2004. Atribuido el uso de la vivienda a la ex cónyuge, no procede fijar un plazo de duración cuando no existe perspectiva de que la beneficiaria se pueda procurar otra vivienda, dadas las circunstancias concurrentes en ella al carecer de trabajo y de recursos económicos y tener cincuenta y dos años de edad. Es la misma doctrina que cita las SSTSJ de Cataluña, de 18 de marzo de 2004, 6 de noviembre y 22 de septiembre de 2003. Concluye la Sala: *«su situación de mayor necesidad respecto a su esposo es evidente pues éste, además de tener un trabajo estable y otro de índole liberal, dispone de una vivienda en esta ciudad de Barcelona»*.

TSJ de Cataluña, de 6 de noviembre de 2003. Al no poderse asegurar que la necesidad de la esposa vaya a desaparecer dentro de un determinado plazo, no procede fijar limitación a la atribución del uso de la vivienda familiar. El iter procesal es el siguiente: el esposo interpone demanda de modificación de medidas de divorcio contra su esposa. El Juzgado de 1.^a Instancia dictó sentencia el 28 de septiembre de 2002, estimando la demanda y dejando sin efecto la atribución del uso del domicilio conyugal en la sentencia que decretó el divorcio, pudiendo disponer de la misma durante el plazo de seis meses. Apelada la sentencia por la esposa, la AP de Barcelona dictó sentencia el 4 de marzo de 2003, estimando el recurso y desestimando la demanda. Recurrida la sentencia en casación ante el TSJ de Cataluña, el recurso fue desestimado, manteniendo, tal como hizo la Audiencia Provincial, la atribución del uso de la vivienda familiar a favor de la esposa sin limitación temporal. El argumento: *«mientras dure la necesidad de la beneficiaria»*. No existen hijos menores de edad.

TSJ de Cataluña, de 22 de septiembre de 2003. En juicio de separación entablado por la esposa, el Juzgado de 1.ª Instancia dictó sentencia declarando entre otras medidas: el uso y disfrute del que fue domicilio conyugal de la esposa, mayor de sesenta años y dedicada al hogar y a la atención a la familia durante su vida matrimonial. Esta atribución a favor de la esposa tendrá carácter temporal, hasta que se produzca la consumación de la venta de la referida vivienda y efectiva percepción por parte de la misma de las cantidades que le corresponden en su condición de copropietaria.

Apelada la sentencia por la esposa, la AP de Tarragona dicta sentencia el 6 de marzo de 2003, estimando el recurso y declarando el uso y disfrute de la vivienda sin límite temporal de tiempo. El esposo recurre esta medida en casación ante el TSJ de Cataluña, siendo desestimado. Declara el Tribunal que: «*el artículo 83.2.b) del Código de Familia de Cataluña, en su interpretación estrictamente literal, parecería que conduce a una única e inequívoca conclusión: la voluntad del legislador de establecer siempre y en todo caso un plazo para la atribución de la vivienda familiar, tanto si hubiera hijos menores de edad como si no ... A tenor de esta interpretación literal, la temporalidad sería, pues, requisito inherente del uso de la vivienda, entre otras cosas porque el artículo 83.b) in fine se refiere a la posibilidad de acordar prórroga —únicamente puede prorrogarse lo que previamente tiene señalado un plazo—. “Resulta, sin embargo, que el mismo precepto dispone que tal atribución se hará mientras dure la necesidad del beneficiario”*».

Estamos ante un matrimonio que han convivido juntos durante cuarenta y cinco años y han tenido en común seis hijos, la esposa cuenta con más de sesenta años, habiendo dedicado toda su vida a la familia. «*En estas circunstancias, atendiendo que el marido percibe una nómina y una pensión de la Seguridad Social (...) que se sostendrá en el futuro y le permite perfectamente sufragar un gasto de alquiler suficiente a sus necesidades, poseyendo además una cantidad ahorrada de cierta cuantía (...)*», sostiene el Tribunal «*que el interés más necesitado de protección es el de la esposa, juicio de valor que comparte la Sala y que justifica suficientemente la atribución a la demandante de la vivienda familiar sin limitación de tiempo mientras dure la necesidad que la ha motivado*».

3. SENTENCIAS EN LAS QUE EXISTIENDO HIJOS MENORES DE EDAD, NO SE CONTEMPLA UN LÍMITE DE TIEMPO A LA EXTINCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

SAP de León, Sección 2.ª, de 20 de julio de 2005. Impugna en el recurso el esposo que no se haya limitado temporalmente el uso de la vivienda familiar y más en concreto que no se haya fijado el *dies ad quem* de dicha atribución en la liquidación de la sociedad legal de gananciales. La Sala declara: «*no hay base para fijar a priori un límite temporal a la adjudicación del domicilio familiar y menos para hacerlo coincidir con la liquidación de la sociedad conyugal. Los hijos permanecerán en él mientras objetivamente lo precisen y las circunstancias lo aconsejen*».

SAP de Jaén, Sección 1.ª, de 28 de abril de 2005. Procede atribuir el uso de la vivienda a la esposa y a sus hijos, pues se considera que por su ubicación, cerca de los colegios, es la idónea para que sea el domicilio familiar, sin que sea obstáculo que la misma aún no haya sido ocupada por la familia al no estar terminada su construcción, pero debe tenerse en cuenta que esta

vivienda estaba llamada a ser el nuevo domicilio de la familia desde que hace ocho años se inició su construcción.

No obstante, aunque la Sala no establece un período de tiempo de atribución y uso de la vivienda, entiende difícil que la mujer y los hijos se mantengan *sine die* en esta casa, pues al ser prácticamente el único bien ganancial y dado su elevado precio (805.403,79 euros) se tendrá presumiblemente que enajenar cuando los cónyuges procedan a la disolución de la sociedad de gananciales, pues el derecho al uso de la vivienda no se puede equiparar a un derecho real.

SAP de Toledo, Sección 1.^a, de 20 de enero de 2003. Se impugna por la recurrente el pronunciamiento relativo a la atribución del uso ordinario de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, que limita su vigencia hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, por infracción del artículo 96 del Código Civil. La Sala considera, *«que el fin que persigue el legislador al atribuir el uso a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden atiende al propósito de amparar el interés más necesitado de protección, así como al de dar satisfacción al principio de protección integral de los hijos, representando, este último, un criterio de interpretación para la recta inteligencia del alcance que debe otorgarse al artículo 96 del Código Civil»*.

Por ello entiende la Sala que no procede limitar el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad conyugal, sino *«hasta que el más pequeño de los hijos alcance la independencia económica o al menos la mayoría de edad, si atendidas las circunstancias del caso, dicho interés continuara representando el más necesitado de protección»*.

4. SENTENCIAS EN LAS QUE SE DECLARA UN LÍMITE TEMPORAL EN EL USO Y DISFRUTE DE LA VIVIENDA

SAP de Vizcaya, Sección 4.^a, de 26 de septiembre de 2005. Procede la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa sólo hasta que se liquide la sociedad de gananciales. No procede la prolongación del derecho de uso por el plazo de diez años, pues el único hijo mayor de edad reside en otra ciudad donde realiza un máster, y no consta que cuando lo finalice desee vivir con la madre, y aunque así fuera, con su edad y preparación se ha de presuponer que tendrá su propia independencia. La Sala desestima el recurso planteado interesando que el uso de la vivienda familiar se prolongue durante diez años.

SAP de Madrid, Sección 24.^a, sentencia de 14 de septiembre de 2005. Dadas las características del inmueble y siendo las hijas mayores de edad, procede la limitación temporal durante tres años del uso de la vivienda, o hasta que se liquide la sociedad de gananciales, si la fecha de ésta es anterior a dicho plazo. La sentencia desestima el recurso planteado interesando se suprima el límite temporal de tres años. Cita la sentencia de forma literal el fundamento de las sentencias de la misma Sección de la Audiencia de Madrid de 23-9-2004 y 5-12-2002.

Declara la Sala: *«La demandada no ostenta un interés más necesitado de protección para prorrogar indefinidamente la utilización de la vivienda conyugal, sobre todo cuando no se ha opuesto al alegato de la contraparte, referido a la titularidad dominical del compañero sentimental de otra vivienda en que residir junto a los dos hijos habidos de tal relación afectiva y otro de aquél, ubicado en la calle..., que puede ser habilitada mediante la aportación del adecuado mobi-*

liario para servir de sede domiciliaria a la misma familia creada por la demandada y su actual compañero sentimental».

SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 15 de abril de 2005. Ambas partes reconocen que la titularidad de la vivienda es de la esposa. Por convenio aprobado por sentencia de separación se atribuye su uso a los hijos comunes de las partes, menores de edad en ese momento, y al progenitor custodio, la esposa. Tras un tiempo de nueva convivencia de las partes, la esposa abandona aquella vivienda pasando a vivir en régimen de alquiler y procediendo posteriormente a la adquisición de un nuevo inmueble, permaneciendo su esposo en la vivienda. En esta situación la esposa solicita el uso de la vivienda familiar. La Sala considera que procede fijar un límite temporal de un año a la atribución del uso de la vivienda familiar, aunque se hayan acreditado problemas de salud en el cónyuge al que se le atribuye, como consecuencia del consumo de alcohol que le lleva incluso a la constante pérdida de trabajos. Declara la Sala que: *«Debe fijarse un límite temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar, que se concreta en el período prudencial de un año desde la fecha de esta sentencia».*

SAP de Madrid, Sección 24.^a, de 14 de abril de 2005. Procede la atribución de la vivienda familiar a la esposa y a la hija común hasta que ésta alcance la edad de veinticuatro años y, posteriormente, hasta que se liquide la sociedad de gananciales, se atribuirá alternativamente a los esposos.

SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 13 de abril de 2005. La demandada no ostenta un interés más necesitado de protección para prorrogar indefinidamente la utilización de la vivienda conyugal, sobre todo cuando la persona con la que convive es propietaria de una vivienda en la que pueden residir junto con los dos hijos nacidos de esta unión. Por ello, el uso se le otorga exclusivamente por dos años.

SAP de Valladolid, Sección 3.^a, de 16 de noviembre de 2004. Procede limitar el uso de la vivienda hasta que la hija mayor de edad se incorpore al mercado laboral y en todo caso cuando ésta cumpla los treinta y dos años. Declara la Sala que esta limitación tiene su razón de ser por ser tiempo más que suficiente para que la hija que convive con su madre termine su carrera y encuentre un trabajo relacionado con ella o pueda dedicarse a cualquier otra actividad.

SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 5 de junio de 2003. Se limita el uso de la vivienda concedido a la esposa y a un hijo, hasta que éste cumpla los dieciocho años, pues aquélla es propiedad del marido y con éste convive otro hijo del matrimonio. La Sala confirma la sentencia de instancia. Declara: *«La Juzgadora de instancia ha aplicado correctamente lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 96 del Código Civil, en relación con el párrafo tercero del mismo artículo, para decidir a través de la ponderación del interés más necesitado de protección el uso de la vivienda a favor de la esposa, si bien fijando al efecto un plazo determinado y cierto cual es el que el hijo cuya custodia se le atribuye cumpla los dieciocho años, momento en el que cesará su derecho de ocupación».*

SAP de Navarra, Sección 2.^a, de 1 de septiembre de 2001. La Sala en sentencia de 17-2-1995 establece como límite temporal al uso del domicilio conyugal atribuido a la esposa y a los hijos del matrimonio lo siguiente: *«Que los hijos alcancen independencia económica, contraigan matrimonio, o bien cesen en su convivencia con la madre para hacer vida independiente».* La vivienda es privativa del actor recurrente. Alcanzada la mayoría de edad de los hijos que conviven con su madre en el domicilio familiar, el esposo presenta me-

dante incidente de modificación de medidas que cese el uso y disfrute de la vivienda familiar, atribuida en sentencia de divorcio a favor de su esposa e hijos. La sentencia de instancia estima la demanda en los términos solicitados, reforzando su decisión por la adquisición de la esposa de un patrimonio inmobiliario vía *mortis causa*, determinando un cambio de circunstancias esencial, en relación a la situación que tenía cuando se dictaron las resoluciones precedentes.

Recurrida la sentencia, la Sala dicta sentencia confirmatoria. Declara que: «alcanzar la mayoría de edad no supone alcanzar independencia económica; en estos casos, de necesitar alimentos el hijo mayor de edad pervivirá la obligación de sus progenitores». La Sala confirma la extinción del uso de la vivienda al alcanzar los hijos la mayoría de edad y su razonamiento es el siguiente: «ningún alimentista cuyo derecho se regule conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar y con exclusión del progenitor con el que no vaya a convivir» (1). La aplicación de este criterio no es sino expresión del carácter temporal que la atribución del uso del domicilio conyugal tiene.

5. SENTENCIAS EN LAS QUE SE DECLARA UN LÍMITE TEMPORAL EN EL USO Y DISFRUTE DE LA VIVIENDA, CUYA TITULARIDAD ES DE UNO DE LOS CÓNYUGES

SAP de Baleares, Sección 3.^a, de 20 de junio de 2006. La sentencia de 1.^a Instancia decreta la disolución por divorcio del matrimonio y atribuye a la esposa el uso del domicilio conyugal sólo durante el plazo de ocho meses, al tratarse de una vivienda privativa del esposo. Aplica el Juzgado el artículo 96, párrafo 3.º, del Código Civil. La sentencia es recurrida en apelación por la esposa invocando que la atribución del que fuera domicilio conyugal debe prolongarse *sine die*, durante el tiempo que la recurrente presente el interés más necesitado de protección. Resulta por tanto, que si no hay hijos, en principio, la vivienda familiar es para el cónyuge titular. Por consiguiente, la expresión que utiliza la norma citada «podrá acordarse», cuando se refiere al no titular, indica a las claras que no es obligatorio y sólo es una facultad que tiene el Juez, atendidas las circunstancias y su interés fuera el más necesitado de protección.

La Sala indica que el Juez de 1.^a Instancia ha aplicado correctamente la norma, desestimando el recurso y confirmando la sentencia. Declara: «(...) si se deja el uso de la vivienda familiar al no titular, lo es temporalmente, única y exclusivamente por el tiempo que prudencialmente se fije, supuesto que concurre en el caso de autos, no existen hijos y el interés más necesitado de protección es el de la esposa, razón por la cual le atribuye el uso del domicilio conyugal por el plazo de ocho meses, aplicando con toda corrección la norma, por lo que mal cabe atribuirle, como pretende la recurrente, error en la valoración de la

(1) A favor de este argumento, entre otros, MONTERO AROCA, *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (la aplicación práctica del art. 96 del CC)*, Valencia, 2002, págs. 104 a 106. Criterio diferente mantiene SALAZAR BORT, *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Navarra, 2001, pág. 325, no le parece acertado fundamentar la atribución del uso de la vivienda como una modalidad de manifestación de la deuda de alimentos que los padres contraen frente a sus hijos.

prueba al no considerar que su interés es el más necesitado de protección, siendo que el plazo del uso debe necesariamente ser fijado al pertenecer la vivienda al esposo, lo que impide que sea indefinidamente como pretende la recurrente (...)».

SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 15 de abril de 2005. Ambas partes reconocen que la titularidad de la vivienda es de la esposa. Por convenio aprobado por sentencia de separación se atribuye su uso a los hijos comunes de las partes, menores de edad en ese momento, y al progenitor custodio, la esposa. Tras un tiempo de nueva convivencia de las partes, la esposa abandona aquella vivienda pasando a vivir en régimen de alquiler y procediendo posteriormente a la adquisición de un nuevo inmueble, permaneciendo su esposo en la vivienda. En esta situación la esposa solicita el uso de la vivienda familiar. La Sala considera que procede fijar un límite temporal de un año a la atribución del uso de la vivienda familiar por el esposo, aunque se hayan acreditado problemas de salud que se le atribuyen como consecuencia del consumo de alcohol que le lleva incluso a la constante pérdida de trabajos. Declara la Sala que: *«debe fijarse un límite temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar, que se concreta en el período prudencial de un año desde la fecha de esta sentencia»*.

SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 2 de noviembre de 2005. Aunque no existen hijos y la vivienda conyugal es propiedad del esposo, se atribuye a la esposa su uso durante tres años por constituir el interés más necesitado de protección: ambos cónyuges padecen esquizofrenia paranoide, pero la esposa además tiene una minusvalía del 66 por 100 y unos ingresos muy inferiores a los del marido. La aplicación con automatismo absoluto de la ley puede provocar situaciones injustas, debiendo valorarse las circunstancias concretas que pueden justificar excepciones a las reglas generales para atribución de uso de la vivienda. Se desestima el recurso planteado por el esposo solicitando que no cabe atribuir el uso de la vivienda conyugal a la demandada, dado que el suyo es el interés más necesitado de protección, subsidiariamente, interesa se limite a un año.

SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 5 de junio de 2003. Se limita el uso de la vivienda concedido a la esposa y a un hijo, hasta que éste cumpla los dieciocho años, pues aquella es propiedad del marido y con éste convive otro hijo del matrimonio. La Sala confirma la sentencia de instancia. Declara: *«la Juzgadora de instancia ha aplicado correctamente lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 96 del Código Civil en relación con el párrafo tercero del mismo artículo, para decidir a través de la ponderación del interés más necesitado de protección el uso de la vivienda a favor de la esposa, si bien fijando al efecto un plazo determinado y cierto cual es el que el hijo cuya custodia se le atribuye cumpla los dieciocho años, momento en el que cesará su derecho de ocupación»*.

6. SENTENCIA EN LA QUE SE MANTIENE LA ATRIBUCIÓN Y USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR A LA ESPOSA, A PESAR DE QUE EN EL CONVENIO REGULADOR SE ESTABLECIÓ UN PLAZO DE TIEMPO

SAP de Sevilla, Sección 2.^a, de 9 de febrero de 2004. Aunque en el convenio regulador se estableció un plazo de atribución del uso de la vivienda familiar, dado que aún continúan conviviendo los hijos en el mismo, procede su atribución a los mismos sin limitación temporal alguna. La Sala desestima el recurso presentado por el ex marido. Declara: *«la limitación temporal en el*

uso del domicilio conyugal contraviene lo dispuesto en el Código Civil respecto que ha de hacerse en favor del cónyuge con quien convivan los hijos, toda vez que el tiempo fijado en el convenio regulador en modo alguno puede garantizarse que no vulnera esa expectativa de los hijos a residir en el domicilio que fue familiar, mientras convivan con alguno de sus progenitores y no hayan finalizado su período de educación y dependencia paterna».

7. SENTENCIA EN LA QUE NO SE ACCEDE A LA PETICIÓN DE DIVIDIR LA VIVIENDA FAMILIAR EN DOS PARTES. DENEGACIÓN DE LA PRETENSIÓN DE LA *ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO*

SAP de Málaga, Sección 4.^a, de 31 de diciembre de 2005. Se impugna el pronunciamiento de la sentencia de 1.^a Instancia que desestima la petición formulada para que la vivienda se divida en dos partes. Existe una sentencia condenatoria para el esposo por amenazar a su esposa con quemar la casa con ella dentro, con orden de alejamiento incluida. Argumenta la Sala, *«que no procede acceder a su petición de que la vivienda familiar se divida en dos partes y se acuerde el uso compartido, a pesar de las alegaciones del recurrente que quiere hacer ver que se trató de un hecho aislado y que antes eran un matrimonio sin problemas»*. La Sala confirma la sentencia recurrida, declarando la atribución del uso exclusivamente a favor de la esposa e hija común del matrimonio.

8. SENTENCIA EN LA QUE SE CONTEMPLA UN SUPUESTO ESPECIAL DE ATRIBUCIÓN DEL USO COMPARTIDO DE LA VIVIENDA A AMBOS CÓNYUGES

SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 12 de junio de 2001. Se solicita el uso compartido de la vivienda por no tener capacidad económica independiente cada uno de los cónyuges, significando que no existía violencia entre ambos y que convivían con la hija, manteniendo una relación exenta de conflictividad. Ambas partes, apelante y apelada, muestran su conformidad en este punto, a pesar de que la sentencia apelada, consciente de la problemática que en torno a la misma existía, acabó por no atribuir a ninguno de los cónyuges. Esta problemática viene determinada por la situación de ambos cónyuges, ya que carecen de independencia económica. Los ingresos del matrimonio se sustentan en una pensión del marido que percibe de la Seguridad Social de 93.848 pesetas, y residen en un piso de 54 metros cuadrados. Estos condicionantes económicos y la falta de recursos económicos de la esposa impidió al juzgador de instancia una atribución exclusiva del referido inmueble a uno de los cónyuges por tiempo indefinido, y asimismo rechazó una atribución temporal de la casa a los cónyuges encaminada a la liquidación efectiva del bien ganancial, dado que por la escasa extensión de la vivienda, la renta obtenida no solventaría la solución de alojamiento a ninguno de ellos.

La Audiencia, a la vista de las causas alegadas en la separación y que provocaron la crisis conyugal, y el contenido de los escritos de las notas de vistas, en el cual el propio esposo reconoce *«como solución satisfactoria la de vivir en el mismo inmueble con su ex mujer teniendo cada uno vidas separadas»* declara: *«no observando conflictividad en el mantenimiento de la vida de los interesados en el mismo domicilio, lo que las partes instan, tal y como interesaron expresamente, de conformidad y en los márgenes auspiciados en el artículo 87 del Código*

Civil y por causas de necesidad, se está en el caso de acceder a lo solicitado y acordar la atribución y uso compartido de la vivienda familiar por los dos cónyuges, habida cuenta, además, la presencia en el hogar de la hija común».

9. SENTENCIAS EN LAS QUE SE ATRIBUYE EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR DE FORMA ALTERNATIVA A AMBOS CÓNYUGES HASTA LA LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES

SAP de Valladolid, Sección 3.^a, de 13 de abril de 2004. Recurre la esposa la sentencia de 1.^a Instancia alegando, en síntesis, infracción por aplicación indebida del artículo 96 del Código Civil, considerando que le debió ser atribuido el uso exclusivo de la vivienda familiar al ser el suyo el interés más necesitado de protección. No lo estima así la Sala, desestimando el recurso presentado. Confirma que no debe modificarse la medida adoptada: el uso anual y alternativo de la vivienda común por sus dos titulares hasta la efectiva liquidación de la sociedad de gananciales, habida cuenta además que la hija común convive con el padre. Concluye la Sala: *«Tal decisión tiene un claro fundamento en las previsiones y pautas marcadas por el artículo 96 del Código Civil, y además en el orden práctico contribuirá a una pronta liquidación del patrimonio ganancial, como desean ambas partes».*

SAP de Madrid, Sección 24.^a, de 9 de mayo de 2002. La Sala desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de 1.^a Instancia. El matrimonio no tiene hijos y fue de escasa duración, por ello atribuye el uso de la vivienda alternativamente a las partes hasta la liquidación de los bienes gananciales. *«Procede desestimar el presente recurso ... ya que, en efecto, en este matrimonio no hubo hijos, es de escasa duración y, de lo actuado, no se aprecia un interés preferente en ninguno de los cónyuges, por ello, debe atribuirse el uso alternativamente a las partes, es correcto el plazo concedido para tales usos y ello favorecerá la pronta liquidación de los gananciales».*

10. SENTENCIAS EN LAS QUE NO SE CONTEMPLA LA ATRIBUCIÓN DEL USO ALTERNATIVO DE LA VIVIENDA A AMBOS CÓNYUGES

SAP de Badajoz, Sección 3.^a, de 21 de junio de 2006. Solicita el esposo, en grado de apelación, el uso de la vivienda familiar de forma compartida y periódica y, en su caso, subsidiariamente, que se atribuya durante un año a la esposa. Argumenta la Sala la improcedencia de acceder a lo solicitado, habiéndose demostrado el interés más necesitado de protección de la esposa.

Señala la Sala: *«Que procede denegar la atribución de dicho uso de forma compartida y periódica, cual solicita el recurrente, ya que la mera situación de conflicto familiar patentizada en el presente proceso, hace desaconsejable la co-existencia que pudiera derivarse de tal uso del inmueble, por demás molesto y originador, sin duda, de mayores enfrentamientos entre ambos, por lo que procede mantener la atribución de su uso con carácter exclusivo a la esposa, por ser, sin duda, el interés más necesitado de protección en el presente caso (...) y con la que queda habitando el hijo del matrimonio, aun no independiente ni familiar ni económicamente, puesto que el artículo 96 del Código Civil atribuye el uso de la vivienda conyugal y de los objetos de uso diario de ella, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, y, como criterio subsidiario, le atribuye a favor del cónyuge*

cuyo interés esté más necesitado de protección, cual se desprende asimismo del artículo 103.2.º del Código Civil».

Respecto a la petición subsidiaria del esposo, es muy firme la Sala siguiendo el hilo conductor anterior para denegar lo solicitado. Señala: *«Dadas las circunstancias personales del hijo que queda en compañía de la madre, y que aún cursa 4.º de ESO, por lo que es de prever que todavía tiene por delante una larga y necesaria preparación de formación profesional (...) hasta que pueda alcanzar dicha autonomía económica e independencia familiar».*

SAP de Málaga, Sección 6.ª, de 18 de febrero de 2004. No procede el uso por períodos alternos de la vivienda. Se atribuye el uso de la vivienda familiar a la esposa hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, al ser el interés de ésta el más necesitado de protección, dado el padecimiento de una patología depresiva que la ha llevado a tres intentos de suicidio.

La sentencia de instancia estima en parte la demanda de modificación de las medidas adoptadas en los autos de separación en lo relativo al uso y disfrute de la vivienda familiar (la hija menor del matrimonio reside con su abuela en otra ciudad), acordando que desde la fecha de la misma el uso será por períodos alternos anuales, comenzando por la esposa. Recurrida la sentencia, analiza la Sala el interés más necesitado de protección, el aspecto económico y personal de los esposos. El padecimiento por la esposa de una patología depresiva de carácter crónico —aunque en principio no le impide desarrollar una actividad laboral— sí debe tenerse en cuenta y ser valorado a la hora de analizar cuál sea el interés más necesitado de protección, que indudablemente es la demandada. Considera la Sala la conveniencia de denegar la modificación pretendida, y por tanto, el mantenimiento de la medida en su día acordado de atribuir el uso y disfrute del que fue hogar conyugal a la esposa, por ser el interés más necesitado de protección.

SAP de Sevilla, Sección 2.ª, de 24 de julio de 2003. Se confirma la sentencia de 1.ª Instancia. No se considera factible la atribución alternativa de la vivienda por semestres a uno y otro cónyuge que postula el marido por lo problemático de la medida, ya que son evidentes las dificultades y los trastornos que tal régimen entraña. Mantiene la Sala la atribución de uso de la vivienda familiar a la esposa (con ingresos sensiblemente inferiores a los del marido) y a los hijos del matrimonio que, aunque mayores de edad, no han alcanzado la plena independencia económica.

11. SENTENCIA EN LA QUE NO SE CONTEMPLA EL USO ALTERNATIVO DE LA SEGUNDA RESIDENCIA PORQUE NO CONSTITUYE DOMICILIO FAMILIAR

SAP de Madrid, Sección, 24.ª, de 30 de noviembre de 2006. En la parte dispositiva de la sentencia de divorcio contencioso, entre otros pronunciamientos, la sentencia acuerda atribuir el uso alternativo a ambos cónyuges de la segunda residencia que posee el matrimonio en la provincia de Marbella, por períodos de seis meses.

Recurrida en apelación la sentencia, la Sala en este punto revoca la sentencia del Juzgador de Instancia. Declara al respecto: *«El primer motivo del recurso que se deduce por la parte actora, que va referido al uso de vivienda que no constituye domicilio familiar, ha de ser estimado, con revocación de la sentencia de instancia, toda vez que, como con acierto sostiene la parte, la única atribución de uso que se contempla en el Código Civil, lo es al amparo del artículo 96*

del mismo, y lo es de la vivienda familiar, y a efectos de mero asentamiento, de donde excede del ámbito del derecho de familia la atribución alternativa hecha, sin perjuicio de lo que resulte del proceso de liquidación de la sociedad legal de gananciales».

12. SENTENCIA QUE CONTEMPLA COMO VIVIENDA FAMILIAR LA PRIVATIVA DE LA ESPOSA DONDE VENÍA RESIDIENDO EL MATRIMONIO, A PESAR DE EXISTIR OTRA VIVIENDA PROPIEDAD DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

SAP de Pontevedra, Sección 3.^a, de 23 de enero de 2007. El matrimonio venía residiendo, hasta la fecha de instar el procedimiento de separación matrimonial, en una vivienda que ha devenido privativa de la esposa en virtud de un contrato vitalicio concertado con sus padres. El matrimonio tiene otra vivienda de carácter ganancial. Impugna la esposa la sentencia de 1.^a Instancia que fija el domicilio familiar en la vivienda que venía residiendo el matrimonio. La Sala confirma la sentencia.

Fundamenta su decisión señalando que: *«En la pretensión de la esposa no se aprecia un verdadero interés familiar, sino más bien un puro y privado interés económico con vistas a la futura liquidación de la sociedad económica matrimonial»*. Argumenta la Sala que lo único ahora importante es determinar el domicilio familiar para que en él continúen viviendo los hijos en compañía de la madre. Concluye la Sala: *«Su derecho de propiedad es actual y además viene siendo el domicilio real de la familia, por lo que es correcto mantenerlo así, con independencia de la existencia de otra casa que también pudo ser domicilio, pero no lo es ni necesita serlo en la actualidad»*.

13. SENTENCIA EN LA QUE SE CONTEMPLA LA EXTINCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA ATRIBUIDO A DOS HIJOS MAYORES DE EDAD, POR PODER ACCEDER ESTOS AL MERCADO LABORAL

SAP de Alicante. Sección 4.^a, de 13 de junio de 2001. Se produce la extinción del uso de la vivienda atribuida en sendas sentencias de separación y divorcio a dos hijos mayores de edad. La Sala declara la extinción del derecho de uso de la vivienda concedida a los hijos mayores de edad, aunque no conste que en la actualidad ejerzan empleos regulares, ya que con independencia de la posibilidad de que realicen actividades retribuidas de otro tipo, tampoco se encuentran cursando estudios, debiendo entenderse que ya han accedido al mercado laboral, no pudiendo afirmarse por tanto que el interés de aquellos sea el más necesitado de protección.

14. SENTENCIAS EN LAS QUE SE CONTEMPLA LA EXTINCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO EL HIJO YA ES INDEPENDIENTE ECONÓMICAMENTE, Y EN DICHO DOMICILIO SE HA CONSTITUIDO EL NUEVO NÚCLEO FAMILIAR DE LA EX ESPOSA Y SU NUEVO ESPOSO

SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 6 de octubre de 2004. Se estima el recurso contra la sentencia de 1.^a Instancia. Consideración del convenio como vinculante para las partes en aquellas materias que pueden ser objeto de libre

disposición por los contratantes, como es, entre otras, la vivienda conyugal. Procede extinguir el derecho de uso de la vivienda, propiedad exclusiva del esposo, por incumplimiento de la beneficiaria de la obligación asumida en su día en el convenio regulador de no mantener ninguna convivencia con tercero en dicho inmueble.

SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 2 de septiembre de 2002. El recurso que interpone la ex esposa no prospera y se confirma la sentencia de instancia. Declara la Sala que, *«al ser la vivienda copropiedad de ambos consortes y ser el hijo mayor de edad y económicamente independiente, ha perdido la finalidad por la que aquél fue atribuido y no puede olvidarse ni desconocerse que la asignación del uso de la vivienda familiar concurriendo tales circunstancias nunca puede tener carácter indefinido»*. Doctrina, indica, que vienen sosteniendo la práctica totalidad de las Audiencias Provinciales (citando gran número de sentencias). Y en el mismo sentido cita la STS de 23 de noviembre de 1998. Finalmente la Audiencia declara, *«pero es más, y ello es realmente trascendente, el piso de constante alusión ha perdido en el supuesto, objeto de examen, el carácter propio de domicilio familiar y por mor del cual fue atribuido a la esposa y al hijo del actor-apelado, toda vez que en el mismo habita una familia distinta de la constituida en su día por los aquí litigantes y su hijo, al haberse casado nuevamente la demandada y servir tal vivienda de morada al nuevo núcleo familiar. En consecuencia, procede asimismo ratificar en este concreto extremo la resolución apelada que declara extinguida la atribución del uso del domicilio conyugal a la esposa e hijo del demandante»*.

15. SENTENCIA EN LA QUE SE CONTEMPLA EL MANTENIMIENTO DE LA ATRIBUCIÓN Y USO DE LA VIVIENDA A LA ESPOSA, HASTA QUE LOS HIJOS QUE CON ELLA CONVIVEN SEAN INDEPENDIENTES ECONÓMICAMENTE

SAP de Madrid, Sección 24.^a, de 12 de mayo de 2005. Revoca la Sala el pronunciamiento de instancia que atribuía el uso de la vivienda hasta que las hijas alcanzaran la mayoría de edad. Declara la sentencia que el uso del domicilio familiar y la pensión de alimentos de las hijas subsistirá, aún alcanzada la mayoría de edad, mientras convivan en el domicilio familiar y carezcan de independencia económica y se den los demás requisitos legales y jurisprudenciales al respecto.

16. SENTENCIA QUE MODIFICA LA ATRIBUCIÓN Y USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR A FAVOR DE LA MENOR POR EL CAMBIO DE GUARDA Y CUSTODIA

SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 17 de febrero de 2003. El matrimonio se separa de mutuo acuerdo y en el convenio regulador de 15-6-1992 se atribuye la guarda de la hija menor a la madre; se fijan alimentos a cargo del padre y se atribuye a la esposa e hija el uso y disfrute de la vivienda familiar. El proceso de divorcio fue contencioso, el padre pretendía que se atribuyese a él la guarda y custodia de la hija. Se dicta sentencia el 19-6-1996. Se mantiene la custodia de la hija a la madre y se atribuye el domicilio familiar a la esposa, sin mencionar a la hija como beneficiaria del uso, y fijó contribución económica a las cargas del matrimonio a cargo del ex marido.

En el año 2000 la hija decide pasar a residir con su padre, a cuyo efecto abandonó la que había sido la vivienda familiar. Ante este nuevo hecho, el ex marido presenta demanda el 14-4-2001 para modificar los efectos de la sentencia de divorcio. Solicita que se confirme la situación de hecho, se atribuya la guarda y custodia de la hija al padre y se atribuya a éste y a la hija el uso de la vivienda familiar. Se opuso su ex esposa y convocadas las partes a juicio, llegaron el mismo a un acuerdo «que fue aprobado» y recogido en la sentencia de 10-10-2001. En dicha sentencia y en virtud del acuerdo alcanzado se atribuyó la guarda y custodia de la hija menor al padre, se fijaron alimentos a cargo de la madre, y por lo que concierne a la vivienda familiar, se atribuyó a la ex esposa pero sólo hasta el 30 de enero de 2002. Antes de dicha fecha debía procederse a la tasación de la vivienda, de modo que llegada esta fecha, el inmueble se adjudicase a aquel de los consortes que mayor precio ofreciese por la mitad indivisa del otro.

Llegado el 30 de enero, la ex esposa no pudo cumplir el pacto porque ya no era dueña de la mitad indivisa, la había perdido a consecuencia de un juicio ejecutivo en 1998 que había sufrido por impago de un préstamo. En esta situación, el ex esposo presenta demanda solicitando que se atribuya el uso de la vivienda a la hija y a su padre, invocando exclusivamente la imposibilidad de cumplimiento del pacto que hemos referido. Argumenta que todo había sido una maquinación de la esposa para evitar la disolución de la copropiedad evitando el uso a favor de la hija menor. En definitiva, la única razón en la que el demandante funda en este litigio su petición de que se le atribuya el uso de la vivienda familiar es la circunstancia de tener atribuida la guarda y custodia de la hija menor. Razón que el Juzgado acogió.

Impugnada la sentencia, la Sala determina que habrá que examinar los motivos de la hija para considerar si ha lugar o no al cambio de la vivienda, lo que deberá denegarse si el cambio es inmotivado o caprichoso. Indica que con ese fundamento exclusivo (decisión de la hija de vivir con el otro progenitor), no puede aceptarse la medida de cambio de uso de vivienda familiar. Sin embargo en el presente caso, la parte demandada no ha opuesto que estemos ante un cambio arbitrario por parte de la hija, más bien, al contrario, la madre ha manifestado respeto hacia la decisión de su hija. La Sala, ante esta situación, confirma la decisión del Juzgado, aunque no, desde luego, porque las cosas sean, sin más, como entiende la sentencia apelada, sino porque la demandada no ha alegado que estemos en un supuesto de cambio inmotivado o caprichoso por parte de la hija, tema que no ha sido introducido en el debate procesal.

17. SENTENCIA QUE NO MODIFICA LA ATRIBUCIÓN Y USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR A FAVOR DE LA MENOR POR EL CAMBIO DE GUARDA Y CUSTODIA

SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.^a, de 14 de enero de 2005. Brevemente señalar que son las circunstancias concurrentes en el caso las que determinan la decisión de la Sala. Argumenta que el cambio en la guarda y custodia de la menor no tiene por qué llevar automáticamente a la aplicación del artículo 96 del Código Civil respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar, cuando el padre, que es a quien se le atribuye la custodia, convive con su compañera sentimental y dos hijas en otro domicilio.

18. SENTENCIAS EN LAS QUE SE CONTEMPLA LA EXTINCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR POR SU NO USO

SAP de Palencia, de 17 de mayo de 2005. Revoca la Sala la sentencia impugnada. Declara que no procede la atribución del uso de la vivienda a la esposa, ya que consta que ella reside en casa de sus padres en otra población distinta, por lo que es más ajustado atribuir dicho uso al esposo que sí reside en la localidad donde se halla la finca. No existen hijos en el matrimonio.

SAP de Sevilla, Sección 2.^a, de 25 de junio de 2004. No prospera el recurso. No procede atribuir el uso de la vivienda familiar al esposo y a la hija, ya que no residen en la ciudad donde se ubica aquélla, siendo indiferente que como manifiesta aquél, la residencia actual en otra ciudad sea meramente provisional.

SAP de León, Sección 3.^a, de 3 de junio de 2004. Se modifica el uso de la vivienda que fue familiar, a favor del esposo, por falta de utilización por la esposa e hijas, no siendo procedente la atribución a éstas para usarla sólo en temporadas o fines de semana. Confirma la sentencia de 1.^a Instancia.

SAP de Baleares, Sección 5.^a, de 3 de octubre de 2003. Extinción de la atribución del uso de la vivienda, ya que la esposa no habita la misma, habiéndose desplazado a otra ciudad, sin que pueda tener trascendencia la alegación de que dicha situación es transitoria y provisional por obedecer a la necesidad de atender a la madre y a la abuela, siendo significativo, a estos efectos, que el menor acuda al colegio en dicha ciudad y no donde está la vivienda familiar. La Sala declara que *«procede estimar dicho motivo del recurso y dejar sin efecto el derecho del artículo 96 concedido a la madre, si bien, ello tendrá escasa repercusión práctica atendido el desalojo de la vivienda por la demandada en el curso de un procedimiento de desahucio por precario habida en fecha reciente anterior»*. No obstante, concluye la sentencia con una declaración un tanto sorpresiva, ya que a la vez deniega la atribución al esposo de dicha vivienda conyugal por cuanto no se aprecia motivo alguno para ello, atendiendo al hecho de que la guarda y custodia del hijo menor corresponde a la madre.

SAP de Alicante, Sección 4.^a, de 17 de julio de 2003. Se extingue la atribución del uso de la vivienda familiar al no utilizarla la hija ni la madre a quien se le concedió, hechos acreditados por los recibos de agua y luz. La resolución judicial de instancia acogió en parte la demanda de modificación de medidas promovida por el actor, declarando extinguido el derecho de uso de la vivienda otorgado a la demandada y a la hija menor del matrimonio en el proceso de separación. Confirma la Sala la resolución judicial. Declara que ha quedado probado a través de la prueba documental y testifical practicada el consumo inapreciable de agua y luz a partir del tercer trimestre de 2002. Se ha demostrado que la recurrente ya no utiliza la vivienda familiar y dispone de una nueva donde reside con la hija del matrimonio y su compañero sentimental.

19. SENTENCIA EN LA QUE NO SE ATRIBUYE EL USO Y DISFRUTE DE LA VIVIENDA A LA ESPOSA POR PERTENECER A LOS PADRES DEL ESPOSO

SAP de Lugo, Sección 2.^a, de 15 de abril de 2005. Confirma la Sala la sentencia de 1.^a Instancia. La Sala estima que, teniendo en cuenta que la vivienda familiar pertenece a los padres del esposo, se considera adecuado,

a fin de evitar futuros procedimientos, no atribuir el uso de la vivienda a la esposa y en cambio elevar la cuantía de la pensión compensatoria.

20. SENTENCIA EN UN SUPUESTO EN QUE LA SEGUNDA VIVIENDA SE CONSIDERA DOMICILIO FAMILIAR

SAP de Málaga, Sección 6.^a, de 15 de junio de 2004. Interesa la recurrente que se suprima la atribución del uso de una vivienda a su esposo aduciendo que la misma es privativa y no tiene carácter de domicilio habitual. Se desestima el recurso interpuesto. Analiza la Sala el contenido de domicilio familiar. Afirma: *«que la segunda vivienda, sin duda alguna, ha de considerarse domicilio familiar, pues aun cuando su uso se limite a los fines de semana y tiempo de vacaciones, pues ésa es su finalidad, continúa contemplándose como un bien adscrito al servicio del conjunto familiar, y siendo esto así, resulta que las respectivas viviendas privativas de cada uno de los esposos estaban destinadas a domicilio familiar»*, concluye: *«que parece lo más adecuado atribuir al esposo el uso de la vivienda porque ello redundará, en definitiva, en beneficio de los menores en el tiempo que pasen en compañía de su padre»*.

21. SENTENCIAS EN LAS QUE LA SEGUNDA VIVIENDA NO SE CONSIDERA VIVIENDA FAMILIAR

SAP de Madrid, Sección 24.^a, de 12 de mayo de 2005. La Sala desestima el recurso planteado. Declara que no procede en el procedimiento matrimonial hacer atribución de uso de una vivienda que no constituye domicilio familiar, y menos aun cuando además se encuentra alquilada a un tercero. Las rentas del alquiler de una segunda vivienda pertenecen a la sociedad de gananciales y no pueden ser atribuidas a un solo cónyuge.

SAP de Ciudad Real, Sección 1.^a, de 18 de mayo de 2005. La Sala desestima el recurso planteado. Solicitaba el marido el uso exclusivo de una segunda vivienda propiedad de ambos cónyuges. Declara la Sala que no ha lugar a atribuir al esposo el uso en exclusiva del otro inmueble propiedad de la sociedad de gananciales y que no constituye vivienda familiar, sin perjuicio de lo que resulte de la liquidación que de la sociedad de gananciales se realice.

SAP de Cádiz, Sección 1.^a, de 11 de febrero de 2004. No teniendo el carácter de familiar la vivienda respecto a la cual la esposa solicita la atribución de su uso, no puede por vía del artículo 96 del Código Civil procederse a tal atribución. A esta conclusión llega la Sala en la sentencia, quedando la disputada vivienda al margen del estatuto regulador del divorcio, y sometida como el resto de los posibles bienes del matrimonio, al proceso de liquidación de la extinta sociedad de gananciales.

22. SENTENCIA EN LA QUE NO SE ATRIBUYE EL USO Y DISFRUTE DE LA VIVIENDA A LA ESPOSA POR RESIDIR CON SUS PADRES EN UNA LOCALIDAD DISTINTA A LA VIVIENDA FAMILIAR

SAP de Palencia, de 17 de mayo de 2005. Revoca la Sala la sentencia impugnada. Declara que no procede la atribución del uso de la vivienda a la esposa, ya que consta que ella reside en casa de sus padres en otra población

distinta, por lo que es más ajustado atribuir dicho uso al esposo que sí reside en la localidad donde se halla la finca. No existen hijos en el matrimonio.

23. SENTENCIA EN LAS QUE SE PRIVA DEL USO DE PARTE DE LA VIVIENDA FAMILIAR AL EX ESPOSO, EN ATENCIÓN A QUE HAY QUE PONER REMEDIO A UNA SITUACIÓN DE ANÓMALA PROXIMIDAD, ORIGEN DE CONTINUOS CONFLICTOS ENTRE LOS EX CÓNYUGES

SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 29 de abril de 2004. Uso compartido de una vivienda (propiedad de la ex mujer) de dos plantas, que venían utilizando hasta la sentencia de divorcio ambos cónyuges. Motivos del recurso: el ex esposo pidió revocar el pronunciamiento de la sentencia de divorcio que atribuye a la actora el uso de la totalidad de la vivienda, sin reconocer al ex esposo el uso de toda o parte de la mencionada finca que venía usando hasta esa fecha.

Alega el recurrente ser cosa juzgada por incidir las identidades de personas y cosas, y causas de pedir (ya se discutió este punto en sentencia de separación y modificación de efectos de separación) y pidió revocar el pronunciamiento de la sentencia de divorcio que atribuye a la actora el uso de la totalidad de la finca. La Sala confirma la sentencia. Declara: *«que la cosa juzgada material presenta en Derecho de Familia características propias que la someten a revisión por alteración sustancial de las circunstancias, para lo cual hay que estar a lo que en cada momento se alegue y pruebe, respecto a las medidas complementarias dictadas en anteriores procedimientos de medidas provisionales, o definitivas, de separación o divorcio ... cuando esto ocurre, no hay incongruencia en los fallos ni violación de cosa juzgada material, si la resolución judicial posterior responde a situaciones fácticas distintas de las contempladas en procesos anteriores»*. Partiendo de esta premisa desestima el recurso presentado por el ex esposo, ya que no se trata de la posibilidad de ocupar dos viviendas, sino de poner remedio a una situación de anómala proximidad origen de continuos conflictos entre ellos.

24. SENTENCIA QUE ATRIBUYE EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR AL ESPOSO, EN CUYA COMPAÑÍA HAN QUEDADO LOS HIJOS DEL MATRIMONIO, AUNQUE EL MATRIMONIO POSEA VARIAS VIVIENDAS EN LA MISMA CIUDAD. CARÁCTER IMPERATIVO DEL ARTÍCULO 96 SALVO LA EXISTENCIA DE PREVIO ACUERDO JUDICIALMENTE APROBADO

SAP de Cáceres, Sección 1.^a, de 22 de junio de 2006. Se desprende del relato de los hechos, por no haber tenido acceso a la sentencia de 1.^a Instancia lo siguiente: El Juez *a quo* no determina en el fallo de la sentencia la atribución de la vivienda que venía constituyendo el hogar familiar por concurrir la existencia de varias viviendas del matrimonio y el cónyuge (padre), a cuyo cuidado y custodia quedaron los hijos, no solicitó tal atribución en su Escrito Expositivo. La Sala argumenta que esas circunstancias concurrentes resultan irrelevantes para evitar pronunciarse la sentencia sobre la atribución del uso de la vivienda familiar.

Se pronuncia la Sala sobre ambas cuestiones. Señala que es indiferente que los cónyuges tuvieran un importante patrimonio inmobiliario, también que resulta irrelevante si el cónyuge al cuidado del cual quedaron los hijos haya solicitado o no la atribución del uso de la vivienda familiar, ya que esta

medida, en cuanto afecta a los hijos menores, puede adoptarse de oficio por el Órgano Jurisdiccional.

Concluye la Sala: «Luego, si la guarda y custodia sobre los hijos menores habidos en el matrimonio se han atribuido al padre habrá de ser a los hijos y a don M. A. a quienes se adjudique el uso de la vivienda familiar conforme dispone el artículo 96, precepto cuya aplicación es imperativa salvo —insistimos— la existencia de previo acuerdo judicialmente aprobado. Por tanto y en la medida en que el Juez de instancia, en la sentencia recurrida, ha omitido toda decisión sobre la atribución del domicilio familiar, dicha omisión habrá de ser integrada adicionando a las medidas adoptadas en el fallo de la misma, la siguiente: se atribuye a los hijos habidos en el matrimonio y a don M. A. —cónyuge en cuya compañía quedan— el uso de la vivienda familiar sita en...».

RESUMEN

VIVIENDA FAMILIAR

La más reciente doctrina de las Audiencias Provinciales determina que en aquellos casos de crisis matrimonial (léase nulidad, separación o divorcio) ha de hacerse la atribución y uso de la vivienda familiar, aplicando la norma del artículo 96, párrafo 3.º («No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de la vivienda familiar, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección»), atendiendo al interés más necesitado de protección, en concordancia con el interés familiar prescrito en el artículo 103.2.º, considerado como un principio general del Derecho que debe informar la aplicación de las normas que afectan a esta materia.

ABSTRACT

FAMILY HOME

The latest provincial appellate court doctrine finds that in cases of matrimonial crisis (i.e. annulment, separation or divorce) the assignment and use of the family home must be done by applying article 96.3 («There being no children, it may be accorded that use of the family home, for a prudently set time, falls to the non-owner spouse, provided that the circumstances make this advisable and that said spouse's interest is the one that most needs protection»), in view of the interest that most needs protection, in concordance with the family interest under article 103.2, considering this as a general legal principle that must shape the application of the rules affecting these matters.

1.3. Derechos reales

EL CONTROL REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Civil. Universidad Antonio de Nebrija

I. EL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO COMO CONTRATO DE ADHESIÓN

El crédito hipotecario, y en concreto el derivado de un contrato de préstamo garantizado con hipoteca suele concertarse, en la mayoría de las ocasiones, entre un particular y una entidad financiera o de crédito. Son precisamente estas entidades financieras —los acreedores hipotecarios—, las que imponen o fijan las condiciones del préstamo garantizado, añadiendo en el contrato una serie de cláusulas generales y comunes a la mayoría de ellos, a las que el particular no tiene más remedio que consentir si quiere obtener la financiación solicitada.

La contratación en masa ha alcanzado los contratos bancarios, y las entidades financieras redactan los contratos introduciendo en los mismos un formulario casi tipo, en el que cabe poca negociación por las partes contratantes, demostrando de este modo su mayor fuerza e inclinando la balanza a su favor.

Por este motivo, podemos considerar que, hoy en día, el préstamo hipotecario es un verdadero contrato de adhesión, en el que el predisponente es el acreedor hipotecario (entidad de crédito), y el adherente es el deudor hipotecante (el particular, cliente del Banco o Caja).

Si el préstamo hipotecario es un contrato de adhesión, pues cumple con sus caracteres (a saber: pre-redactado por una de las partes, clausulado tipo, adhesión o rechazo de la otra; en definitiva, ausencia de negociación, y contratación en masa), podemos decir que esas cláusulas pre-redactadas, generalizadas, que se aplicarán en todos los contratos del mismo tipo, son «condiciones generales de la contratación».

En ese caso, el contrato de préstamo hipotecario debe quedar sometido a la regulación que de las condiciones generales de la contratación hace la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) de 1998. En consecuencia, deberán rechazarse aquellas cláusulas que, según esta Ley, sean consideradas nulas, y son nulas las condiciones que contravengan lo dispuesto en esta Ley y las que se consideren abusivas según el criterio establecido en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU) (1), tal y como establece el artículo 8 LCGC (2).

(1) No se puede olvidar, por otra parte, la plena aplicación de esta LGDCU a los servicios bancarios, por considerar al cliente como consumidor final, tal y como ha declarado la SAP de Valencia, de 17 de octubre de 1990, y tal y como lo considera gran parte de la doctrina, entre otros: REYES LÓPEZ, M. J., *Derecho de consumo*, Editorial General de Derecho, Valencia, 1993, pág. 165; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Calificación de los servicios bancarios como servicios de uso común, ordinario y generalizado a los efectos de la LGDCU», en *RDBB*, enero-marzo de 1991, núm. 41, pág. 222.

(2) Artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación: *Nulidad*:

Es decir, habrá que controlar que esas cláusulas predispuestas no sean abusivas, y en el caso de que lo fueran procederá declarar su nulidad y habrá que eliminarlas del contrato en cuestión.

El artículo 10 bis de la LGDCU, introducido a raíz de la LCGC, definía de manera amplia las cláusulas abusivas: «todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la Disposición Adicional de la presente Ley»; y en la Disposición Adicional primera de la misma ley, introducida también por la Ley de Condiciones Generales, se establecía un elenco no taxativo de cláusulas que pueden considerarse abusivas (3).

«1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contratación.

2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y Disposición Adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».

(3) Disposición Adicional Primera de la Ley General en Defensa de Consumidores y Usuarios:

«A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes:

I. *Vinculación del contrato a la voluntad del profesional*

1.^a Las cláusulas que reserven al profesional que contrata con el consumidor un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida, así como las que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor manifestar su voluntad de no prorrogarlo.

2.^a La reserva a favor del profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo, así como la de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado si al consumidor no se le reconoce la misma facultad o la de resolver en un plazo desproporcionadamente breve o si previa notificación con antelación razonable un contrato por tiempo indefinido, salvo por incumplimiento del contrato o por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo.

En los contratos referidos a servicios financieros, lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el profesional esté obligado a informar de ello, en el más breve plazo, a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato. Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de duración indeterminada, siempre que el prestador de servicios financieros esté obligado a informar al consumidor con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el profesional informe de ello inmediatamente a los demás contratantes.

3.^a La vinculación incondicionada del consumidor al contrato aun cuando el profesional no hubiera cumplido con sus obligaciones, o la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor que no cumpla sus obligaciones.

4.^a La supeditación a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del profesional para el cumplimiento de las prestaciones, cuando al consumidor se le haya exigido un compromiso firme.

5.^a La consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del profesional.

6.^a La exclusión o limitación de la obligación del profesional de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes o supeditar sus compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades.

7.^a La estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio, o la facultad del profesional para aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas o sin reconocer al consumidor el derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al inicialmente estipulado.

Lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la adaptación de precios a un índice, siempre que sean legales y que en ellos se describa explícitamente el modo de variación del precio.

8.^a La concesión al profesional del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato.

II. *Privación de derechos básicos del consumidor*

9.^a La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional.

En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos, salvo que se limiten a reemplazar la obligación de saneamiento por la de reparación o sustitución de la cosa objeto del contrato, siempre que no conlleve dicha reparación o sustitución gasto alguno para el consumidor y no excluyan o limiten los derechos de éste a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios y al saneamiento conforme a las normas legales en el caso de que la reparación o sustitución no fueran posibles o resultasen insatisfactorias.

10. La exclusión o limitación de responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o lesiones causados al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquél, o la liberación de responsabilidad por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, sí puede engendrar merma de las garantías de éste.

11. La privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos, así como de la de retención o consignación.

12. La limitación o exclusión de forma inadecuada de la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional.

13. La imposición de renunciaciones a la entrega de documento acreditativo de la operación.

14. La imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor.

III. *Falta de reciprocidad*

15. La imposición de obligaciones al consumidor para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el profesional no hubiere cumplido los suyos.

16. La retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia, sin contemplar indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el profesional.

17. La autorización al profesional para rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o la posibilidad de que aquél se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien rescinda el contrato.

El nuevo texto refundido de la LCDGU, de 16 de noviembre de 2007 (4), en términos muy parecidos a la anterior Ley, define las cláusulas abusivas,

IV. *Sobre garantías*

18. La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica.

19. La imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante.

V. *Otras*

20. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar con cimiento real antes de la celebración del contrato.

21. La transmisión al consumidor de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables.

22. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por Ley imperativa corresponda al profesional. En particular, en la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

23. La imposición al consumidor de bienes servicios complementarios o accesorios no solicitados.

24. Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos por indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresadas con la debida claridad o separación.

25. La negativa expresa al cumplimiento de obligaciones o prestaciones propias del productor o suministrador, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación.

26. La sumisión a arbitrajes distintos del consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para sector o un supuesto específico.

27. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre bien si fuera inmueble, así como los de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor a la elección de fedatario competente según la Ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato.

28. La sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.

29. La imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo.

Las cláusulas abusivas referidas a la modificación unilateral de los contratos y resolución anticipada de los de duración indefinida, y al incremento del precio de bienes y servicios, no se aplicarán a los contratos relativos a valores, con independencia de su forma de representación, instrumentos financieros y otros productos y servicios cuyo precio está vinculado a una cotización, índice bursátil, o un tipo del mercado financiero que el profesional no controle, ni a los contratos de compraventa de divisas, cheques de viaje, o giros postales internacionales en divisas.

Se entenderá por profesional, a los efectos de esta Disposición Adicional, la persona física o jurídica que actúa dentro de su actividad profesional, ya sea pública o privada».

(4) La publicación del Texto Refundido de la Ley General en Defensa de Consumidores y Usuarios, de 16 de noviembre de 2007, ha coincidido en el tiempo con la

en el artículo 82, de la siguiente forma: «Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». A continuación, en los artículos 85 a 91 LGDCU se establece una relación de aquellas cláusulas que pueden ser abusivas, agrupándolas en seis grandes grupos: 1. Las que vinculan el contrato a la voluntad del empresario (art. 85); 2. Las que limitan los derechos básicos del consumidor (art. 86); 3. Las que carecen de reciprocidad (art. 87); 4. Las que suponen una sobre-garantía (art. 88); 5. Las cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato; y 6. Las cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable.

La relación de cláusulas que establece la nueva Ley, se encuentran agrupadas en los cuatro mismos sectores que lo hacía la antigua, si bien, añade como tipos especiales las cláusulas que afectan al perfeccionamiento y ejecución de los contratos y las que vulneren la competencia y derecho aplicable, asimismo, elimina el apartado de «Otras». En general, la lista de cláusulas abusivas es muy similar a la de la anterior Ley.

Entre todas esas cláusulas consideradas abusivas, podemos destacar las que hacen referencia a los contratos bancarios en particular, como son las contempladas para servicios financieros (párrafo 2.º de la antigua Ley, actual art. 85.3); las que establecen garantías desproporcionadas (párrafo 18 antigua LGDCU, y actual art. 88), o las de falta de reciprocidad entre las obligaciones de los contratantes (los párrafos 15, 16 y 17 antiguos, actual art. 87), y muchas de las contenidas en el actual artículo 89 sobre la ejecución y perfeccionamiento del contrato (5).

redacción de este artículo, por lo que me he visto obligada a introducir la nueva normativa de forma rápida, sin casi tiempo a examinarla, limitándome a dejar constancia de la misma. Por eso, todas las referencias jurisprudenciales y los comentarios sobre la LGDCU que aparecen en ese análisis son anteriores a la publicación del texto refundido.

(5) Véanse los artículos 85 a 90 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, de 16 de noviembre de 2007:

Artículo 85. Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario

Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes:

1. Las cláusulas que reserven al empresario que contrata con el consumidor y usuario un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida.

2. Las cláusulas que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor y usuario no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor y usuario manifestar su voluntad de no prorrogarlo.

3. Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato.

En los contratos referidos a servicios financieros, lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el empresario se reserve la facultad de modificar, sin previo aviso, el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate

¿Cuáles de todas las cláusulas del préstamo o crédito hipotecario pueden ser abusivas?

de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna.

Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de servicios financieros de duración indeterminada por los motivos válidos expresados en él, siempre que el empresario esté obligado a informar al consumidor y usuario con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el empresario informe de ello inmediatamente a los demás contratantes.

4. Las cláusulas que autoricen al empresario a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad, o las que le faculen a resolver los contratos de duración indefinida en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable.

Lo previsto en este párrafo no afecta a las cláusulas en las que se prevea la resolución del contrato por incumplimiento o por motivos graves, ajenos a la voluntad de las partes, que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del contrato.

5. Las cláusulas que determinen la vinculación incondicionada del consumidor y usuario al contrato aún cuando el empresario no hubiera cumplido con sus obligaciones.

6. Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

7. Las cláusulas que supongan la supeditación a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del empresario para el cumplimiento de las prestaciones, cuando al consumidor y usuario se le haya exigido un compromiso firme.

8. Las cláusulas que supongan la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario.

9. Las cláusulas que determinen la exclusión o limitación de la obligación del empresario de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes o supeditar sus compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades.

10. Las cláusulas que prevean la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio o las que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas y sin reconocer al consumidor y usuario el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado.

Lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la adaptación de precios a un índice, siempre que tales índices sean legales y que en el contrato se describa explícitamente el modo de variación del precio.

11. Las cláusulas que supongan la concesión al empresario del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato.

Artículo 86. Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario

En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean:

1. La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario.

En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor y usuario, las normas legales sobre conformidad con el contrato de los bienes o servicios puestos a su disposición o limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad.

Vamos a realizar, a continuación, un breve examen de aquellas cláusulas que hasta ahora han sido consideradas como abusivas en el préstamo hipotecario, o al menos las más llamativas o importantes.

2. La exclusión o limitación de la responsabilidad del empresario en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o por las lesiones causadas al consumidor y usuario por una acción u omisión de aquél.

3. La liberación de responsabilidad del empresario por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste.

4. La privación o restricción al consumidor y usuario de las facultades de compensación de créditos, retención o consignación.

5. La limitación o exclusión de la facultad del consumidor y usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario.

6. La imposición de renunciaciones a la entrega de documento acreditativo de la operación.

7. La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario.

Artículo 87. Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad

Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular:

1. La imposición de obligaciones al consumidor y usuario para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el empresario no hubiere cumplido los suyos.

2. La retención de cantidades abonadas por el consumidor y usuario por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario.

3. La autorización al empresario para resolver el contrato discrecionalmente, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad.

4. La posibilidad de que el empresario se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones, aún no efectuadas, cuando sea él mismo quien resuelva el contrato.

5. Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva.

En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecúen al servicio efectivamente prestado.

6. Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al profesional de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.

Artículo 88. Cláusulas abusivas sobre garantías

En todo caso, se considerarían abusivas las cláusulas que supongan:

1. La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido.

II. LAS POSIBLES CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Dentro del elenco que recogía la Disposición Adicional primera de la LGDCU y los artículos 85-90 del nuevo texto refundido, existen varias cláusulas que podrían encontrarse en el contrato de préstamo hipotecario y que podrían resultar abusivas.

Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica.

2. La imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y usuario en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante.

3. La imposición al consumidor de la carga de la prueba sobre el incumplimiento, total o parcial, del empresario proveedor a distancia de servicios financieros de las obligaciones impuestas por la normativa específica sobre la materia.

Artículo 89. *Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato*

En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas:

1. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

2. La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables.

3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario.

En particular, en la compraventa de viviendas:

a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

b) La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación.

c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.

d) La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad.

4. La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados.

5. Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación.

6. La negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del empresario, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación.

7. La imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo.

8. 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.

Entre ellas, y escogiendo entre la enumeración que de las cláusulas abusivas, en general, recoge GÓMEZ GALLIGO (6), podríamos destacar que son cláusulas abusivas propias de un préstamo hipotecario:

- Las que supongan un desequilibrio contractual entre las partes; como por ejemplo: la modificación unilateral del contrato por la entidad bancaria; supeditación del contrato a una condición que dependa de la voluntad del profesional; cláusulas de redondeo al alza en los intereses. En este sentido, la DGRN, en la Resolución de 7 de septiembre de 1988, considera que hay que excluir de un contrato de préstamo hipotecario, por abusiva, la cláusula que permitía a la entidad crediticia fijar la variación del interés variable conforme al interés preferencial de la propia entidad. Del mismo modo, la RDGRN, de 26 de noviembre de 1990, excluía de una hipoteca la cláusula por la que se fijaba unilateralmente por el acreedor hipotecario, las obligaciones debidas y garantizadas.
- Las que supongan privación de los derechos básicos del consumidor: imposición al consumidor de la renuncia al derecho a recibir la finca libre de cargas, o a elegir la entidad financiera, o al obligarle a la subrogación en la hipoteca constituida por el promotor en el edificio.
- Las que consistan en sobregarantías: la imposición al consumidor de establecer, además de la garantía hipotecaria, otras como una condición resolutoria y una letra de cambio.
- En el apartado de otras, podemos destacar: la necesidad de añadir al préstamo hipotecario un contrato de seguro de vida, o de desempleo con una compañía vinculada al acreedor hipotecario; la imposición de subrogación en el préstamo hipotecario concertado con el promotor; la imposición de un notario determinado, o arbitrajes distintos de los de consumo, etc.

a) LA CLÁUSULA DEL REDONDEO AL ALZA DE LOS INTERESES VARIABLES

Atención especial merece la cláusula por la que se establece el redondeo al alza de los intereses pactados en un contrato bancario, y en general en el de préstamo hipotecario, por eso nos detenemos en el análisis de su evolución doctrinal y jurisprudencial.

Artículo 90. *Cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable*

Son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan:

1. La sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico.

2. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble.

3. La sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.

(6) GÓMEZ GALLIGO, F. J., «Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El Registro de condiciones generales de la contratación y la eficacia de la inscripción», en AA.VV., *Los contratos bancarios*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2007, págs. 241-276.

La posibilidad de establecer intereses variables en el contrato de préstamo hipotecario y la inscripción de dicha cláusula en el Registro es admitida sin problemas desde la Ley 19/1986, de 14 de mayo, y es una realidad cotidiana desde la aprobación de la Ley de Subrogación de Préstamos Hipotecarios de 1994, aunque no siempre fue así.

Sin embargo, y a pesar de su admisión, ésta ha ocasionado problemas a la hora de calcular y aplicar el cobro de esos intereses variables. En concreto, era frecuente que las entidades financieras o crediticias, redondearan al alza el índice de referencia para el cálculo de los intereses, para «favorecer» su cobro, con el consiguiente enriquecimiento injusto que ello les suponía, pues cobraban más que los servicios prestados (7).

Esta práctica habitual por parte de las entidades crediticias, que así lo plasmaban y recogían en las estipulaciones de los préstamos hipotecarios, provocó que AUSBANC demandara, mediante una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación a Caja Madrid, por incluir una cláusula de este tipo en sus contratos de préstamo hipotecario.

La sentencia de 11 de septiembre de 2001 del Juzgado de Primera instancia, da la razón al demandante, y declara nula dicha cláusula por entender que era abusiva, ya que, en aras a la buena fe objetiva, era imposible admitir tales condiciones que sólo favorecían a una de las partes contratantes, generando un desequilibrio contractual. Sin embargo, no hubiera existido ningún problema si el redondeo se hubiera establecido tanto al alza como a la baja.

Apelada la sentencia por Caja Madrid, la Audiencia Provincial, en sentencia de 10 octubre de 2002, volvió a dar la razón a AUSBANC, y confirmo el carácter de abusiva de la cláusula de redondeo, porque: «a) es contraria a la buena fe... b) porque se causa un perjuicio objetivo, incuestionable y cualitativo al consumidor, de carácter patrimonial..., y c) lo que implica una clara situación de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes. Por todo ello, la SAP determina la nulidad de la cláusula por aplicación del artículo 10 bis de la LGDCU, en relación con el 12.2 LCGC y la Directiva 13/93/CEE.

Con posterioridad a estas sentencias, entró en vigor la Ley Financiera de 2002: Ley 44/2002, de 22 de noviembre. En su Disposición Adicional duodécima se establece lo siguiente: «Régimen del redondeo en determinadas operaciones de crédito. En los créditos y préstamos garantizados mediante hipoteca, caución, prenda u otra garantía equivalente que, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se formalicen a tipo de interés variable, podrá acordarse el redondeo de dicho tipo. En el supuesto anterior, el redondeo del tipo de interés habrá de efectuarse al extremo del intervalo pactado más próximo, sin que éste pueda sobrepasar al octavo punto».

Es decir, esta Ley permite el redondeo del tipo de los intereses variables, pero siempre que éste pueda ser tanto al alza como a la baja; de esta forma, no hay desequilibrio contractual, pues tanto el acreedor hipotecario como el deudor hipotecante pueden verse favorecidos por ese redondeo. Se confirma, en cierto modo, la doctrina de las sentencias expuestas, y se clarifica y dibuja el contorno del carácter abusivo de esa cláusula: sólo cuando sea al alza.

(7) Sobre la cláusula de redondeo en los préstamos hipotecarios, véase LASARTE ÁLVAREZ, C., «Protección de los consumidores y cláusula de redondeo de los intereses en los préstamos hipotecarios», en *Noticias de la Unión Europea*.

En este sentido, la SAP de Barcelona, de 23 marzo de 2006, afirma exactamente que el «redondeo en sí no es abusivo, pues su impacto financiero podría ser neutro si se prevé al intervalo más próximo, al alza o a la baja; no obstante, cuando solamente se prevé al alza, el resultado que se consigue es el incremento sin causa del tipo de interés durante la vigencia del préstamo, en perjuicio de los intereses del consumidor y con el correlativo beneficio para el Banco», por todo ello concluye que el carácter abusivo del redondeo es únicamente al alza (8).

Por último y sobre este tema, la reciente Ley de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios (Ley 44/2006, de 29 de diciembre), con un carácter más general, y no sólo pensando en contratos bancarios, prohíbe los redondeos al alza, y añade una nueva cláusula abusiva a la lista de la Disposición Adicional primera de la LGDCU, en concreto la 7 bis, en la que se recoge como abusiva la estipulación que establezca el redondeo al alza, tanto del tiempo consumido (contratos de telecomunicaciones), como del precio, como el cobro de cualquier servicio, no utilizado efectivamente. El nuevo texto refundido LGDCU lo recoge en el artículo 87.5.

III. EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

a) CONTROL JUDICIAL

Hemos visto qué cláusulas pueden ser abusivas, pero corresponde que analicemos, a continuación, a quién corresponde determinar que son abusivas, y las consecuencias que dicha declaración conlleva.

Cuando una cláusula incorporada en un contrato celebrado con un consumidor es abusiva, es una cláusula nula, tal y como asegura el artículo 8 LCGC.

Los artículos 9 y 10 LCGC, actual artículo 83 LGDCU, atribuyen a los Tribunales la declaración de esa nulidad. Por lo tanto, la nulidad de una determinada cláusula abusiva, o su no incorporación a un contrato, ha de declararse siempre mediante una sentencia judicial; sentencia estimatoria obtenida del proceso consecuente de la incoación de las acciones individuales (de nulidad), o colectivas (de cesación, retractación y declarativa) (art. 9.2 LCGC).

Corresponderá igualmente al Juez integrar el contrato en el que se encontraba esa condición general, y determinar, por tanto, o bien la ineficacia total del mismo, o bien, su subsistencia y eficacia parcial del contrato sin dicha cláusula (art. 10 LCGC y art. 83 nueva LGDCU).

Además, el artículo 11 LCGC recoge la creación del Registro de Condiciones Generales. En este Registro se pueden inscribir las cláusulas que tengan la consideración de condiciones generales de la contratación, y asimismo, las sentencias firmes estimatorias de cualquiera de las acciones individuales o colectivas en las que se solicite la nulidad de una determinada cláusula por abusiva. Queda claro, por tanto, que el control de las cláusulas abusivas corresponde a los jueces, y que son ellos quienes deben declarar si aquellas condiciones generales de la contratación que se ponen en entredicho por cumplir o contradecir lo dispuesto en el artículo 10 bis LGDCU (nuevo 82 LGDCU), o en la Disposi-

(8) Otras sentencias que recogen la doctrina de que la cláusula que establece el redondeo al alza es abusiva son: SAP de Valencia, de 19 de octubre de 2002; SJPI de Barcelona, de 17 de octubre de 2003; SAP de Baleares 146/2003; SAP de Barcelona 175/2005.

ción Adicional primera LGDCU (arts. 85-90 nueva LGDCU), son cláusulas abusivas o no.

b) CONTROL REGISTRAL

¿Pueden los Registradores llevar a cabo un control sobre las cláusulas abusivas de un contrato que se presenta a inscripción en el Registro, como consecuencia de su propia función calificadora?

En principio, el artículo 258.2 LH, junto con el antiguo 10.6 LGDCU (actual 84), no dejan margen a esa cuestión. En estos artículos se dice claramente que: «los Registradores denegarán la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 bis LGDCU»; luego si sólo pueden denegar las cláusulas declaradas nulas, y sólo los Tribunales pueden llevar a cabo tal declaración, el Registrador sólo puede calificar y por tanto rechazar aquello que previamente ha sido declarado nulo por los Tribunales. En el mismo sentido, el antiguo artículo 10.6 LGDCU, actual 84, coincide con éste, afirmando que los Notarios y Registradores «no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inscripción de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación». Por lo tanto, y al igual que el 258 LH, el Registrador sólo puede rechazar la inscripción de aquellas cláusulas declaradas previamente nulas por los Tribunales.

El control parece corresponder únicamente a éstos, dejando sin margen de maniobra a los Registradores, que sólo pueden confirmar y reiterar lo que ya ha sido declarado previamente como nulo.

En el mismo sentido, la RDGRN, de 19 de abril de 2006, confirma esta idea al decir que: «El Registrador no puede erigirse en una suerte de juez que declare la nulidad de determinadas cláusulas por contravenir dicha normativa sin que previamente exista la pertinente declaración judicial de tal nulidad...», y señala como causas que deniegan tal posibilidad, primero, y como ya se ha dicho, que el Registrador no es juez, y por tanto no puede declarar la nulidad de una cláusula; segundo, porque por tratarse de condiciones generales de la contratación, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 258.2 LH, que remite al artículo 10 bis.2.º, que atribuye tal competencia a los jueces; y tercero, que esta misma exigencia se deduce de la lectura de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que en el apartado IV de su preámbulo afirma que «la Ley parte de que el control de la validez de las cláusulas generales tan sólo corresponde a jueces y tribunales»; y de la STS de 12 de febrero de 2002 donde se afirma que «la calificación como abusivas de las cláusulas corresponde, en exclusiva, a los jueces y tribunales».

Siguiendo esta tesis, el Registrador, ante una condición general que sea abusiva, podrá únicamente, tal y como señala GÓMEZ GÁLLIGO (9):

- a) rechazar su inscripción si ha sido declarada abusiva y nula por los Tribunales, e inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación;

(9) GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El Registro de condiciones generales de la contratación y la eficacia de la inscripción», en AA.VV., *Los contratos bancarios, ob. cit.*, pág. 266.

- b) rechazar su inscripción si es nula por contradecir una disposición imperativa.

Pero ¿podrá rechazar una cláusula que objetivamente coincida con alguna de las abusivas descritas en el elenco de la Ley General en Defensa de Consumidores y Usuarios, aunque no haya sido declarada como tal por los Tribunales y no haya sido inscrita en el Registro de Condiciones Generales? O por el contrario, ¿se verá obligado a inscribir dicha cláusula nula por abusiva?

Si el Registrador se limita a hacer las dos primeras cosas estará desempeñando, lo que CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS (10) denomina un mero «control formal», es decir, reitera y rechaza lo que previamente ha sido declarado nulo en sentencia e inscrito en el Registro de Condiciones Generales. Pero, creemos, como este autor, que la función calificadoras del Registrador no se agota en ese «control formal», sino que puede ir un poco más allá. El Registrador puede ejercer cierto control material de las condiciones generales incluidas en un contrato de préstamo hipotecario, cuando correspondan a alguna de las que la LGDCU considera abusivas.

En este sentido, son esclarecedoras las palabras de CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS (11): «Cabe la calificación negativa —denegación— basada en las cláusulas abusivas enumeradas —no exhaustivamente— en la «lista negra» de la DA 1.^a de la Ley General en Defensa de Consumidores y Usuarios, de acuerdo con una interpretación amplia y sistemática del artículo 258.2 LH, en relación con el artículo 18 LH». Continúa diciendo que las cláusulas declaradas nulas son las abusivas así inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, pero que las cláusulas abusivas no inscritas en el mismo, «no por ello son válidas —no cabe una interpretación a *contrario sensu*—, pues el Registro de Condiciones no tiene presunción de legalidad, ni de legitimación, ni de fe pública, ni de integridad, sino sólo posibilidad de impugnación y de constancia de sentencias firmes de nulidad de cláusulas para poder generalizarlas a otros casos. La obligada denegación registral de las cláusulas abusivas declaradas nulas no significa la necesaria inscripción de las cláusulas no declaradas nulas. Una cosa es que deba denegarse la inscripción de las cláusulas declaradas nulas y otra distinta es que deban inscribirse todas las demás cláusulas. Así debe interpretarse el artículo 258.2 LH».

A continuación, el mismo autor argumenta que el principio de legalidad exige la calificación sobre cualquier contenido que quiera acceder al Registro, y que basándonos en los principios de buena fe y del equilibrio de las prestaciones que rigen el Derecho de Consumidores, que conectan directamente con el artículo 1.256 del Código Civil, que impide que el contenido o cumplimiento de un contrato quede al arbitrio de una sola de las partes contratantes, el Registrador, puede, según el ámbito de calificación registral que le confiere el artículo 18 LH, entrar a examinar la «validez de los actos dispositivo» que se pretendan inscribir, y que por tanto, debe poder calificar y rechazar, con base en ese desequilibrio de las prestaciones, todo el contenido que pretenda acceder al Registro que lo vulnere.

Luego, el Registrador, y siempre según mi opinión, sí que puede o incluso, debe, rechazar aquellas condiciones generales incluidas en un contrato de

(10) CALVO GÓMEZ-VALLINAS, R., *Las cláusulas de la hipoteca*, CER, Madrid, 2006, págs. 74-75.

(11) CALVO GÓMEZ-VALLINAS, R., «Las cláusulas de la hipoteca», *ob. cit.*, págs. 75-79.

préstamo hipotecario, que sean objetivamente abusivas por coincidir con algunas de las enumeradas en la lista de la LGDCU, aunque no hayan sido declaradas nulas en sentencia firme, ni inscritas en el Registro de Condiciones Generales, cuando, por ser abusivas, supongan una vulneración de la buena fe objetiva y del equilibrio de las prestaciones (12).

RESUMEN

CLÁUSULAS ABUSIVAS. CALIFICACIÓN REGISTRAL

En este artículo se ha pretendido analizar, aunque sea someramente, el alcance de la calificación registral sobre las cláusulas abusivas de un préstamo hipotecario. En principio, el control de las cláusulas abusivas está reservado a los Tribunales, tal y como establece la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y confirma el propio artículo 258.2 LH. No obstante, se plantea desde estas líneas si la calificación del Registrador puede extenderse a determinadas cláusulas, que aunque no han sido declaradas nulas, pueden considerarse nulas o abusivas por el Registrador, y rechazar, en consecuencia, su inscripción. Es decir, se pretende dilucidar si puede o no existir un control registral de las cláusulas abusivas por los Registradores, al margen del que establecen los Tribunales, analizándolo dentro del préstamo hipotecario.

ABSTRACT

ABUSIVE CLAUSES. PRE-REGISTRATION SCRUTINY

This article endeavours to analyse, albeit briefly, the scope of pre-registration scrutiny of abusive mortgage loan clauses. In theory the examination of abusive clauses is a matter reserved for the courts; the act on general contract conditions so states, and article 258.2 of the Mortgage Act confirms this. Nevertheless, the question is posed of whether a registrar's pre-registration scrutiny may be extended to certain clauses that the registrar may consider null or abusive, even though they have not been declared so, and whether the registrar may accordingly refuse registration. In other words, the point here is to clear up whether or not there can be an examination of abusive clauses by registrars, separately from the examination established by the courts, and this question is analysed within the mortgage loan.

(12) En el mismo sentido se pronuncia GÓMEZ GÁLLIGO al decir que discrepa totalmente en que «no puedan calificarse por el Registrador (y el notario denegar su inscripción) aunque no haya declaración judicial alguna, en el caso de que el predisponente inserte condiciones generales claramente encuadrables en la lista negra de la Disposición Adicional primera de la LGDCU». Véase: GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El Registro de condiciones generales de la contratación y la eficacia de la inscripción», en AA.VV.: «Los contratos bancarios», *ob. cit.*, pág. 268. Igualmente, comparte la misma opinión, José Manuel GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo III, Madrid, 2002, págs. 458 y sigs.

1.4. Sucesiones

EL TESTAMENTO OLÓGRAFO. EXIGENCIAS DE CARÁCTER FORMAL. LA IMPORTANCIA DEL MEDIO UTILIZADO COMO SOPORTE MATERIAL DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO Y SU RELACIÓN CON LA INTENCIÓN DE TESTAR

por

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL
Profesora titular de Derecho Civil de la UNED

I. PLANTEAMIENTO. EL TESTAMENTO OLÓGRAFO

Ológrafo.—Según el Código Civil, el testamento es ológrafo cuando esté todo él escrito por el propio testador y firmado por el mismo. Ha de expresar el año, mes y día en que se otorga y exige que el testador sea mayor de edad (arts. 678 y 688). Es, por tanto, un testamento escrito a mano y firmado por el testador con expresión de la fecha.

Autografía.—La autografía exigida por el Código hace que por medio de la caligrafía peculiar del testador quede perfectamente identificada su autoría, ya que cada persona posee unos rasgos peculiares, tanto de forma como de trazo de las letras y signos, de modo que mediante un examen pericial se puede cotejar con un alto índice de fiabilidad que la letra del testador plasmada en otros escritos ha sido realizada por la misma persona que escribió el testamento ológrafo. La autografía ha de ser total.

Firma.—La firma, además de servir para comprobar la autoría, sirve para plasmar que la intención del testador fue la de dejar un «documento» y no un mero escrito sin trascendencia alguna.

Fecha.—El requisito de la fecha es importante para determinar cuál es el último testamento otorgado por el testador. También puede ser relevante si se conoce la capacidad del testador en esa época.

Adveración y protocolización.—El testamento ológrafo ha de protocolizarse como prescribe el artículo 689 del Código Civil. El hecho de que su otorgamiento sea privado hace que sea necesaria la protocolización del mismo para su validez, si bien en este análisis no entramos a examinarla, únicamente decir que su finalidad es la comprobación de la autenticidad del testamento y su elevación a documento público.

Formalidades.—Los requisitos de forma exigidos han de observarse rigurosamente para que el testamento sea válido. El Tribunal Supremo ha manifestado en reiteradas ocasiones que la concurrencia de las formalidades prevenidas en el Código es esencial para la validez del acto (SSTS de 20 de diciembre de 1913, 31 de marzo de 1917, 13 de mayo de 1942, 3 de abril de 1945, 11 de abril de 1945 y 4 de noviembre de 1947). El carácter formalista del testamento obliga al cumplimiento de cuantos requisitos se exigen so pena de nulidad (SSTS de 27 de noviembre de 1915, 1 de diciembre de 1927, 16 de febrero de 1956, 19 de diciembre de 1956, 28 de octubre de 1965, 27 de septiembre de 1968, 10 de noviembre de 1973).

Ventajas e inconvenientes.—Es tradicional destacar las ventajas e inconvenientes de este tipo de testamento. Entre las ventajas para el testador merecen

destacarse la sencillez de su otorgamiento en cualquier momento y lugar, el hecho de que no entraña gasto y que es secreto, ya que no precisa la presencia de persona alguna.

Entre los inconvenientes hay que mencionar que el hecho de que lo otorgue sólo el testador hace que, por una parte, carezca de asesoramiento jurídico y, por otra, que no plasme su voluntad con la suficiente claridad. El hecho de que sea secreto, que no se conozca su existencia, hace que resulte relativamente fácil su destrucción, extravío o su falta de presentación para su protocolización, por lo que no puede compararse con la garantía que para el testador representa un testamento otorgado ante notario, de cuya existencia se tiene constancia.

Hecho este somero repaso a los requisitos que debe reunir el testamento ológrafo vamos a plantearnos si cabe utilizar cualquier soporte material para el otorgamiento de dicho testamento.

II. SOPORTE MATERIAL DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO

Nada dice el Código sobre el soporte en el que se ha de plasmar el testamento por lo que, en principio, habría que reconocerle validez si reúne las formalidades legales exigidas. En su redacción original, el Código exigía que estuviera recogido en papel sellado correspondiente al año de su otorgamiento, si bien se suprimió la exigencia de este requisito con la reforma de 21 de julio de 1904.

Parece que el legislador pensó en su plasmación en papel, ya que el artículo 691 hace referencia al «pliego cerrado» y a «las hojas», aunque bien pudiera tratarse de cualquier otro material: cartulina, cartón, pergamino, tela, lienzo, madera, cerámica... El Código exige que se protocolice. La doctrina ha discutido este tema (1), si bien algún autor resalta el hecho de que debe estar escrito sobre una materia que permita su protocolización (2), nada impide la utilización de otros soportes (3). La sentencia del Supremo, de 5 de enero de 1924, siguiendo esta línea, declaraba que el testamento debe hallarse escrito sobre una materia que permita la protocolización.

Creemos que lo verdaderamente importante es que la voluntad testatoria quede clara sea cual sea el medio empleado. En el supuesto en el que se utilizara un medio extraño, como dice ROMERO COLOMA (4), siempre sería factible aportar una fotografía realizada con control notarial y, posteriormente, protocolizada. Puntualiza esta autora que habrá de ponderarse si el medio utilizado está justificado, teniendo en cuenta las circunstancias de que disponía el testador al tiempo del otorgamiento, y pone el ejemplo de un recluso que carece de papel y decide escribir su testamento en la pared de la celda.

(1) RUIZ VADILLO, Enrique, «El testamento ológrafo», en *Revista de Derecho Privado*, LVI, 1972; TRAVIESAS, «El testamento», en *Revista de Derecho Privado*, 1935, pág. 129 y sigs.; CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Dictámenes jurídicos. Sucesiones*, Barcelona, Bosch, 1959; OSSORIO MORALES, Juan, *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957; TORRES, Teodora, *El testamento ológrafo*, Madrid, 1977; FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, *Los testamentos*, Granada, Comares, 2005, pág. 193, entre otros.

(2) OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, pág. 138.

(3) TORRES, Teodora, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, EDERSA, 1990, tomo IX, vol.1-A, artículo 688, pág. 437.

(4) ROMERO COLOMA, Aurelia M.^a, *El testamento ológrafo*, Madrid, Dijusa, 2006, pág. 83.

III. VALIDEZ DE LA FOTOCOPIA DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO

No cabe admitir validez a una fotocopia de un supuesto testamento ológrafo, ya que no permite al juzgador comprobar la autenticidad de un documento de tanta trascendencia, así lo entendió la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 30 de diciembre de 2002.

IV. LA FORMA DEL TESTAMENTO

Epistolar.—El Código no exige una forma determinada al testamento ológrafo. Es clásica la sentencia de 8 de junio de 1918, en la que el testamento está redactado en forma de carta. En principio no hay ningún impedimento en ello, si bien es necesario que quede reflejada con claridad la voluntad del testador de otorgar testamento no confundiéndolo con un mero proyecto o anticipo de su voluntad de hacerlo. Es esencial esta claridad, como dice la sentencia del Supremo de 8 de julio de 1940, ya que hemos de estar ante una disposición *mortis causa*. Volviendo a la sentencia de 8 de junio de 1918, se reconoce como testamento una carta escrita de puño y letra de la testadora que reúne las formalidades exigidas por el Código al testamento ológrafo al incluir en la hoja de la carta:

«Peñañiel, a 24 de octubre de 1915. Pazicos de mi vida, en esta primera carta de novios va mi testamento, todo para ti, todo para que me quieras siempre y no dudes del cariño de tu Matilde». Al año siguiente falleció, después de haberse casado con él y sin dejar ascendientes ni descendientes, aunque sí unos sobrinos.

Cumple el testamento recogido en esta sentencia los requisitos formales exigidos para el testamento ológrafo y, según el Supremo, no se trata de una mera carta entre novios sino que en la misma se recoge de forma indubitada la voluntad de testar. Por carecer de tal intención entendió la Audiencia Provincial de Oviedo, en sentencia de 1 de diciembre de 1960, que no podía considerarse que el documento con forma de carta contemplado encerrara un testamento por faltarle la intencionalidad actual en orden a la disposición de bienes (5), la propia sentencia reconoció que no se trataba de un acto definitivo, no quedaba clara la voluntad de testar, no pudiéndose inferir de la expresión «voy a dejarles», referida a sus sobrinos, careciendo de carácter dispositivo.

Es necesario precisar con claridad si hay voluntad de testar para poder calificar un escrito como testamento.

Tarjeta de visita y carta.—La sentencia del Supremo 1302, de 19 de diciembre de 2006, contempla un supuesto en el que la cuestión litigiosa se centra principalmente en la determinación de si la tarjeta de visita y la carta que la acompañaba remitidas por el propio testador al demandante por correo urgente desde Francia, a cuya capital se había desplazado para el tratamiento facultativo de una gravísima dolencia cardíaca, constituían o no testamento ológrafo.

El testador había otorgado con anterioridad testamento notarial; de admitir la validez del testamento ológrafo se produciría la revocación e ineficacia

(5) *Ob. cit.*, pág. 59.

del primero. En el testamento notarial dejaba sus bienes a doña I., con la que había mantenido una relación sentimental, en calidad de heredera exclusiva. En la carta manuscrita alude a la tarjeta de visita que adjunta con orden de cambio notarial del nombre de doña I. por el de don P., al cual le unía una vieja amistad.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que declaró la protocolización del testamento ológrafo, así como la revocación e ineficacia del testamento notarial con todas las consecuencias (entrega de todos los bienes a don P., nulidad y consiguiente cancelación de las inscripciones de dominio y demás derechos reales practicadas a favor de doña I...). La Audiencia revocó la anterior sentencia y el Supremo ratificó la sentencia dictada por el Juzgado.

Si bien es verdad que después de regresar de Francia vivió un año en el que pudo proceder a la modificación de su testamento notarial, sin embargo hay otros indicios de su voluntad coincidentes con la orden dada en la carta y en la tarjeta de visita: ruptura sentimental desde tiempo atrás, la sustitución de la titularidad en una cuenta corriente de doña I. por don P., después de regresar de París, así como la contratación de dos pólizas de vida en las que nombraba beneficiario a don P. Todo lo anterior lleva al Supremo a concluir que «el negocio jurídico formal determinado en la tarjeta de visita se había canalizado de acuerdo con las normas prescritas en el Código Civil para el testamento ológrafo y el testador no tenía que validar su voluntad mediante otro testamento notarial».

V. DESCUBRIMIENTO DEL TESTAMENTO

Como se ha expuesto al tratar de las ventajas e inconvenientes de este testamento, a menudo se desconoce la existencia del mismo, así ocurre en la sentencia del Tribunal Supremo 347, de 16 de marzo de 2007, en la que se plantea el hecho del descubrimiento de un testamento ológrafo que atribuía a la demandante la propiedad de la finca de la que había sido desahuciada como prearista por sentencia firme. El descubrimiento posterior a la sentencia que dictó el desahucio de un testamento ológrafo llevó al Supremo a pronunciarse por la revisión de la sentencia impugnada en base a la obtención de un documento tan decisivo para el pleito como lo era dicho testamento del cual no disponía la parte que resultaba favorecida por el mismo.

VI. CONCLUSIÓN

El testamento ológrafo ha de reunir las formalidades exigidas por el Código, so pena de nulidad. Respecto al soporte material sobre el que se redacta y a la forma dada por el mismo, nada estipula el Código Civil por lo que habrá de considerarse válido, cualquiera que sea el medio empleado, así como la forma de su redacción, siempre que se constate de forma clara y evidente que el testador tenía voluntad de testar y así la manifestó.

RESUMEN

ABSTRACT

EL TESTAMENTO OLÓGRAFO

HOLOGRAPHIC WILL

Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el testamento ológrafo, las formalidades exigidas para su validez, así como una reflexión sobre la importancia del medio utilizado como soporte material del testamento ológrafo y su relación con la intención de testar (animus testandi).

Critical analysis of Supreme Court jurisprudence on holographic wills, the formalities required for their validity and a reflection on the importance of the physical medium used to make a holographic will and its relationship with the testator's intention to make a will (animus testandi).

1.5. Obligaciones y Contratos

*LA CAUSA COMO RAZÓN DE SER DEL CONTRATO SE IDENTIFICA
CON EL PROPÓSITO ÚLTIMO Y COINCIDENTE QUE CONDUCE
A LAS PARTES A SU CELEBRACIÓN*

por

ISABEL MORATILLA GALÁN
Licenciada en Derecho

I. INTRODUCCIÓN

Para nuestro Código Civil no hay contrato si, además del consentimiento y del objeto, no concurre la causa de la obligación que establezca. No define el Código Civil la causa, pero describe su contenido en el artículo 1.274 de la siguiente forma: «En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor». Partiendo de esta definición, entendemos por contratos onerosos aquellos que imponen prestaciones recíprocas entre las partes con desplazamientos patrimoniales para cada una, dentro de una función generalmente de intercambio que no significa necesariamente equivalencia, pues en los contratos aleatorios, que son también onerosos, tal elemento conmutativo desaparece, ya que el resultado previsto del contrato depende del «alea» o suerte; por su parte, en los contratos de «pura beneficencia», el Código se refiere, sin duda, dada la semejanza del concepto a los llamados por la doctrina «contratos gratuitos», o sea, aquellos en los que la prestación agota en sí misma el consentimiento obligacional, pues no reclaman ninguna contraprestación, siendo la causa en estos casos es la «mera liberalidad del bienhechor» y, por último, contempla el precepto los contratos remuneratorios que son aquellos en los que, sin pretender nada a cambio y en atención a las normas o beneficios prestados a alguien, se instituye la obligación de realizar una prestación en favor de esa persona, la causa es el «servicio» o beneficio que se remunera. Al tratar la causa de los contratos

observamos que tal precepto se sitúa bajo la rúbrica de la Sección Tercera del Capítulo II: «De los requisitos esenciales para la validez de los contratos», pero al regular la causa de los mismos distingue dos conceptos de causa para cada uno de los contratantes por lo que, como causa del contrato, lo que hace es definir la causa de las obligaciones contraídas, por cada parte, en los contratos onerosos y remuneratorios con referencia a los contratos de pura beneficencia —o gratuitos—, de carácter unilateral, lo que eleva la causa de la obligación a causa del contrato, y es que la causa del contrato es elemento necesario para tener el contrato por válido, así resulta del artículo 1.275 del mismo texto legal al establecer que los «contratos sin causa» no producen efecto alguno. De aquí la importancia a efectos prácticos de acercarnos lo más posible al concepto de causa de contrato desde las facetas que en el mismo confluyen, puesto que si nos atenemos al Código Civil y relacionamos los artículos 1.275 y 1.276 la causa *ha de existir, ha de ser lícita y ha de ser verdadera*. La noción de causa manifiesta un aspecto *subjetivo* del contrato que implica la voluntad de las partes, pues a partir de intereses negociales, muchas veces contrapuestos, se llega a una coincidencia predeterminada por la función económica que cumplen los contratos, sin embargo, la voluntad concreta de las partes puede revestir carácter causal cuando los móviles o motivaciones contractuales son reconocidos por ambos contratantes que los elevan a la condición determinante del pacto concertado, y un aspecto *objetivo*, pues el propósito coincidente configura al trascender la finalidad del contrato o fin económico práctico del negocio que se inserta en el plano de las realidades contractuales o negociales tuteladas por el Derecho objetivo. La causa del contrato es el control social que se ejerce sobre el contrato en tanto en cuanto se justifica como adecuado al sistema jurídico, no sólo como causa existente sino también como causa verdadera y lícita, y el artículo 1.274 del Código Civil, al entender la causa como prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, no da un concepto de la misma que especifica con sentido objetivo para los contratos de igual clase, significando el fin que se persigue, ajena a la nueva intención o subjetividad que significan los móviles, acogibles sólo cuando sean reconocidos por ambas partes contratantes y exteriorizados por su relevancia, tal y como dispone la STS de 8 de febrero de 1996. Y es que a la vista del artículo 1.274, la doctrina ha venido reiterando que la causa, como elemento esencial del negocio jurídico y, por ende, del contrato, es un negocio objetivo. El concepto subjetivo es, en principio, una realidad extranegocial a no ser que las partes lo incorporen al negocio como una cláusula o como una condición. La STS de 1 de abril de 1998 mantuvo que podía darse el caso de que el móvil se incorporase a la causa y como tal afectase a la existencia, pero no al desarrollo o al cumplimiento del contrato. También la jurisprudencia de la Sala ha diferenciado la causa de los motivos dando la definición a estos últimos de móviles o impulsos puramente subjetivos de los contratantes, irrelevantes normalmente y sin trascendencia jurídica, a menos que se incorporen a la declaración de voluntad.

II. CONCEPTO

La causa es elemento constitutivo esencial de los contratos y de cuantos negocios contengan una atribución patrimonial que confiere significado jurídico al negocio, señalando la finalidad que con éste se persigue y de la que

depende la validez o cuando menos la subsistencia de la ventaja patrimonial concedida, así lo manifiesta la STS de 25 de mayo de 1944. Distinguimos, no obstante, entre: causa eficiente del contrato como propio «consentimiento» que por la concurrencia de voluntades le da vida; causa material que radica en la prestación o prestaciones que constituyen su «objeto»; causa formal que atañe sólo a la manera como se exterioriza el consentimiento y, por último, lo que por causa entiende la ley como elemento esencial del contrato que se identifica con causa final como aquello por lo cual se obra o aquello por lo cual se decide a obrar y que está referida al fin que objetivamente se persigue en el contrato.

III. NATURALEZA JURÍDICA

Para nuestro Código Civil la causa tiene un carácter objetivo, pues atiende al fin que se persigue con el contrato y su esencial naturaleza. Por su parte, la doctrina científica moderna tiende a construir una teoría subjetiva de la causa, viendo en ésta no sólo el fin abstracto y permanente del contrato, sino la finalidad concreta perseguida por las partes e incorporada al acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad, dirección que tiende a dar relevancia de causa a los motivos cuando éstos son ilícitos, en este sentido hemos de citar la STS de 2 de octubre de 1973. Para la STS de 20 de enero de 1965, causa es el fin de la obra, causa final, mientras que motivo es el fin de quien la realiza. No podemos confundir la causa con los hechos que dan origen a que la obligación se contraiga ni con los móviles del otorgamiento, ni con el fin que las partes se propusieron. Los motivos pasan a tener trascendencia jurídica cuando se incorporan a la declaración de voluntad constituyendo parte integrante de la misma, pero hay casos en que causa y motivo se compenetran procediendo reputar ineficaz el contrato que persigue un fin ilícito o inmorales, cualquiera que sea el medio empleado por los contratantes para lograr esa finalidad apreciada en su conjunto, lo que equivale a proclamar la doctrina subjetiva de la causa.

IV. REQUISITOS

La causa ha de ser *existente, verdadera y lícita*.

Los contratos sin causa no son posibles si nos atenemos a un concepto mecánico de la causa, pues «sin causa» significa contrato al que falta el consentimiento o el objeto al tiempo de su celebración. Para autores como PUIG BRUTAU (1) significa la pérdida del objeto, sin conocimiento de las partes, antes de celebrarse el contrato. DíEZ-PICAZO (2), tomando en cuenta la diferencia entre «negocios iniciales» y «negocios de ejecución o de cumplimiento» que requieren la existencia de los primeros, entiende que si el contrato anterior, del que el otro es cumplimiento, no existe, tal inexistencia acarrea la del posterior por falta de causa.

Desde una consideración práctica, el artículo 1.275 del Código Civil permite que se aplique a promesas cuyo carácter obligatorio resulta socialmente

(1) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, II, 1.^a

(2) DíEZ-PICAZO, «El concepto de causa en el negocio jurídico», en *ADC*, 1963.

injustificado o cuyo fundamento verdadero por cualquier razón, las partes han preferido mantenerlo oculto.

Doctrina y jurisprudencia consideran supuestos de falta de causa todos aquellos en que el resultado obligatorio de la convención es jurídica o socialmente injustificado. Por eso pueden aislarse como supuestos de falta de causa, los que DE CASTRO (3) puntualiza del siguiente modo: 1. En los negocios típicos habrá falta de causa cuando el negocio carezca de algunos elementos esenciales de su estructura formal. 2. En los negocios atípicos faltará la causa: a) del que se pretende oneroso cuando no exista verdadera reciprocidad de prestaciones; b) del que se pretende gratuito cuando no medie ánimo de liberalidad, y c) del que se pretende remuneratorio, cuando no hay servicio de remunerar. Además, la consideración de la causa concreta ha permitido a los tribunales considerar sin causa contratos en que no se da el propósito negocial, la condición o finalidad determinante.

Conforme a la definición del propio artículo 1.275, «es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral» (4). El precepto plantea la necesidad de compatibilizar la referencia a la licitud con el concepto de causa, y tal compatibilización exige que en la causa se tomen en cuenta las voluntades concretas de las partes y, en consecuencia, los móviles o motivaciones que actúan sobre ellas, y que el fin práctico del negocio ha de ser reconocido como digno de tutela. Por su parte, causa opuesta a las leyes significa que la causa ha de ser contraria a una norma imperativa, tanto si la contradicción entre acto y norma se constata de forma directa como si es manifestación de un fraude de ley. Y, por último, causa opuesta a la moral es aquella que repugna a la concepción ético-social imperante, según circunstancias de tiempo y lugar, concepto en consecuencia indeterminado que exige una interpretación prudente de difícil precisión dada su labilidad, pero indispensable a tono con los fines del ordenamiento jurídico.

Los contratos con causa ilícita, como los contratos sin causa, no producen efecto alguno. La negociación de efectos al contrato, cuya causa es inexistente o ilícita, equivale a la nulidad absoluta de los mismos. Aunque desde una perspectiva práctica, la distinción carece de trascendencia operativa, debe señalarse, no obstante, que ambos supuestos no son idénticos. La falta de causa es una causa de inexistencia del contrato, en cambio, el contrato con causa ilícita existe, pero la licitud de la causa acarrea su nulidad radical.

Es reiterada y uniforme la doctrina en SSTS de 14 de febrero de 1985, 14 de julio de 1986, 5 de marzo de 1987, 16 de septiembre de 1988, 23 de octubre

(3) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967.

(4) A tenor de la STS de 13 de marzo de 1997, el supuesto de ineffectividad contractual que contempla el artículo 1.275 del Código Civil, es decir, la falta de causa, necesariamente supone la ausencia total de la misma, sin condicionante alguno, pues lo que no existe no puede generar consecuencia alguna de licitud o ilicitud. Además, la licitud causal que prevé el artículo 1.275 del Código Civil, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, supone la concurrencia de causa, pero resulta viciada por oponerse a las leyes o a la moral en su conjunto, cualquiera que sean los medios empleados para lograr tal finalidad, elevándose el móvil a la categoría de causa en sentido jurídico, ya que aquél imprime a la voluntad la dirección finalista ilícita y reprobable del convenio, tal y como expresan las SSTS de 2 de octubre de 1972, 22 de noviembre de 1979, 8 de febrero de 1983 y 14 de marzo y 11 de diciembre de 1986, descansando, a su vez, la ilicitud de la causa en la finalidad negocial inmoral o ilegal común a todas las partes, en este sentido cabe citar las SSTS de 22 de diciembre de 1981, 29 de julio de 1993 y 23 de marzo de 1997.

de 1989, 19 de noviembre de 1990, 26 de febrero de 1991, 24 de febrero de 1992 y 4 de marzo de 1993, entre otras, en el sentido de que la apreciación de la existencia o inexistencia de causa en los contratos o la concurrencia de causa falsa está atribuida al Tribunal *a quo*, por ser de naturaleza fáctica, cuya conclusión probatoria ha de ser mantenida invariable en casación, a no ser que la misma sea desvirtuada por el medio impugnatorio adecuado para ello, que actualmente no puede ser otro que el de la denuncia de error de derecho en la valoración probatoria, lo que requiere la cita inexcusable del precepto que, conteniendo una norma valorativa de la prueba, se considere infringido, así lo mantiene la STS de 4 de febrero de 1995 y en términos muy parecidos se manifiestan las SSTS de 4 de febrero de 1994, 15 de febrero de 1995, 7 de mayo de 1996, 26 de marzo de 1996 y 14 de abril de 1997.

La licitud de la causa aludida en el artículo 1.275, que analizamos, descansa en una finalidad negocial contraria a la Ley o a la moral y común a todas las partes para dar virtualidad al contrato, lo que hace irrelevantes los deseos y expectativas que impulsan a una sola de ellas, por lo que es claro que la nulidad radical ordenada en dicho precepto requiere que el negocio persiga un fin ilícito o inmoral, pues el móvil se eleva a la condición de verdadera causa al imprimir a la voluntad de los otorgantes la dirección finalista y torpe del convenio, según repetida jurisprudencia, SSTS de 2 de octubre de 1972, 4 de diciembre de 1975, 30 de diciembre de 1978, 3 de febrero de 1981, 2 de diciembre de 1981, 15 de febrero de 1983 y 24 de junio de 1993.

La referencia del artículo 1.276 del Código Civil a una «causa falsa» no se relaciona con la causa en sí, sino con la expresión de la misma; o dicho con otras palabras, la causa falsa presupone una discordancia entre lo que se quiere, en realidad, y lo que se manifiesta, que no se ajusta a la verdadera voluntad de los contratantes o de uno de los contratantes. Es un precepto que, como dice CLAVERÍA GOZÁLBEZ (5), parece pensado para el proceso civil: viene, en efecto, a decirnos que cuando en autos resulta probado que la causa que se expuso no se corresponde con la realidad, esto es, no fue querida por los autores de la declaración negocial, el Juez debe declarar la nulidad del contrato, salvo que se haya probado que hubo otra causa lícita. Por tanto, la norma se refiere, básicamente, al negocio simulado. Si tras la apariencia del negocio que se simula, mediante la expresión de una causa falsa, no subyace otro negocio disimulado, que se apoya en otra causa verdadera y lícita, la simulación reviste carácter absoluto y la consecuencia jurídica no puede ser otra que la nulidad radical, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.275, ya contemplado, para los contratos sin causa, pues a tal situación equivaldría la causa fingida. En cambio, si el negocio encubierto se ampara en causa legítima, no expresada, pero probada como fundamento del negocio, éste valdrá y producirá sus efectos.

Según lo expuesto, el contrato, con expresión de causa falsa, si no vale porque encubra otra verdadera en cuanto al negocio disimulado, se halla incurso en nulidad absoluta, posición que obliga a distinguir los supuestos contemplados en este artículo de la «falsedad de la causa», considerada como vicio invalidante el contrato, y, por ello, sujeto a anulabilidad. Y es que la causa falsa o se revela como inexistente o se cambia por otra causa, la verdadera, mientras que la falsedad de la causa evidencia la existencia de la causa, no obstante resulte falseada. La falsedad de la causa se explicaría como consecuencia de un

(5) CLAVERÍA GOZÁLBEZ, *La causa del contrato*, 1998.

error determinante de la prestación del consentimiento, pero con todo, las interpretaciones doctrinales acerca de esta cuestión no son unánimes.

La jurisprudencia, en sentencias de 10 de diciembre de 1996 y 14 de junio de 1997, mantiene que no cabe confundir la causa falsa con el móvil de defraudar los derechos ajenos, ya que la causa es la razón esencial del contrato. La falsedad de la causa se contraponen a la verdadera que refiere el artículo 1.274 del Código Civil, equivaliendo a su no presencia y operando como sinónimo de simulación, que hace que el contrato no tenga existencia jurídica, que es de lo que se trata en el caso, toda vez que la causa que se expresó no era sólo aparente, sino falsa. El propósito realmente pretendido por los contratantes, actuando de común acuerdo, fue distinto, con intención bien expresada de perjudicar los intereses de tercero, al llevar a cabo reglamentaciones contractuales sólo externas, amparándose en causa que resulta falaz y no verdadera, por ausencia de la adecuada y recta voluntad negocial, concurriendo la no autorización de la eficacia y validez de los contratos afectados de tal situación de simulación absoluta. Y es que al ser la causa elemento esencial de todo contrato, su falsedad ocasiona la nulidad de la relación contractual por estar viciosamente concertada. No se produce cuando se prueba la existencia de otra verdadera y lícita (6). Es indudable que, conforme al artículo 1.276 del Código Civil, la expresión de una causa falsa en los contratos no obsta a la validez de los mismos, si se demuestra que estaban fundados en otra verdadera y lícita, pero tan excepcional admisión de validez en modo alguno puede tener un carácter tal de generalidad que permita admitirla como normal, cuando las partes pueden adoptar la forma contractual que la ley previene para la institución regulada, por lo que no es necesario, para que los negocios disimulados puedan producir plenos efectos, que se justifique la concurrencia de consentimiento y capacidad de los contratantes para prestarlo, el objeto y, principalmente, la causa lícita y verdadera en que se funda el acto que las partes han querido ocultar, encubriéndolo bajo un contrato carente de causa o con causa falsa (7).

La tradición jurídica española hasta el Código Civil se inspiraba en la necesidad de la expresión de la causa del contrato, pero poco a poco este criterio se fue suavizando y por medio del artículo 1.277 se explicitó que, no obstante, deje de expresarse en el contrato la causa, se presume que existe y es lícita. Tal precepto atribuye al deudor la carga de probar la inexistencia o ilicitud de la causa. La referencia al deudor ha de entenderse en sentido amplio y dirigida a los interesados que tengan legitimación para instar la declaración de nulidad radical del negocio que sería la consecuencia jurídica producida por la falta de causa o su ilicitud. Finalmente el precepto no da pie para que se admita en nuestro Derecho el negocio abstracto cuya validez se separa de la causa, puesto que reafirma la necesidad de misma.

El artículo 1.277 viene a representar un apoyo legal en pro de la existencia de los llamados «contratos abstractos», pero sin que ello signifique la admisión de contratos sin concurrencia de causa alguna, si en cuanto que éste condiciona la existencia del contrato a los requisitos de previo consentimiento, objeto y causa, lo que permite entender que el contrato abstracto es aquel cuya declaración de voluntad no expresa la causa, al permanecer oculta en la invención

(6) En este sentido se pronuncia la STS de 20 de marzo de 1998.

(7) Así lo mantienen las SSTs de 6 de octubre de 1977, 3 de enero de 1978 y 8 de febrero de 1996.

de los contratantes, pero su existencia es tan esencial como en los «contratos causales». El artículo 1.277 lo que establece es una presunción *iusuris tantum* de la existencia y licitud de la causa, que favorece al acreedor al exonerarle de prueba y desplaza la carga probatoria sobre el deudor (8). A tenor de lo dispuesto en la STS de 11 de junio de 1992, la presunción de existencia de causa que establece el artículo 1.277 y su licitud, no es absoluta, pues cede ante prueba en contrario de un contrato simulado, siendo inexistente y nulo, al no darse la concurrencia de causa de la obligación que se establece en los contratos onerosos no produciendo efecto alguno la ausencia de causa.

Por su parte, la doctrina científica y la jurisprudencia han venido atribuyendo al artículo 1.277 el valor de una regla de carácter procesal que supone la inversión de la carga de la prueba en beneficio del acreedor, a quien se le exime, en principio, de probar la causa que subyace en el reconocimiento de la deuda, sin perjuicio de que el deudor pueda demostrar que tal causa no existe o es ilícita, acreditando el verdadero origen de la obligación (9).

La STS de 24 de marzo de 1995 manifiesta que la presunción legal que en conjunto establecen los artículos 1.276 y 1.277 del Código Civil, en aras del principio de conservación de los contratos, no tiene operatividad cuando hay una previa declaración de ilicitud de causa y no aparece desvirtuada en el recurso que incide en la sanción establecida para todos los contratos.

En la STS de 3 de junio de 2003 se dispone que la causa debe presumirse que existe y es lícita, mientras que no se pruebe lo contrario, siendo de cuenta del demandado la carga de probar la inexistencia o ilicitud de la causa, que continúa siendo un elemento esencial del contrato, puesto que como entiende la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia más consolidada, si bien el artículo 1.277 del Código Civil no significa la admisión indiscriminada de los negocios abstractos, sí contiene una regla de carácter procesal que supone una inversión de la carga de la prueba a favor del acreedor demandante.

Finalmente y como resumen clarificador de esta doctrina jurisprudencial, hemos de citar la STS de 24 de junio de 2004, en la que se admite que mediante el acto unilateral, el o los que lo hacen reconocen la existencia de una deuda previamente constituida y que contiene la voluntad negocial de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente, al reconocimiento de deuda se le aplica la presunción de existencia de la causa, que proclama el artículo 1.277 del Código Civil y que no es preciso expresarla en el documento; el deudor o deudores que han reconocido la deuda están obligados a cumplirla; se le atribuye una abstracción procesal, y así, el acreedor no tiene que probar la relación obligacional preexistente, ni el hecho o negocio jurídico que ha dado nacimiento a la misma.

V. CONCLUSIONES

Tras el análisis efectuado observamos que es tanta la relación que guarda la causa con el consentimiento y el objeto que podríamos decir que la causa es el consentimiento respecto del objeto del contrato, es decir, la conjunción de voluntades sobre un objeto. Existe causa cuando las partes se ponen de acuerdo sobre el objeto del contrato: en vender una cosa por precio cierto, en

(8) Así lo refleja la STS de 13 de febrero de 1998.

(9) Cabe citar a este respecto la STS de 21 de julio de 1994.

realizar actividad a cambio de remuneración cierta o en ceder gratuitamente una cosa a cambio de la gratitud del donatario. El contrato tiene causa o base suficiente para su existencia. A nuestro juicio, pues, el contrato tiene causa cuando hay conjunción de voluntades sobre un objeto. De esta manera, el objeto, relegado a un segundo plano y prácticamente preterido, recupera su protagonismo y refuerza la seguridad jurídica del contrato. La causa es el contrato mismo, visto o considerado desde el punto de vista objetivo, aquello en lo que se consiente. Y también confirma nuestra opinión la jurisprudencia que considera que carece de causa el contrato de compraventa en que no ha habido precio. Además la causa sirve para justificar el título, y éste es, a su vez, el instrumento jurídico que las partes han elegido para canalizar su consentimiento común sobre un objeto —causa—, la relación jurídica que justifica ese efecto jurídico o adquisición de derechos.

*LA REGULACIÓN DE LA APARCERÍA EN LA LEY 49/2003,
DE 26 DE NOVIEMBRE, DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS
Y SU MODIFICACIÓN POR LEY 26/2005, DE 30 DE NOVIEMBRE*

por

ROSANA PÉREZ GURREA
Licenciada en Derecho

I. CONCEPTO

La aparcería es aquel contrato por el que el titular de una finca o explotación cede temporalmente su uso y disfrute o el de alguno de sus aprovechamientos, así como el de los elementos de la explotación, ganado, maquinaria o capital circulante, conviniendo con el cesionario aparcerero repartirse los productos por partes alícuotas en proporción a sus respectivas aportaciones (1).

Su regulación se encuentra tipificada en los artículos 28 a 32 de la LAR 2003, modificada en 2005, con esta regulación se actualiza el régimen de la aparcería en un doble sentido:

- Se suprime el requisito de que el dueño de la finca aporte, por lo menos, un 25 por 100 del valor total del ganado, maquinaria y capital circulante, suprimiendo por tanto la distinción entre aparcería y arrendamiento parciario.
- Introduciendo una referencia a la aparcería asociativa.

El Código Civil también se refiere a la aparcería en su artículo 1.579 del Código Civil: «El arrendamiento por aparcería de tierras de labor, ganados de cría o establecimientos fabriles o industriales, se regirá por las disposiciones relativas al contrato de sociedad y por las estipulaciones de las partes y en su defecto por la costumbre de la tierra».

(1) La jurisprudencia, en STS de 16 de mayo de 1947 define la aparcería como contrato por el cual una persona se obliga a ceder a otra el disfrute de ciertos bienes o elementos de una explotación a cambio de obtener una parte alícuota de los frutos o utilidades que aquéllos o ésta produzcan.

Este precepto es de escasa aplicación práctica, ya que la aparcería rústica y pecuaria se rigen por su legislación especial y en la esfera mercantil hay otras instituciones que cumplen con ventaja los objetivos de la aparcería industrial.

El actual concepto legal de aparcería, ex artículo 28 LAR, no se separa mucho de sus antecedentes, únicamente destacaremos que se amplía el objeto material de la cesión, ya que ahora se refiere conjuntamente a la cesión de fincas o explotaciones y se prescinde de la referencia a la actividad del aparcerero como «explotación» de los bienes cedidos.

En la LAR 2003 no encontramos un precepto equivalente al artículo 103 de la LAR de 1980, que decía:

«No perderán su naturaleza los contratos a que se refiere el artículo 102, aunque concurran en ellos alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.º Recibir de las partes una denominación distinta de la aparcería.
- 2.º Incluir en el contrato, además de las tierras propiamente dichas, edificaciones, construcciones, instalaciones u otros elementos destinados a la explotación, estén sitios o no en las propias fincas objeto de la aparcería».

Este artículo tenía la virtualidad de resaltar el carácter poliédrico de la aparcería, entendiendo que la diversidad en el *nomen iuris* no es obstáculo a la aplicación supletoria de la LAR.

El artículo 28.2 de la LAR establece la presunción de no existencia de relación laboral entre cedente y aparcerero, diciendo: «Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el contrato de arrendamiento no comprende relación laboral alguna entre cedente y cesionario; de pactarse expresamente esa relación, se aplicará además la legislación correspondiente».

Se trata de evitar que la aparcería pueda convertirse en cobertura formal de auténticas relaciones laborales en las que el trabajador debe percibir un salario fijo sin asumir los riesgos empresariales, mientras que por el contrario el aparcerero asume directamente los riesgos de la explotación y se obliga a entregar al cedente solamente una parte alícuota de los productos líquidos que lleguen a percibirse, con esta norma se evita el fraude y al mismo tiempo se evita que el ámbito del contrato de aparcería pueda amparar las posibles relaciones laborales que simultáneamente pudiesen tener lugar entre cedente y aparcerero, permitiéndose así la combinación respetuosa de normas civiles y laborales.

Con esta finalidad el artículo 30 de la LAR exceptúa los contratos en que el aparcerero aporte únicamente su trabajo personal y en su caso una parte del capital de la explotación y del capital circulante que no supere el 10 por 100 del valor total; en este caso deberá serle garantizado al aparcerero el salario mínimo que corresponda al tiempo de la actividad que dedique al cultivo de las fincas objeto del contrato y cumplirse lo dispuesto en la legislación laboral y de Seguridad Social.

II. RÉGIMEN JURÍDICO

El artículo 29 regula esta materia diciendo: «En defecto de pacto expreso, de normas forales o de derecho especial y de costumbre, se aplicarán las disposiciones de este capítulo y con carácter supletorio las normas sobre arrendamientos rústicos contenidas en los capítulos II, III, VI y VIII, siempre que no resulten contrarias a la naturaleza esencial del contrato de aparcería. No

obstante, tratándose de las mejoras impuestas por ley o por resolución judicial o administrativa firmes o acuerdo firme de la comunidad de regantes correspondiente, deberán llevarse a cabo por las partes con arreglo a lo pactado entre ellas, y si faltara el pacto, podrá resolverse el contrato a instancia del cedente o del cesionario».

Este artículo sigue un esquema muy parecido al de sus antecedentes, destacándose en materia de fuentes su ordenación jerárquica. La primacía del pacto como fuente por excelencia se basa, además de en la literalidad del precepto, en el respeto al principio de autonomía de la voluntad, ex artículo 1.255 del Código Civil (2).

Las Comunidades Autónomas, con regulación propia en la materia, se rigen por su propia normativa, así destacamos:

- Cataluña, bajo la rúbrica de «contratos especiales sobre explotaciones de tierras y sobre ganadería», regula los siguientes contratos: los contratos de aparcería rústica, en lo que no se opongan a la legislación especial sobre arrendamientos rústicos, se regirán preferentemente por los pactos de los contratantes y en su defecto por los usos y costumbres de la localidad; la masovería, los contratos de terratge, bolgues, eixarmadas y otros análogos, así como los contratos de soccita o soccida.
- Galicia también regula la aparcería en su Ley de 14 de junio de 2006, distinguiendo entre aparcería agrícola, de lugar acasado pecuaria y forestal de nuevas plantaciones.
- Baleares recoge en su Compilación la explotación a majoral, convenio agrícola pactado en cualquier forma entre el cultivador y el propietario.
- El contrato de mampostería y la comuña de Asturias, la aparcería de Aragón y el terraje de Murcia.

Se contempla también en este artículo la posibilidad de aplicar a la aparcería, con carácter supletorio, las normas sobre arrendamientos rústicos contenidas en los capítulos II, III y VI de esta ley (donde se regulan las partes contratantes, forma y gastos y mejoras), después la reforma operada por Ley 26/2005 extiende la supletoriedad también al capítulo VIII (terminación del arrendamiento), siempre que no resulten contrarias a la naturaleza esencial del contrato de aparcería.

Llama la atención que no se refiera el precepto a la regulación comunitaria, considero que la Política Agraria Comunitaria tiene en la actualidad una gran incidencia en el Derecho Privado de los Estados miembros donde se aplica con primacía sobre el Derecho interno.

III. DURACIÓN

La duración de la aparcería y sus posibles prórrogas se encuentra regulada en el artículo 31.1 de la LAR: «La duración del contrato será la libremente pactada y en defecto de pacto, se estimará que es la de un año agrícola, entendiéndose prorrogado por un periodo de un año en los mismos términos que

(2) En este sentido, la sentencia del TS, de 8 de julio de 2002, con relación a un arrendamiento por aparcería, pone de relieve la primacía de las estipulaciones que libremente hayan acordado las partes.

los señalados para el arrendamiento en el artículo 12. En los contratos de duración anual o inferior, la notificación previa de finalización del contrato se efectuará al menos con seis meses de antelación».

Por tanto, la aparcería tendrá la duración que hayan pactado libremente las partes, pero su mínimo temporal no podrá ser inferior al tiempo necesario para que el aparcerero llegue a obtener los productos propios del aprovechamiento realizado. En defecto de pacto la duración será de un año agrícola, considerado como período necesario para la producción de los frutos, siendo conveniente su interpretación al amparo de lo tipificado en el artículo 1.577 del Código Civil.

Para que no proceda la prórroga por un año, el cedente que desee recuperar la posesión al término del plazo deberá notificar fehacientemente con una antelación mínima de seis meses antes del vencimiento del plazo.

Si se hubiera convenido la aparcería para la realización de un cultivo determinado, con la excepción de los leñosos permanentes y siempre que dicho cultivo tenga una duración superior a un año, el plazo mínimo de duración será el tiempo necesario para completar una rotación o ciclo de cultivo.

El artículo 31 en su párrafo 3.º (añadido en el 2005) contempla la posibilidad de transformar la aparcería en arrendamiento diciendo que si a la finalización del contrato de aparcería el titular de la finca pretende realizar un contrato de arrendamiento, el aparcerero tendrá derecho preferente, en igualdad de condiciones, a suscribir el nuevo contrato de arrendamiento. Asimismo tendrá derecho a las prórrogas que en esta ley se establecen deduciendo de las mismas el tiempo que hubiera durado la aparcería.

IV. APARCERÍA ASOCIATIVA

Con la finalidad de configurar un contrato para la empresa agraria, el artículo 32 de la ley regula la aparcería asociativa: «Son aquellos contratos parciarios en que dos o más personas aporten o pongan en común el uso y disfrute de fincas, capital, trabajo y otros elementos de producción, con la finalidad de constituir una explotación agrícola, ganadera o forestal, o de agrandarla, acordando repartirse el beneficio que obtengan proporcionalmente a sus aportaciones, se regirán por las reglas de su constitución y en su defecto por las del contrato de sociedad sin perjuicio de que les sean también aplicables, en su caso, las reglas sobre gastos y mejoras establecidas para los arrendamientos».

Esta aparcería asociativa, también denominada múltiple, ya había sido contemplada en la Ley de 15 de marzo de 1935 y se regula ahora expresamente; se distinguen dos tipos de aparcería: la simple o común y la múltiple o asociativa.

En la simple, el propietario cede la tierra y en su caso determinados elementos a cambio de percibir una parte de los frutos y en la asociativa dos o más personas aportando o poniendo en común fincas, capital o trabajo, conciertan el establecimiento de una explotación agrícola, ganadera o forestal (3), configurándose así como un importante cauce para la agricultura de grupo.

(3) Como señala DE LOS MOZOS: «esta aparcería ofrece la ventaja de que no hay necesidad de hacer las aportaciones a la explotación en propiedad, como sucede en el contrato de sociedad, basta con hacerlas en posesión. Por ello es inexplicable que no se haya acudido a esta figura jurídica cuando durante tantos años, no se hablaba más que de la agricultura de grupo, de concentración, de agrupación, etc., para aumentar el tamaño de las explotaciones».

Su NATURALEZA JURÍDICA ha sido discutida, hay autores que consideran que puede adscribirse a la categoría de los denominados negocios parciarios, siendo un *tertium genus* entre los contratos conmutativos y los de sociedad, en la aparcería no hay intercambio de prestaciones ciertas y determinadas, siendo inherente a dicha figura jurídica la idea de riesgo, tampoco existe puesta en común de capital, trabajo, fincas para alcanzar una ganancia ulterior, sino que la ganancia depende solamente del trabajo del aparcerero. El legislador parece inclinarse por esta postura al definir expresamente en el artículo 32 la aparcería asociativa como contrato parciario.

También se ha considerado a la aparcería como un contrato asociativo, es decir, aquellos que implican la cooperación entre varias personas con un propósito común que trasciende de un propio contrato de cambio sin dar lugar al nacimiento de una nueva persona jurídica.

POSICIÓN JURISPRUDENCIAL: La jurisprudencia se inclina por considerar la aparcería como una figura *sui generis* que participa de las características de diferentes figuras contractuales, pero que no es subsumible en ninguna de ellas. Así la STS de 8 de julio de 2002 considera que es una figura con sustantividad propia, a pesar de que el artículo 1.579 del Código Civil la diseña como una especie híbrida entre los contratos de arrendamiento y de sociedad.

El artículo 32 supone la admisión expresa en nuestro ordenamiento de un modelo de aparcería ya regulado en el Código Civil italiano y que también emparenta con figuras autonómicas que participan de dicha fisonomía asociativa como la sociedad rural menorquina y la explotación a majoral, características del Derecho balear.

Dicha aparcería asociativa se rige por las reglas de su constitución y supletoriamente por la normativa del contrato de sociedad, pareciendo más conveniente a la naturaleza jurídica de la aparcería que el contrato tenga un contenido sustantivamente civil.

RESUMEN

APARCERÍA

La aparcería es un contrato por el que el titular de una finca o explotación cede temporalmente su uso y disfrute o el de alguno de sus aprovechamientos, así como el de los elementos de la explotación, ganado, maquinaria o capital circulante, conviniendo con el cesionario aparcerero repartirse los productos por partes alícuotas. Su régimen jurídico se encuentra tipificado en los artículos 28 a 32 de la LAR. Hemos analizado su regulación, duración, la presunción de no existencia de relación laboral entre cedente y aparcerero, así como la regulación de la aparcería asociativa.

ABSTRACT

SHARECROPPING

Sharecropping is a contract whereby the owner of a property or farm temporarily cedes use and enjoyment of the property or farm or any operation thereof, or the elements of the farm, livestock, machinery or working capital, in the agreement that the owner and the sharecropper to whom this is ceded shall divide the products in aliquot portions. Sharecropping is legislated in articles 28 to 32 of the Rural Leasing Act. We have analysed the regulations for and duration of sharecropping contracts, the presumption of non-existence of an employer/employee relationship between the principal and the sharecropper, and the regulations for associative sharecropping.

1.6. Responsabilidad Civil

NOTAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD EN TORNO A LAS DONACIONES DE ÓRGANOS CUANDO EL DONANTE ES UN MENOR

por

JUANA RUIZ JIMÉNEZ
LOURDES TEJEDOR MUÑOZ

Profesoras titulares de Derecho Civil de la UNED

I. PLANTEAMIENTO

Recientemente ha saltado a los medios de comunicación una noticia que nos ha conmovido. La noticia de la que todos nos hemos hecho eco, tal y como reza, en uno de los titulares del periódico *El Mundo*, de 23 de octubre de 2007, es la siguiente: «Una juez autoriza a una menor a donar parte de su hígado para salvar a su hija de seis meses».

Precisamente, el Auto 785/07, de 18 de octubre de 2007, del Juzgado de Primera Instancia número 17 de Sevilla, en el que se autoriza a la menor para donar parte de su hígado a su propia hija, por su especial problemática, nos va a servir de punto de arranque para realizar una serie de reflexiones en torno al consentimiento y la responsabilidad civil en un acto médico en concreto, el trasplante de órganos.

Los hechos son los siguientes, la madre de una joven de diecisiete años, en nombre propio y como representante legal de su hija, promovió un expediente de jurisdicción voluntaria para obtener autorización para que (la joven) pudiera donar parte de su hígado a su hija de escasos meses de edad. La pequeña (1) sufre una malformación hepática congénita y necesita, según los médicos especialistas, un trasplante para sobrevivir. Se exploró a la menor, y tanto el informe del Médico Forense como el del Ministerio Fiscal fueron favorables sobre la capacidad de entender y conocer de la misma en relación con el acto médico al que se iba a someter.

Los fundamentos jurídicos del Auto, para una mejor comprensión del caso, son recogidos textualmente:

«*Primero*: La Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, en su artículo cuarto, establece: “La obtención de órganos procedentes de un donante vivo para su ulterior injerto o implantación en otra persona podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos:

Que el donante sea mayor de edad.

Que el donante goce de plena facultades mentales y haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión. Esta información se refería a las consecuencias previsibles de orden somático, psíquico y psicológico, a las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional, así como a los beneficios que con el trasplante se espera haya de conseguir el receptor.

(1) La pequeña, según los medios de comunicación, ha sido intervenida con éxito, realizándose un trasplante de hígado de un donante fallecido.

Que el donante otorgue su consentimiento de forma expresa, libre y consciente, debiendo manifestarlo... A los efectos establecidos en esta Ley, no podrá obtenerse ningún tipo de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o por cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente...”».

De similar forma, el Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre (por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos), en su artículo 9 establece las condiciones y requisitos para el donante vivo de órganos: «1. La extracción de órganos procedentes de donantes vivos para su ulterior trasplante en otra persona podrá realizarse si se cumplen las siguientes condiciones y requisitos:

a) El donante debe ser mayor de edad, gozar de plenas facultades mentales y de un estado de salud adecuado».

Segundo: El Código Civil, en su artículo 271, no establece la necesidad de que el tutor precise de autorización judicial para autorizar una donación de órganos. La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en su artículo 10, permite que el tutor preste el consentimiento a la intervención quirúrgica cuando no esté capacitado para ello, en cuyo caso corresponderá a las personas allegadas al incapacitado.

No obstante el silencio normativo, no puede estimarse que para el supuesto de donación de órganos baste el consentimiento del tutor, considerando que, por analogía a los supuestos de esterilización del menor, deberá ser autorizada por el Juez supliendo la falta de capacidad del mismo.

Es necesario, por tanto, acudir al proceso judicial, recabar el informe de especialistas, oír en su caso a la incapaz o menor, todo ello con la intervención del Ministerio Fiscal.

El Tribunal Constitucional establece: «La intervención judicial», como inexcusable para que pueda otorgarse la autorización en el supuesto análogo de esterilización, constituyendo la principal garantía a la que están subordinados todas las demás exigiendo los siguientes requisitos:

1. Solicitud por parte de quienes ostenten la representación legal de la persona incapaz ante el Juez del domicilio del incapaz.
2. Exploración judicial de la persona incapaz.
3. Oír a especialistas.
4. Intervención del Ministerio Fiscal.

Requisitos que en el presente supuesto se han cumplido, constatando que la menor es plenamente consciente de los riesgos que implica la intervención y que tiene plena capacidad para entender sobre lo actuado; manifestando, con pleno entendimiento y de forma libre y consciente, su deseo de donar a su hija parte de su hígado. Procediendo, en consecuencia, integrar el consentimiento de la menor.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, acuerdo: Parte dispositiva DEBO AUTORIZAR Y AUTORIZO ... a la donación de hígado solicitada para su hija ..., quedando así suplida su falta de capacidad, integrándose el consentimiento de la misma».

Constituye el primer Auto que se pronuncia en España sobre un supuesto de trasplante de órganos, en el que se permite que donante y receptor sean me-

nores, por tanto no contamos con antecedentes sobre casos similares, sin duda, la problemática y la trascendencia humana y jurídica de esta cuestión ponen de relieve que estamos ante un conflicto no resuelto en nuestro ordenamiento. Tres son las reflexiones principales sobre las que centramos nuestro comentario: la primera, ¿puede prestar consentimiento un menor para ser donante vivo de un órgano? La segunda, ¿cuál es la información que debe recibir el donante para comprender el acto médico? Y en último lugar, ¿en quién recaería la responsabilidad en el supuesto de que el trasplante tuviera un efecto negativo para el donante? Planteado así el tema, nos parece necesario partir de un análisis normativo para saber si un menor puede ser donante vivo de órganos.

II. MARCO NORMATIVO

De esta materia se ocupa:

En primer lugar, la Ley 30/1979, de 27 de octubre (2), sobre extracción y trasplante de órganos (3), en su artículo cuarto establece: «La obtención de órganos procedentes de un donante vivo para su ulterior injerto o implantación en otra persona podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Que el donante sea mayor de edad.
- b) Que el donante goce de plenas facultades mentales y haya sido previamente informado (4) de las consecuencias de su decisión.
- c) Que el donante otorgue su consentimiento de forma expresa, libre y consciente, debiendo manifestarlo... A los efectos establecidos en esta Ley, no podrá obtenerse ningún tipo de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o por cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente...».

El responsable de la unidad médica en que haya de realizarse el trasplante sólo podrá dar su conformidad si se cumplen los siguientes requisitos, según el artículo seis c): «Que el receptor del trasplante exprese por escrito su consentimiento para la realización del trasplante cuando se trate de un adulto jurídicamente responsable de sus actos, o por sus representantes legales, padres o tutores, en caso de pacientes con déficit mental o menores de edad...».

En segundo lugar no podemos dejar de referirnos al Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre (5), por el que se regulan «Las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos», que tiene el carácter de normativa básica sanitaria en su artículo 9, establece las condiciones y requisitos para el donante vivo de órganos:

(2) *BOE* núm. 266, de 6 de noviembre de 1979.

(3) Recordemos que como establece el artículo primero de la citada Ley: «La cesión, extracción, conservación, intercambio y trasplante de órganos humanos, para ser utilizados con fines terapéuticos, sólo podrán realizarse con arreglo a lo establecido por la presente Ley y por las disposiciones que se dicten para su desarrollo».

(4) Esta información se refería a las consecuencias previsibles de orden somático, psíquico y psicológico, a las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional, así como a los beneficios que con el trasplante se espera haya de conseguir el receptor.

(5) *BOE* núm. 3, de 4 de enero de 2000.

«1. La extracción de órganos procedentes de donantes vivos para su ulterior trasplante en otra persona podrá realizarse si se cumplen las siguientes condiciones y requisitos:

- a) El donante debe ser mayor de edad, gozar de plenas facultades mentales y de un estado de salud adecuado.
- b) Debe tratarse de un órgano o parte de él, cuya extracción sea compatible con la vida y cuya función pueda ser compensada por el organismo del donante de forma adecuada y suficientemente segura.
- c) El donante habrá de ser informado previamente de las consecuencias de su decisión, debiendo otorgar su consentimiento de forma expresa, libre, consciente y desinteresada.
- d) No podrá realizarse la extracción de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas, enfermedad mental o cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento en la forma indicada. Tampoco podrá realizarse la extracción de órganos a menores de edad, aun con el consentimiento de los padres o tutores.
- e) El destino del órgano extraído será su trasplante a una persona determinada con el propósito de mejorar sustancialmente su pronóstico vital o sus condiciones de vida.

2. La extracción de órganos de donantes vivos se limitará a situaciones en las que puedan esperarse grandes posibilidades de éxito del trasplante y no se aprecie que se altere el libre consentimiento del donante a que se refiere el apartado 1.c) de este artículo. Será necesario un informe preceptivo del Comité de Ética del hospital trasplantador. En ningún caso se extraerán ni se utilizarán órganos de donantes vivos cuando por cualquier circunstancia pudiera considerarse que media condicionamiento económico o de otro tipo, social o psicológico.

3. El estado de salud físico y mental del donante deberá ser acreditado por un médico distinto del o de los que vayan a efectuar la extracción y el trasplante, que informará sobre los riesgos inherentes a la intervención, las consecuencias previsibles de orden somático o psicológico, las repercusiones que pueda suponer en su vida personal, familiar o profesional, así como de los beneficios que con el trasplante se espera haya de conseguir el receptor. Los anteriores extremos se acreditarán mediante un certificado médico que hará necesariamente referencia al estado de salud, a la información facilitada y a la respuesta y motivaciones libremente expresadas por el interesado y, en su caso, a cualquier indicio de presión externa al mismo. El certificado incluirá la relación nominal de otros profesionales que puedan haber colaborado en tales tareas con el médico que certifica.

4. Para proceder a la extracción de órganos de donante vivo, el interesado deberá otorgar por escrito su consentimiento expreso ante el juez encargado del Registro Civil de la localidad de que se trate, tras las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción y en presencia del médico al que se refiere el apartado 3 de este artículo, del médico responsable del trasplante y de la persona a la que corresponda dar la conformidad para la intervención, según figure en el documento de autorización del centro. El documento de cesión donde se manifiesta la conformidad del donante será firmado por el interesado, el médico que ha de ejecutar la extracción y los demás asistentes. Cualquiera de ellos podrá oponerse eficazmente a la donación si albergan duda sobre que el consentimiento del donante se ha manifestado de forma expresa, libre, consciente y desinteresada. De dicho documento de cesión

deberá facilitarse copia al interesado. En ningún caso podrá efectuarse la extracción de órganos sin la firma previa de este documento.

5. Entre la firma del documento de cesión del órgano y la extracción del mismo deberán transcurrir al menos veinticuatro horas, pudiendo el donante revocar su consentimiento en cualquier momento antes de la intervención sin sujeción a formalidad alguna. Dicha revocación no podrá dar lugar a ningún tipo de indemnización.

6. La extracción de órganos procedentes de donantes vivos sólo podrá realizarse en los centros sanitarios expresamente autorizados para ello por la autoridad sanitaria de la Comunidad Autónoma correspondiente. Las condiciones y requisitos que deberán reunir dichos centros son las que se señalan en el artículo 11 del presente Real Decreto.

7. No obstante lo dispuesto en el artículo 8, deberá facilitarse al donante vivo asistencia sanitaria para su restablecimiento».

En tercer lugar, el Convenio de 4 de abril de 1997 (6), ratificado por Instrumento de 23 de julio de 1999, para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respeto a las aplicaciones de la Biología y Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1996 (en adelante, Convenio de Oviedo) establece en el artículo 6, bajo la rúbrica de «*Protección de las personas que no tengan capacidad (7) para expresar su consentimiento*», en su apartado segundo, que:

«2. Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley.

La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez».

Advertimos que el párrafo segundo de este artículo, da primacía a la capacidad del menor, pero a su capacidad natural, ya que sólo se requiere la autorización de los representantes cuando se considere que el menor no tiene capacidad. En ningún momento se hace referencia a la capacidad de obrar o a la mayoría de edad, sino a la capacidad en general, por ello se presume que se está refiriendo a una capacidad de entender. Una cuestión que se plantea aquí y que posteriormente veremos, es quién debe valorar si el menor tiene o no tiene esa capacidad.

Por otro lado, es muy importante señalar que el capítulo sexto, titulado *Extracción de órganos y de tejidos de donantes vivos (8) para trasplantes*, en el

(6) BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999.

(7) La regla general viene recogida en el capítulo sobre el consentimiento, al establecer en el artículo 5 de citada ley que: «una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento».

(8) La regla general la establece el artículo 19: 1. La extracción de órganos o de tejidos para trasplantes sólo podrá efectuarse de un donante vivo en interés terapéutico del receptor y cuando no se disponga del órgano o del tejido apropiados de una persona fallecida ni de un método terapéutico alternativo de eficacia comparable. 2.2. El consen-

artículo 20, bajo el epígrafe: «Protección de las personas incapacitadas para expresar su consentimiento a la extracción de órganos», establece que:

«1. No podrá procederse a ninguna extracción de órganos o de tejidos de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento conforme al artículo 5.

2. De modo excepcional y en las condiciones de protección previstas por la ley, la extracción de tejidos regenerables de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento podrá autorizarse si se cumplen las condiciones siguientes:

- i) Si no se dispone de un donante compatible capaz de prestar su consentimiento.
- ii) Si el receptor es hermano o hermana del donante.
- iii) Si la donación es para preservar la vida del receptor.
- iv) Si se ha dado específicamente y por escrito la autorización prevista en los apartados 2 y 3 del artículo 6, según la ley y de acuerdo con la autoridad competente.
- v) Si el donante potencial no expresa su rechazo a la misma».

También aquí queremos hacer una observación, pues aunque este artículo no se refiere expresamente a menores, ya que habla de «personas que no tengan capacidad de expresar su consentimiento», nos parece que la expresión es de tal generalidad que podemos entender incluidas cualquier persona que no tenga capacidad natural.

Por último, en el ámbito estatal hay que esperar hasta la promulgación de la «Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica» (9), para tener una regulación acorde con las bases internacionales y con los compromisos adquiridos (10). Como su propio título indica es una ley básica, lo que significa que contiene los principios rectores que en esta materia se han de seguir en todo el Estado, por lo que la normativa autonómica precedente ha tenido que adaptar sus normas a lo establecido en la ley, para que haya una igualdad en el trato a los pacientes, con independencia de cual sea el lugar de residencia.

El artículo 9.3 de la Ley 41/2002 establece que se otorgará el consentimiento informado por representación:

«c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embar-

timiento, a que se refiere el artículo 5, deberá ser expresa y específicamente otorgado, bien por escrito o ante una autoridad.

(9) *BOE* núm. 274, de 15 de noviembre. Entró en vigor en mayo de 2003.

(10) Tras la promulgación de la Ley básica, otras Comunidades Autónomas han hecho lo propio sobre este tema, así la Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente en la Comunidad Valenciana. La Ley 8/2003, de 8 de abril, de derechos y deberes de las personas con relación a la salud, o de las Cortes de Castilla y León. La Ley 5/2003, de salud de las Islas Baleares.

go, en caso de actuación de grave riesgo, según criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente».

Contempla expresamente el consentimiento del paciente menor de edad, y debe observarse que se pueden dar tres supuestos diferentes:

1. Que sea un menor, mayor de dieciséis años.
2. Que sea un menor entre doce y dieciséis años.
3. Que sea un menor de doce años.

III. CAPACIDAD NECESARIA PARA QUE LOS MENORES PUEDAN PRESTAR EL CONSENTIMIENTO INFORMADO CON CARÁCTER GENERAL EN ÁMBITO SANITARIO

Como se ha señalado, la Ley básica, sí contempla expresamente el consentimiento en los actos médicos cuando el paciente es un menor, que como veremos se aparta de la regla general de la mayoría de edad del Código Civil y se aproxima a la tendencia en la mayoría de los países desarrollados desde el último cuarto del siglo xx, y es la adquisición gradual de la capacidad de obrar, y como consecuencia la posibilidad de tomar decisiones.

1. MENOR, MAYOR DE DIECISÉIS AÑOS

Siguiendo el tenor literal de la Ley 41/2002, no hay problema en cuanto al menor que ya ha cumplido dieciséis años. Aquí no se cuestiona si el menor tiene o no capacidad para otorgar el consentimiento, se presume que al haber cumplido los dieciséis años tiene capacidad para otorgarlo. Recordemos que el artículo 6 del Convenio de Oviedo no establece esa línea divisoria atendiendo a la edad, sino que tiene en cuenta la capacidad natural del menor para prestar el consentimiento (11).

A pesar de esta capacidad (12) que se le otorga al menor, mayor de dieciséis años, con carácter general para que pueda otorgar el consentimiento informado, la propia Ley hace una salvedad, en el supuesto de que haya una actuación de grave riesgo, según el facultativo, pues requiere que los padres serán informados y se tendrá en cuenta su opinión. Sin duda plantea muchos interrogantes. ¿Y si la opinión de los padres es contraria a la del adolescente? ¿A qué deberá atenderse el médico? La casuística puede dar lugar a innumerables escenarios, pero, a no ser que el paciente mayor de dieciséis años se encuentre en una situación extrema, de no poder ser informado o de no poder prestar el consentimiento, las consecuencias de una actuación médica, decidida por los padres y por el facultativo, puede generar responsabilidades para todos (13).

(11) En este mismo sentido se manifestaron las leyes autonómicas, incluso aquellas que son anteriores a la ley estatal.

(12) Sobre el tema de la capacidad, resulta de gran interés, vid. PARRA LUCÁN, M. A., «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», en *Aranzadi Civil*, núm. 2/2003, págs. 1 a 23.

(13) Además ese supuesto concreto ya lo prevé el artículo 9.3.a) de la citada Ley, que dice: «3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supues-

2. MENOR ENTRE DOCE Y DIECISÉIS AÑOS

Cuando el consentimiento lo tiene que prestar un menor, mayor de doce años y menor de dieciséis, el tema puede resultar ambiguo. Hemos establecido este margen (entre doce y dieciséis años), porque de forma tácita lo está haciendo la propia ley. Como señalábamos en líneas anteriores, se otorgará el consentimiento por representación cuando el menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En ese supuesto, el consentimiento lo dará el representante, pero después de haber oído la opinión del menor si tiene doce años cumplidos.

En primer lugar, habrá que precisar cuándo se considera por el legislador que el menor es capaz intelectual y emocionalmente para poder entender la información que está recibiendo y posteriormente prestar el consentimiento a cualquier actuación médica. Para ello, SÁNCHEZ-CARO y ABELLÁN afirman que desde un punto de vista forense los criterios utilizados para evaluar la capacidad civil de un individuo son: el criterio cognitivo y el criterio volitivo (14).

La siguiente pregunta que hemos de hacernos es: ¿Quién determina si la capacidad natural del menor está dentro de los parámetros mínimos para entender y querer? Se desprende de la norma que es el médico que le atiende quien lo determina. Quizá se debería haber especificado que ha de ser un especialista, que tras examinar al menor, estime si su capacidad natural le permite tomar determinadas decisiones. Además, la cuestión se presenta compleja cuando la voluntad del menor y la del representante no son coincidentes. ¿Cuál prevalece? ¿Variará dependiendo de los supuestos?

Siendo la voluntad de los padres y del menor coincidente, el Tribunal Constitucional se manifestó sobre la capacidad de decisión de un menor de trece años, Testigo de Jehová, en la sentencia 154/2002, que tras la negativa del menor a que le practicasen una transfusión de sangre, alegando sus convicciones religiosas, se produjo el fallecimiento del mismo. En este caso, el Tribunal Constitucional considera que, por encima de todo, está el interés del menor y el derecho a la vida (15).

tos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación».

(14) Consideran que «el criterio cognitivo supone que en el momento de la ejecución del hecho posea la inteligencia y el discernimiento de sus actos. Y el criterio volitivo, que goce de la libertad de su voluntad, de su libre albedrío; es decir, de la facultad de poder escoger entre los diversos motivos de conducta que se presenten ante su espíritu y de determinar libremente la potencia de su voluntad». SÁNCHEZ-CARO y ABELLÁN, *Derechos y deberes de los pacientes. Ley 41/2002, de 14 de noviembre; consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas*, 2003, pág. 57.

(15) Es de especial interés el razonamiento que el Tribunal Constitucional hace de la confrontación entre el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la vida del menor.

«Pasemos ahora a considerar la relevancia que, en su caso, pueda tener la oposición manifestada del menor al tratamiento médico prescrito.

En el recurso de amparo se alega, precisamente, como ya hemos indicado, el error de la sentencia impugnada al establecer «la irrelevancia del consentimiento u oposición de un niño menor de trece años de edad, máxime cuando, como en este caso, está en juego su propia vida».

Es cierto que el Ordenamiento Jurídico concede relevancia a determinados actos o situaciones jurídicas del menor de edad. Ello se aprecia en concreto —atendiendo a la normativa que pudiera regular las relaciones entre las personas afectadas por el tema

3. MENOR DE DOCE AÑOS

Es el supuesto menos problemático de todos. Aunque si nos atenemos a la normativa general sobre capacidad, el Código Civil no delimita edad concreta como hace la Ley 41/2002, simplemente hace alusión a la madurez.

que nos ocupa— tanto en la Compilación del Derecho Civil de Aragón (aplicable en cuanto tuvieran la vecindad civil en dicho territorio foral) como, en su caso, en el Código Civil. Así, los actos relativos a los derechos de la personalidad (entre los que se halla precisamente el de integridad física), de los que queda excluida la facultad de representación legal que tienen los padres en cuanto titulares de la patria potestad, según explícitamente proclama el artículo 162.1 del Código Civil (precepto sin correlato expreso en la Compilación); tal exclusión, por otra parte, no alcanza al deber de velar y cuidar del menor y sus intereses. También cabe señalar diversos actos conducentes a la creación de efectos jurídicos o a la formalización de determinados actos jurídicos, como son, entre otros, los relativos a la capacidad para contraer matrimonio, para testar, para testificar, para ser oído, a fin de otorgar su guarda o custodia a uno de los progenitores. Y asimismo, en el ámbito penal, para la tipificación de determinados delitos.

Ahora bien, el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos, como los que acaban de ser mencionados, no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto —como el ahora contemplado— que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable.

De las consideraciones precedentes cabe concluir que, para el examen del supuesto que se plantea, es obligado tener en cuenta diversos extremos. En primer lugar, el hecho de que el menor ejercitó determinados derechos fundamentales de los que era titular: el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la integridad física. En segundo lugar, la consideración de que, en todo caso, es prevalente el interés del menor, tutelado por los padres y, en su caso, por los órganos judiciales. En tercer lugar, el valor de la vida, en cuanto bien afectado por la decisión del menor: según hemos declarado, la vida, «en su dimensión objetiva, es “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional” y “supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible” (STC 53/1985 [RTC 1985, 53])» (STC 120/1990, de 27 de junio [RTC 1990, 120], F. 8). En cuarto lugar, los efectos previsibles de la decisión del menor: tal decisión reviste los caracteres de definitiva e irreparable, en cuanto conduce, con toda probabilidad, a la pérdida de la vida.

En todo caso, y partiendo también de las consideraciones anteriores, no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza —y así lo entienden las sentencias ahora impugnadas— que el menor fallecido, hijo de los recurrentes en amparo, de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, como la que nos ocupa. Así pues, la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto de la decisión que ellos, a los efectos ahora considerados, habían de adoptar (...).

11. Sentados los anteriores extremos, debemos establecer si la condición de garantías, atribuida por las sentencias impugnadas a los recurrentes en amparo, resulta afectada —y, en su caso, en qué sentido— por el derecho de éstos a la libertad religiosa. Es claro que ello comporta la necesidad de tener en cuenta las singulares circunstancias concurrentes en el caso que nos ocupa, de que ya se hizo mérito.

Una consideración previa es necesaria. Ya se ha indicado (Fundamento Jurídico segundo) que el Ministerio Fiscal niega que —como cuestión fáctica ya resuelta— deba cuestionarse en amparo la inobservancia por parte de los padres de la posición de garantías de la vida del hijo. Afirma, al respecto, el Ministerio Público que «el concepto de garante aplicado a los actores por la sentencia nace, y por ello pertenece al campo de la legalidad ordinaria, de la subsunción del supuesto fáctico, consistente en la generación y la falta de edad del hijo, en la normativa legal reguladora de la patria potestad», y que «esta subsunción se realiza por el órgano judicial de manera razonada y fundada en Derecho, único por determinación legal que puede y debe hacerla». Concluye esta consi-

IV. EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL

Conviene también plantearse a qué tipo de actuaciones sanitarias se aplica, pues la propia Ley señala unas excepciones que vienen contempladas en el apartado 4 del citado artículo nueve: la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida. En estos supuestos la ley se remite a lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación a las que nos referiremos brevemente:

Respecto de la práctica de las técnicas de reproducción asistida, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (16), establece en el artículo 6.1 *in fine*, que la usuaria de las técnicas «*Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar*», por lo tanto se podía haber omitido esta excepción, ya que la Ley 41/2002 es de carácter supletorio en relación con la legislación especial (17).

En cuanto a los ensayos clínicos, siguiendo la literalidad de la norma, el menor mayor de dieciséis años no puede otorgar el consentimiento, nos tenemos que remitir a lo establecido con carácter general para la capacidad y a la legislación especial allí donde hay regulación. El Convenio de Oviedo establece que para poder llevar a cabo ensayos clínicos en menores (18), siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el propio Convenio, será necesario el consentimiento por escrito del representante del menor, y que no haya un rechazo por el propio menor. Incluso se considera necesario ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, a tenor de lo dispuesto en el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos (19). Por lo tanto observamos que el legislador ha consi-

deración el Ministerio Público diciendo que: «el Tribunal Supremo estudia esta situación y declara razonada y fundadamente que los recurrentes nunca perdieron el dominio de la situación de garantes, y esta afirmación constituye una cuestión fáctica que, resuelta por el Tribunal en forma legal, carece de dimensión constitucional».

No puede admitirse, en su radicalidad, la tesis expuesta, la cual —en realidad— hace supuesto de la cuestión sometida a debate. Los derechos y obligaciones que surgen en el ámbito de las relaciones humanas —concretados por las normas que estructuran la llamada legalidad ordinaria— son válidos y eficaces en la medida en que su contenido no rebasa el marco constitucional, respetando los límites propios de los derechos fundamentales.

(16) *BOE* núm. 282, de 24 de diciembre. Se modificó por la Ley 45/2003 (aunque los artículos afectados fueron el 4 y el 11).

(17) Así lo establece la Disposición Adicional segunda respecto de una serie de supuestos entre los que se encuentra la práctica de estas técnicas.

(18) Artículo 17 en consonancia con el artículo 6.

(19) El consentimiento informado se regula en el artículo 7 del Real Decreto, dedicando el apartado 3 al consentimiento cuando el ensayo se va a realizar con un menor.

«3. Cuando el sujeto del ensayo no sea una persona capaz para dar su consentimiento o no esté en condiciones de hacerlo, la decisión deberá adoptarse, teniendo en cuenta lo indicado en este artículo. Si el sujeto del ensayo es menor de edad:

1. Se obtendrá el consentimiento informado previo de los padres o del representante legal del menor; el consentimiento deberá reflejar la presunta voluntad del menor y podrá retirarse en cualquier momento sin perjuicio alguno para él. Cuando el menor tenga doce o más años, deberá prestar además su consentimiento para participar en el ensayo. 2. El menor recibirá, de personal que cuente con experiencia en el trato con menores, una información sobre el ensayo, los riesgos y los beneficios adecuada a su capacidad de enten-

derado que para estos casos el menor, mayor de dieciséis años, no tiene capacidad suficiente para otorgar el consentimiento, pero de gran trascendencia su aceptación.

En relación con la interrupción voluntaria del embarazo, el precepto es innovador, como afirma BENAC URROZ, en la medida en la que no había antecedente alguno en nuestro Derecho (20).

Se presume que hay que tratar de la misma manera al menor emancipado que al menor, mayor de dieciséis años, que no está emancipado. En el supuesto de la utilización de técnicas de reproducción asistida, desde luego, pues la propia ley exige la mayoría de edad para poder utilizar las mismas. En cuanto a la interrupción voluntaria del embarazo, siempre en los supuestos permitidos por la ley, el consentimiento de la embarazada es esencial para poder llevarlo a cabo. El Código Penal no hace mención a la posibilidad de que la embarazada sea una menor, y la Ley 41/2002 nos remite a las normas generales sobre capacidad. Ya hemos manifestado en varias ocasiones que el artículo 162 del Código Civil establece que si el menor tiene capacidad para consentir sobre cuestiones relativas a los derechos de la personalidad, lo podrá hacer, siempre que las Leyes lo permitan o no lo prohíban. Si la menor tiene capacidad natural de entender y posteriormente prestar el consentimiento y su decisión es contraria a la de sus progenitores, ¿cuál debe prevalecer? ¿La menor emancipada tiene capacidad suficiente, siguiendo la normativa general para poder decidir al respecto? El tema se presenta cuanto menos confuso y de difícil solución en la práctica, ya que si se pide la intervención del Ministerio Fiscal, el tiempo puede jugar en contra de cualquier decisión (21).

Una vez señaladas las excepciones establecidas en la ley, nos preguntamos si están todos los casos posibles en los que se presume que el menor maduro, el adolescente o el emancipado no tienen todavía la suficiente capacidad para consentir sobre algo que afecta a su salud, o debería añadirse alguno más. Desde nuestro punto de vista, otros supuestos deberían excepcionarse como, por ejemplo, el sometimiento a cualquier tipo de cirugía estética, cuando no vaya acompañado de otra dolencia. No olvidemos que los menores maduros están obsesionados por la belleza motivados por los cánones marcados por la sociedad actual.

dimiento. 3. El investigador aceptará el deseo explícito del menor de negarse a participar en el ensayo o de retirarse en cualquier momento, cuando éste sea capaz de formarse una opinión en función de la información recibida. 4. El promotor pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal las autorizaciones de los ensayos clínicos cuya población incluya a menores».

(20) A pesar de ello, manifiesta «que algún autor especializado (GALÁN CORTÉS) se ha pronunciado en el sentido de que al exigir la norma la mayoría de edad, para prestar consentimiento podría colisionar con el artículo 162.1 del Código Civil, precepto que atribuye al menor capacidad para realizar los actos relativos a derechos de la personalidad y otros que el menor pueda realizar por sí mismo de acuerdo con sus condiciones de madurez, cuyos actos quedan excepcionados de la patria potestad y por tanto no se requiere que los padres representen al menor sino que habrá de ser éste quien por sí mismo y personalmente decida o preste consentimiento». BENAC URROZ, M., «La problemática del menor maduro en la obtención del consentimiento informado», en *Autonomía del paciente, información e historia clínica*, coord. González Salinas y Lizárraga Bonelli, pág. 85.

(21) Incluso pueden darse casos como la utilización de la píldora del día después, en los que no se sabe muy bien si puede autorizar la menor mayor de dieciséis años sola o se necesita el consentimiento de los padres para ello.

1. EL TRASPLANTE DE ÓRGANOS COMO CASO PARTICULAR

Analizada esta normativa, parece especialmente polémica la cuestión de cómo debe incardinarse el supuesto de trasplante de órganos en el caso de menores, como hemos visto en la Ley 30/1979, de 27 de octubre (22), sobre extracción y trasplante de órganos (23), que en su artículo cuarto, establece la necesidad de que el donante sea mayor de edad y señalaba expresamente que... «no podrá obtenerse ningún tipo de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o por cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente».

Por tanto, la ley es tajante en esta cuestión, no permite que el trasplante de órganos lo pueda realizar un menor, tenga o no consentimiento de sus padres.

En el mismo sentido hemos visto el Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre (24), por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos, en su artículo 9 establece las condiciones y requisitos para el donante vivo de órganos, exige: Que el donante debe ser mayor de edad..., y además establece que no podrá realizarse la extracción de órganos a menores de edad, aun con el consentimiento de los padres o tutores.

También hemos señalado que la Ley 41/2002 permite que los emancipados y los mayores de dieciséis años puedan prestar el consentimiento, pero no se refiere expresamente a ese supuesto de trasplante de órganos, por lo que cabe plantearse si está o no vigente la Ley 30/1979 en este punto concreto del consentimiento que prohíbe obtener órganos de los menores de edad vivos. La cuestión es compleja. Además se trata de una operación que entraña un riesgo tanto para el donante como para el receptor.

En opinión de PARRA LUCÁN (25): «Resulta preferible mantener la vigencia de una norma dictada para un sector específico en la que el control exigido es mayor, puesto que ningún beneficio se va a derivar para el menor de la extracción de un órgano...».

De todas formas, un aspecto de la cuestión que debe tenerse en cuenta es que el Convenio de Oviedo establece la posibilidad de que, tratándose de órganos o tejidos regenerables, como es el hígado, permitiendo de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento podrá autorizarse si se cumplen las condiciones siguientes: (Si no se dispone de un donante compatible capaz de prestar su consentimiento. Si el receptor es hermano o hermana del donante. Si la donación es para preservar la vida del receptor. Si se ha dado específicamente y por escrito la autorización prevista en los apartados 2 y 3 del artículo 6, según la ley y de acuerdo con la autoridad competente. Si el donante potencial no expresa su rechazo a la misma). Quizá este sea un supuesto en el que se podría encajar el caso que analizamos, aunque somos concientes de que se trata de un precepto que admite varias lecturas. ¿Quién consiente? ¿Qué menores podíamos incluir en este supuesto?, etc...

(22) BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1979.

(23) La cesión, extracción, conservación, intercambio y trasplante de órganos humanos, para ser utilizados con fines terapéuticos, sólo podrán realizarse con arreglo a lo establecido por la presente Ley y por las disposiciones que se dicten para su desarrollo.

(24) BOE núm. 3, de 4 de enero de 2000.

(25) *Op. cit.*, pág. 10.

En consecuencia con todo lo apuntado, no podemos dejar de criticar el Auto, pese a que no dudamos de la bondad de la autorización y de que se ha ido en busca de la justicia material. No entendemos porqué hace referencia a la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, artículo 10 apartado 6 (*BOE* núm. 102 de 29 de abril de 1986), que si bien se refiere al consentimiento informado al señalar el derecho: «a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto: ...Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas», ya que no cabe duda de que es un supuesto actualmente derogado por la Disposición Derogatoria de la Ley 41/2002.

No compartimos la opinión de que este caso pueda aplicarse por analogía a los supuestos de esterilización del menor, pues se trata de un supuesto excepcional.

V. RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL CONSENTIMIENTO

Hasta el momento, se ha hecho una exposición sobre la situación y las personas legitimadas para prestar el consentimiento ante una situación que normalmente acontece en unas circunstancias extremas. Y siguiendo el Auto con el que comenzábamos este análisis, nos hacemos la siguiente pregunta: ¿Qué sujetos serían responsables si la donación por la madre menor se hubiese llevado a cabo sin éxito? La madre, que en representación de su hija inició el procedimiento para obtener la autorización judicial. La juez, que haciendo una aplicación analógica, no tuvo en consideración lo establecido por la Ley 30/1979, de trasplantes de órganos en materia de capacidad. Incluso el médico que ha realizado la intervención, a sabiendas, de lo dispuesto en el ordenamiento para ese supuesto. Como expresábamos anteriormente, el panorama es complejo en cuanto al consentimiento, y por efecto del mismo, de la responsabilidad derivada de un acto de tanta trascendencia.

Es preciso plantearse quién emite el consentimiento, hasta dónde el menor entiende la trascendencia del acto que se va a realizar, si hay acuerdo o desacuerdo entre la opinión del menor y la de su representante.

VI. CONCLUSIÓN

Aunque la casuística no es la mejor forma de análisis, en ocasiones nos da la posibilidad de atisbar los problemas que pueden surgir ante un determinado hecho. Afortunadamente el Auto, y por ende, la historia que encierra, ha tenido un final sin complicaciones jurídicas. Sin embargo, las posibles cuestiones que se han planteado en estas líneas nos deben hacer reflexionar para intentar paliar la laguna existente o al menos la complejidad normativa cuando es un menor el que quiere ser donante. Es preciso tener claro si lo que se quiere que prime es la capacidad de obrar prevista en las leyes, o la capacidad natural que cada persona tiene. No olvidemos que en el ámbito sanitario, el objeto de la actuación es en algunas ocasiones el propio derecho a la vida, y que el efecto negativo derivado de una información a quien no se debe o incompleta es el consentimiento informado viciado lo que provoca una responsabilidad de aquellos que actuaron negligentemente.

BIBLIOGRAFÍA

- BENAC URROZ, M., «La problemática del menor maduro en la obtención del consentimiento informado», en *Autonomía del paciente, información e historia clínica*, coord. González Salinas y Lizárraga Bonelli, 2004.
- PARRA LUCÁN, M. A., «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», en *Aranzadi Civil*, núm. 2/2003, págs. 1 a 23.
- SÁNCHEZ-CARO y ABELLÁN, *Derechos y deberes de los pacientes. Ley 41/2002, de 14 de noviembre; consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas*, 2003

RESUMEN

DONACIONES DE ÓRGANOS

La responsabilidad derivada de una decisión judicial con fundamentos, cuanto menos confusos, en la que se autoriza a una menor a donar parte de su hígado a su propia hija, ha puesto de relieve una situación conflictiva no resuelta completamente en nuestro ordenamiento. En este comentario se realizan una serie de reflexiones en torno a la capacidad para prestar el consentimiento informado cuando la donación de órganos la hace un donante vivo menor. Las graves implicaciones que el tema entraña bien merecen un estudio en profundidad y una reconsideración de la cuestión. Sirva esto como un pequeño adelanto para llamar la atención sobre el tema.

ABSTRACT

ORGAN DONATIONS

The liability stemming from a judgement made on grounds that are, to say the least, confused, authorising a minor to donate part of her liver to her own daughter, has thrown the spotlight on a conflictive situation that our legislation has not entirely settled. In this commentary there is a series of reflections about the capacity to give informed consent when the organ donation is made by a living underage donor. The topic's serious implications certainly merit an in-depth study and a reconsideration of the question. Let this serve as a small preview to draw attention to the topic.

2. MERCANTIL

LA CORRECCIÓN DOCTRINAL SOBRE LA NO OBLIGATORIEDAD DEL DEPÓSITO DEL INFORME DEL AUDITOR DE CUENTAS ABREVIADAS NOMBRADO CON CARÁCTER VOLUNTARIO

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Doctor en Derecho

Abogado

I. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 10 DE JULIO DE 2007 Y EL CAMBIO DE CRI- TERIO

La reciente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 10 de julio de 2007 (BOE núm. 239, de 5 de octubre de 2007) viene a rectificar el criterio anteriormente manifestado en la Resolución del mismo Centro Directivo de fecha 25 de agosto de 2005, en cuanto a la no obligatoriedad del depósito del informe del auditor de cuentas de la sociedad nombrado con carácter voluntario, cuando dicha sociedad pueda formular cuentas abreviadas.

En este sentido la citada Resolución de 10 de julio de 2007 establece taxativamente que: «...*Deben prosperar en este expediente las alegaciones que la sociedad formula en su escrito de recurso. En efecto, aunque es cierto que esta Dirección General, en Resolución de 25 de agosto de 2005, atendiendo al principio de publicidad formal y a un eventual perjuicio para otros socios de la mercantil, exigió el informe de auditoría a una sociedad no obligada a verificación contable por tener auditor designado voluntariamente y constar inscrito en el Registro Mercantil, también lo que es en dicho supuesto concurría, además, otra circunstancia determinante que no se da en éste. Así, que en aquél tampoco se había presentado el informe de gestión y la certificación a que se refieren los apartados 2.º y 7.º del artículo 366.1 del Reglamento del Registro Mercantil. Siendo así que el artículo 366.1.5.º del citado texto reglamentario sólo exige la presentación del informe de auditoría cuando la sociedad está obligada a verificación contable o cuando se hubiere nombrado auditor a solicitud de la minoría —lo que no es el caso— no cabe la exigencia de dicho informe para que el Registrador Mercantil tenga por efectuado el depósito de los documentos contables correspondientes al ejercicio 2005, tal y como la sociedad tiene solicitado*».

Sin embargo, en la Resolución de 25 de agosto de 2005 (BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2005), el criterio era el contrario a entender efectuado el depósito contable cuando no se hubiera presentado el informe de auditor nombrado voluntariamente por la sociedad. En este sentido se pronunciaba la Dirección General de los Registros y del Notariado: «...*A mayor abundamiento, y por lo que se refiere al informe de auditoría del ejercicio 2003, debe señalarse que aunque el auditor fuese designado voluntariamente, por tratarse de una sociedad no obligada, está inscrito en el Registro y no exigir el informe del auditor —aunque el art. 366.1.5.º del Registro Mercantil no contempla expresamente este supuesto— podría perjudicar derechos de terceros, por ejemplo, el de*

socios que, sabiendo de la existencia del auditor, se hubieran abstenido de solicitarlo para dicho ejercicio (art. 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas)».

En sentido análogo y con cita de la anterior Resolución de 25 de agosto de 2005, también se pronunció la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de mayo de 2007 (BOE núm. 163, de 9 de julio de 2007), esgrimiendo de nuevo el posible perjuicio de los derechos de los socios minoritarios, que sabiendo de la existencia de tal acuerdo y su inscripción se hubieran abstenido de solicitar el nombramiento registral de auditor para la verificación de las cuentas correspondientes a dicho ejercicio.

II. EL ACERTADO CAMBIO DOCTRINAL

En nuestro juicio resulta acertado la revisión que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha realizado en cuanto a su doctrina aplicable al caso analizado por las citadas Resoluciones.

De esta forma, el marco legal existente tanto para las sociedades anónimas como para las sociedades de responsabilidad limitada (por remisión del art. 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) es el artículo 218 de la Ley de Sociedades Anónimas que expresamente dispone lo siguiente:

«Dentro del mes siguiente a la aprobación de las cuentas anuales, se presentará para su depósito en el Registro Mercantil del domicilio social certificación de los acuerdos de la Junta General de aprobación de las cuentas anuales y de aplicación del resultado, a la que se adjuntará un ejemplar de cada una de dichas cuentas, así como del informe de gestión y del informe de los auditores, cuando la sociedad esté obligada a la auditoría o ésta se hubiera practicado a petición de la minoría. Si alguna o varias de las cuentas anuales se hubieran formulado en forma abreviada, se hará constar así en la certificación con expresión de la causa».

Esto es, sólo cuando la sociedad está obligada a auditoría o ésta se hubiera practicado a petición de la minoría, será necesario practicar el depósito del informe del auditor.

Pues bien, estos dos supuestos de depósito obligatorio del informe del auditor han de ser tratados al amparo de la legislación aplicable al efecto. Así, el artículo 203 de la Ley de Sociedades Anónimas exceptúa de la obligación de someter a auditoría a aquellas sociedades que puedan presentar cuentas abreviadas (como sucede en el caso de las Resoluciones de la Dirección General expuestas). Por otro lado, restaría el supuesto del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas donde sí se recoge —como uno de los sistemas de protección de las minorías societarias— la posibilidad siguiente: *«En las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los accionistas que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del Registrador Mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio, siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio»* (1).

(1) Para una mayor extensión sobre este sistema de protección de minoritarios, vid. Manuel CASERO MEJÍAS, *El nombramiento de auditor a solicitud de minoría*. Conferen-

Es decir, pese a la inexistencia inicial de obligación de auditoría de cuentas abreviadas, sí existe un supuesto normativo donde se arbitra la posibilidad de nombramiento de auditor como sistema de protección de minoritarios, por lo que al amparo del artículo 366.1.5 del Reglamento del Registro Mercantil se observa con claridad cuáles son los supuestos tasados de depósito obligatorio del informe de los auditores: «...Un ejemplar del informe de los auditores de cuentas cuando la sociedad está obligada a verificación contable o cuando se hubiere nombrado auditor a solicitud de la minoría».

Es decir, entendemos que una sociedad puede tener perfectamente nombrado, con carácter voluntario, un auditor de cuentas sin tener que verse sometida a la publicación del informe (fuera de los dos casos legales antes vistos) para cumplir así funciones de control y revisión de su contabilidad sin la necesidad de revelar datos confidenciales en cuanto a dicha función revisora en supuestos donde no tiene la obligación legal del depósito del referido informe.

Además existen situaciones en las que una sociedad debe tener nombrado un auditor de cuentas sin necesidad de que su informe tenga que consistir en una auténtica auditoría de cuentas. Es el caso de las previsiones realizadas por los artículos 156 y 157 de la Ley de Sociedades Anónimas para los supuestos del aumento de capital por compensación de créditos y del aumento con cargo a reservas, donde se nombrará el auditor por el Registro Mercantil en defecto del nombrado por la Junta General. Así el artículo 366.4 del Reglamento del Registro Mercantil dispone que: «Las mismas reglas serán de aplicación al nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil del domicilio social para la determinación del importe a abonar por el nudo propietario a usufructuario de acciones o de participaciones sociales en concepto de incremento de valor y al nombramiento del auditor a petición de los administradores en defecto del nombrado por la Junta General para la verificación prevista en los artículos 156 y 157 de la Ley de Sociedades Anónimas».

Por ello, la sociedad puede tener nombrados auditores en los referidos supuestos de aumento de capital por compensación de créditos y del aumento con cargo a reservas con la finalidad prevista en dichos artículos sin que haya la obligación de realizar una propia y auténtica auditoría y depositar la misma en el Registro Mercantil.

El argumento esgrimido hasta la fecha por la Dirección General de los Registros y del Notariado (vid. Resolución de 25 de agosto de 2005) (2) ha sido

cia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el día 13 de febrero de 1992. Academia Sevillana del Notariado. Tomo VII; Javier JUSTE MENCIA, «Los Derechos de Minoría en la Sociedad Anónima», en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi Editorial, núm. 3, 1995, págs. 461 y sigs., así como la abundante bibliografía citada en este trabajo al respecto.

(2) Argumento, sin embargo, que parece compartir Juan Carlos MARTÍN ROMERO en el «Comentario a la Resolución de 25 de agosto de 2005», que aparece en *La Notaría*, núm. 21, septiembre de 2005, al decirse que: «...A mayor abundamiento, y por lo que se refiere al informe de auditoría del ejercicio 2003, debe señalarse que aunque el auditor fuese designado voluntariamente, por tratarse de una sociedad no obligada, está inscrito en el Registro y no exigir el informe del auditor —aunque el art. 366.1.5.º del Reglamento del Registro Mercantil no contempla expresamente este supuesto— podría perjudicar derechos de terceros, por ejemplo, el de socios que, sabiendo de la existencia del auditor, se hubieran abstenido de solicitarlo para dicho ejercicio (art. 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas)».

que la falta del referido depósito del informe del auditor, aun cuando la sociedad no se encuentre obligada al mismo (casos de formulación de cuentas ordinarias o del supuesto del art. 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas) supone un perjuicio para los minoritarios que en creencia de la existencia de un nombramiento por la sociedad de un auditor con carácter voluntario, los minoritarios pueden renunciar al derecho de control que le asiste para solicitar el nombramiento de un auditor, con el cometido previsto en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Resulta por tanto conveniente realizar un breve análisis de este requisito, antes de mostrar nuestra disconformidad con el mismo, lo que hace que necesitemos volver a plantearnos el conocido criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado consistente en afirmar que en los supuestos en que una sociedad ha nombrado a un auditor, el socio minoritario pierde el derecho a nombrar por su cuenta el auditor, en el supuesto del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas.

En este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 11 de mayo de 1991, en que se establece que: «...*el encargo de una auditoría por los órganos sociales, espontáneamente o a instancia de los socios, enerva el derecho del artículo 205.2 de la LSA, siempre que se ponga a disposición de los accionistas el informe del auditor, cuando estuviere concluido, o que, en otro caso, se haga constar el acuerdo social al respecto en el Registro Mercantil*». La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 3 de abril de 1991, establece como doctrina, en relación con este asunto, que la Ley de Sociedades Anónimas no ha pretendido que se realice una auditoría a instancia de determinado accionista, sino que, en cambio, lo que desea es proteger al socio minoritario de las consecuencias de una contabilidad desordenada mediante este instrumento de control que es la auditoría, si es que la Sociedad no ha impulsado ya el nombramiento, de forma que la inexistencia de éste opera como presupuesto de aplicación del artículo 205 de la Ley de Sociedades Anónimas, pues tan profesional e independiente será el auditor en un caso como en otro.

Son pues varias las Resoluciones de la Dirección General en el sentido apuntado, así cabe citar también, a título de ejemplo, la de 3 de septiembre de 1991, que, tras volver a repetir la doctrina consistente en que nombrado el auditor por la sociedad, se enerva el derecho de solicitud de los minoritarios en los reiterados términos del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, exige o que el acuerdo del nombramiento del auditor se inscriba en el Registro Mercantil o bien que el informe del auditor se entregue al socio una vez concluido, añadiendo también como posible la certificación expedida por el auditor designado por la sociedad en la señal de que están ejecutándose tareas de auditoría.

Cabe añadir que este criterio del Centro Directivo se ha venido repitiendo hasta nuestros días, haciéndose eco del mismo incluso la Jurisprudencia. De esta forma, la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 2007 (RJ 2007/2064), aunque si bien es cierto que su fallo versaba sobre una cuestión de debate distinta, a saber, la independencia del auditor nombrado por el Registro Mercantil a instancia de la minoría, viene a afirmar lo siguiente: «...*Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones del Centro Directivo de 3, 4 [RJ 1991, 9830], 17, 22, 23, 24, 25 [RJ 1991, 9832] y 26 de abril, 3 [RJ 1991, 9834], 8, 9, 11, 18 y 28 de mayo, 3 de junio y 3 de septiembre*

de 1991; 24 de junio de 1992, etc.) en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 205.2 LSA (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores (Resoluciones de 17, 24 y 26 de abril, 6 y 18 de mayo de 1991, 24 de junio de 1992, etc.), estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos Sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que “dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad” (Resoluciones de 3 de septiembre y 15 de octubre de 1991) y “ajustada a la legislación sobre auditoría de cuentas y a los artículos 208 y 209 LSA (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206)” (Resoluciones de 4 y 11 de septiembre de 1991), ya que la finalidad del artículo 205.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio, sino que aquélla efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad (Resolución de 29 de junio de 1992)...»

En nuestra opinión, dicho juicio no es correcto, puesto que si el mismo está basado principalmente en que la protección del minoritario se agota con la existencia del nombramiento del auditor con independencia del origen de su nombramiento, esto es, incluso por la sociedad en cuestión, lo que no es cierto de acuerdo con la legislación de auditoría de cuentas reformada por la conocida «Ley Financiera» que vino a introducir reformas en aquélla con el ánimo de fortalecer el carácter independiente del auditor en su función o cometido.

Así, no podemos obviar que el artículo 8.2 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, en su redacción dada por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de reforma del sistema financiero, prescribe lo siguiente:

«En cualquier caso, se considerará que el auditor no goza de la suficiente independencia en el ejercicio de sus funciones respecto de una empresa o entidad, además de en los supuestos de incompatibilidad que prevean otras leyes, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) *La ostentación por el auditor de cuentas de cargos directivos, de administración, de empleo o de supervisión interna en la entidad auditada o en una entidad vinculada directa o indirectamente con aquélla, en la forma y condiciones que se desarrollen reglamentariamente.*

En todo caso quedará comprendido en el párrafo anterior, la ostentación de aquellos cargos en una entidad que posea directa o indirectamente más del 20 por 100 de los derechos de voto de la entidad auditada, o en las que la entidad auditada posea directa o indirectamente más del 20 por 100 de los derechos de voto.

b) *Tener interés financiero directo en la entidad auditada, o indirecto si es significativo para cualquiera de las partes.*

c) *La existencia de vínculos de consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado con los empresarios, los administradores y los responsables del área económica-financiera de las empresas o entidades auditadas.*

d) *La llevanza material o preparación de los documentos contables o estados financieros de la entidad auditada.*

e) *La prestación a un cliente de auditoría de servicios de diseño y puesta en práctica de sistemas de tecnología de la información financiera, utilizados para generar los datos integrantes de los estados financieros de dicho cliente, salvo que el cliente asuma la responsabilidad del sistema global de control inter-*

no o el servicio se preste siguiendo las especificaciones establecidas por el cliente, el cual debe asumir también la responsabilidad del diseño, ejecución, evaluación y funcionamiento del sistema.

f) *La prestación al cliente de auditoría de servicios de valoración que conduzcan a la evaluación de cantidades significativas en los estados financieros de dicho cliente, siempre que el trabajo de valoración conlleve un grado significativo de subjetividad.*

g) *La prestación de servicios de auditoría interna al cliente, salvo que el órgano de gestión de la empresa o entidad auditada sea responsable del sistema global de control interno, de la determinación del alcance, riesgo y frecuencia de los procedimientos de auditoría interna, de la consideración y ejecución de los resultados y recomendaciones proporcionados por la auditoría interna.*

h) *El mantenimiento de relaciones empresariales con el cliente de auditoría, a menos que la relación se ajuste a la actividad empresarial normal, y no sea significativo para el auditor de cuentas o persona con capacidad para influir en el resultado de la auditoría, ni para la entidad auditada.*

i) *La prestación de servicios de abogacía simultáneamente para el mismo cliente o para quienes lo hubiesen sido en los tres años precedentes, salvo que dichos servicios se presten por personas jurídicas distintas y con Consejos de Administración diferentes.*

j) *La participación en la contratación de altos directivos o personal clave para el cliente de auditoría, cuando se trate de entidades sujetas a supervisión pública o de entidades emisoras de valores admitidos a cotización en un mercado secundario oficial.*

k) *La prestación por el socio firmante del informe de servicios distintos del de auditoría a la entidad auditada.*

l) *La percepción de honorarios derivados de la prestación de servicios de auditoría y distintos del de auditoría a un solo cliente, siempre que éstos constituyan un porcentaje indebidamente elevado del total de los ingresos anuales del auditor de cuentas, considerando la media de los últimos cinco años».*

Por ello, de acuerdo con las restricciones y supuestos de incompatibilidad previstos en el expuesto artículo 8.2 de la Ley de Auditoría de Cuentas, no podemos por menos que expresar nuestro desacuerdo con la opinión consistente en considerar que cuando exista un auditor nombrado por la sociedad, se enerve el derecho de control de los accionistas minoritarios ex artículo 205.2 de la Ley de Auditoría de Cuentas.

Así, no deja de asombrarnos las manifestaciones de la referida sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 2007, que aunque hemos comentado no enjuicia un caso idéntico al analizado en este trabajo, pudieran ser extrapolables erróneamente a situaciones como las que se presentan en este análisis, al afirmarse que: «...La respuesta a esta pregunta nos conduce a la ratio de la norma contenida en el artículo 205.2 LSA (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206). La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registrador Mercantil trata de asegurar el control de cuentas por un profesional independiente, es decir, que al menos no presente frente a la empresa o entidad cuyas cuentas van a ser examinadas ninguna de las relaciones o vinculaciones que expresan los artículos 8.2 LAC, ahora ampliadas por la modificación efectuada mediante la LF, Ley 44/2002 (RCL 2002, 2722 y RCL 2003, 368), o se encuentre en situaciones de incompatibilidad previstas por otras disposiciones, pero no protege

el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación intuitu personae entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión. Esta posición, partiendo de que hay que suponer en todos y cada uno de los profesionales inscritos en el ROAC una actuación basada en los criterios de competencia o profesionalidad y de independencia (Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 23 de abril de 1991, entre otras), viene sugerida por el juego de los artículos 354, 355, 356 y 358 del Reglamento del Registro Mercantil ahora vigente (Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio [RCL 1996, 1996, 2112]), a los que se refiere el artículo 359 del mismo texto, que eran los artículos 319 y 320, en relación con el artículo 323.2 del Reglamento vigente en el momento en que se solicitó la auditoría (Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre [RCL 1989, 2762 y RCL 1990, 29]). La designación se verifica, no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas».

En este sentido, por supuesto que compartimos la afirmación del Tribunal Supremo de presumir la independencia del profesional de auditoría, pero no es menos cierto que en este caso de solicitud del auditor por la minoría en ejercicio de sus derechos de control, de conformidad con el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, no aceptamos tan absoluta afirmación de independencia y la negamos de antemano, en el sentido de que no puede continuar admitiéndose que el meritado derecho de los minoritarios quedare enervado por la existencia de un auditor ya nombrado por la sociedad, ya que de conformidad con los nuevos criterios de independencia introducidos por la Ley de Reforma del Sistema Financiero, dicha independencia no se daría, evidentemente, en el citado profesional.

A mayor abundamiento puede traerse a colación otras reformas operadas, la citada Ley de Reforma del Sistema Financiero en nuestra legislación de sociedades con el referido ánimo de reforzar la independencia de la actuación de los auditores.

De esta forma, cabe recordar las modificaciones a la Ley de Sociedades Anónimas producidas por la Disposición Adicional Novena de la Ley 44/2002, de Reforma del Sistema Financiero, consistentes en la modificación del artículo 64 de la Ley de Sociedades Anónimas para venir a exigir que para la determinación del valor razonable de las acciones en supuestos en que la sociedad quiera hacer valer las restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones en casos de adquisición *mortis causa* o en sede de procedimientos judiciales o administrativos de ejecución, el mismo ha de realizarse por un auditor de cuentas, distinto del auditor de la sociedad; en la modificación del artículo 68 de la Ley de Sociedades Anónimas donde se exige en materia de liquidación del usufructo de acciones que a falta de acuerdo la valoración de los importes a abonar la realice un auditor de cuentas distinto del de la sociedad; en la modificación del artículo 147 de la Ley de Sociedades Anónimas que para la determinación del valor de las acciones a reembolsar como consecuencia del ejercicio del derecho de separación de accionistas de sociedades cotizadas por modificación del objeto social, sea realizado a falta de acuerdo por un auditor de cuentas distinto del de la sociedad; en la modificación del artículo 159 de la Ley de Sociedades Anónimas acerca del informe que ha de emitir un auditor de cuentas distinto del de la sociedad para las valoraciones exigidas en los supuestos de exclusión del derecho de adquisición

preferente; y en la modificación del artículo 292 en cuanto a la valoración que ha de realizar un auditor de cuentas distinto del de la sociedad en materia de obligaciones convertibles.

Por otro lado, y con idénticos propósitos de autonomía e independencia en la función auditora, la Disposición Adicional décima de la Ley 44/2002, de Reforma del Sistema Financiero, vino a modificar la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en el artículo 29 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada para la transmisión voluntaria *inter vivos* de participaciones sociales, donde para los supuestos en que la transmisión proyectada de participaciones lo sea a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito, el precio de las participaciones será el acordado por las partes y en su defecto el del auditor de cuentas distinto del de la sociedad; y el artículo 100 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en sede de valoración de participaciones en supuestos de exclusión de socios que prescribe que a falta de acuerdo también será un auditor de cuentas distinto del de la sociedad quien realice la valoración de las participaciones afectadas en el procedimiento citado (aplicable por remisión al art. 32 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada para los casos de valoración de transmisión de participaciones sociales *mortis causa*).

En suma, observamos claramente cómo la citada Ley 44/2002, de Reforma del Sistema Financiero, operó modificaciones legislativas tanto en la Ley de Auditoría de Cuentas como en las Leyes de Sociedades Anónimas y de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en virtud de las cuales se perseguía por el legislador la finalidad de reforzar la independencia de la función auditora y la protección de los intereses de las partes en juego, sin atisbar por qué razón dicha reforma legislativa no alcanzó también al artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, para exigir también que la labor de control exigida por los accionistas minoritarios fuera también realizada por un auditor de cuentas distinto del de la sociedad. Aunque por las razones expuestas, y en función de los criterios hermenéuticos establecidos por el artículo 3 del Código Civil (interpretación no sólo literal, sino también lógica, contextual y finalista) entendemos que también ha de exigirse tal calidad de independencia en la designación del auditor solicitado por la minoría social para negar su coincidencia con el que hubiera sido nombrado por la sociedad.

Es decir, la conclusión que podemos obtener pues, es que no existe ninguna vulneración de los derechos de los minoritarios por no solicitar el nombramiento del auditor en el caso del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas para justificar el depósito registral del informe del auditor cuando éste haya sido nombrado voluntariamente. Tal ausencia de solicitud no supondría más que una dejación de sus derechos de control, ya que entendemos que el referido derecho de control es de carácter absoluto sin que éste pueda ser mermado o, mejor dicho, enervado como consecuencia de la existencia de un auditor nombrado voluntariamente por la sociedad, ya que como hemos visto, en términos de independencia, éste no cumpliría con los requisitos legales expuestos para ejercitar la función de control solicitada por los minoritarios por la manifiesta vinculación con la sociedad cuyas cuentas habría de revisar por mandato de dichos minoritarios.

III. CONCLUSIÓN

En fin, sin el argumento de protección de minoritarios esgrimido por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de agosto, entendemos correcto el cambio doctrinal introducido por la comentada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 10 de julio de 2007, la cual ha revisado su doctrina en estricto cumplimiento de los artículos 218 de la Ley de Sociedades Anónimas y 366.1.5 del Reglamento del Registro Mercantil, para no exigir el depósito registral del informe del auditor nombrado voluntariamente por la sociedad fuera de los casos obligatorios citados en dichos preceptos normativos.

RESUMEN

INFORME DEL AUDITOR DE CUENTAS

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 10 de julio de 2007, viene a rectificar acertadamente la anterior doctrina del Centro Directivo manifestada en la Resolución de 25 de agosto de 2005, en cuanto a la no obligatoriedad del depósito del informe del auditor de cuentas de la sociedad nombrado con carácter voluntario, cuando dicha sociedad pueda formular cuentas abreviadas.

ABSTRACT

ACCOUNT AUDITOR'S REPORT

The Decision of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs of 10 July 2007 wisely rectifies the DG's previous doctrine, stated in the Decision of 25 August 2005, as to the question of it being non-mandatory to post the report given by a voluntarily appointed company account auditor when the company in question is allowed to draw up short-form accounts.

3. URBANISMO

*LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DEL RECURSO CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO ENTABLADO CONTRA EL ACTO ADMINISTRATIVO
DE INADMISIÓN A TRÁMITE DE LA SOLICITUD DE REVISIÓN
DE OFICIO DE UNA LICENCIA POR LOS TRÁMITES
DEL ARTÍCULO 102 DE LA LEY 30/1992.*

*(Análisis de su improcedencia y facultades del Registrador
para denegar el asiento)*

por

F. JAVIER PÉREZ-BATALLÓN ORDÓÑEZ

Abogado

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se refiere al ámbito y alcance de las anotaciones preventivas de recurso contencioso-administrativo, consideradas fundamentalmente desde la perspectiva de los fines y ámbito jurídico del Registro de la Propiedad, más que desde el plano meramente procesal de la jurisdicción contencioso-administrativa y los inconvenientes que presenta el dato de que sólo exista un recurso contra la calificación negativa de un Registrador, más no contra una calificación positiva.

Este es un tema que cuenta con escasos pronunciamientos jurisprudenciales, pero que en la actualidad ha cobrado gran relevancia por el elevado número de procedimientos de revisión que se promueven por las Administraciones Públicas en materia de urbanismo y los intereses que se enfrentan (Comunidad Autónoma, Ayuntamiento, promotores, denunciantes, compradores de viviendas, etc.). Asimismo, la importancia de estas anotaciones está en que normalmente se trata de situaciones donde hay elevadas inversiones en juego, y la actuación de terceros que de buena fe compran viviendas confiados en la licencia que ha concedido el Ayuntamiento. El hecho de que se practique una anotación preventiva puede tener consecuencias desastrosas para el promotor que actúa confiado en la legalidad de su licencia (que podría tener que devolver el préstamo hipotecario antes de haber podido vender nada), pues aunque la anotación preventiva no impida la venta de las viviendas, a ninguna persona mínimamente prudente se le ocurrirá comprar una vivienda anotada (sobre todo si el anotante es otra Administración Pública). Y también para los compradores que hayan entregado sumas a cuenta, los cuales, aunque quieran otorgar la escritura de compraventa, la entidad bancaria no le prestará el dinero ante la existencia de la carga preferente, ni aceptará la subrogación hipotecaria por la misma razón.

Estas actuaciones producen una grave sensación de inseguridad jurídica, pues pese a que los actos administrativos (licencias) gozan de la presunción de legalidad —y todavía más si no han sido impugnados en tiempo y forma—, con el procedimiento de revisión del artículo 102 de la Ley 30/1992 se abre una situación de alta incertidumbre, que afecta al principio de seguridad jurídica que preconiza el artículo 9.3 de la Constitución, y dicha inseguridad se acrecienta al llevar el asunto a la vía judicial.

Por tanto, este trabajo no pretende ser una exposición didáctica de estas anotaciones preventivas, sino que contiene una visión crítica a determinadas resoluciones que se producen diariamente en los juzgados de lo contencioso-administrativo, y sobre todo una crítica a la conducta pasiva de algunos Registros de la Propiedad que abdican de sus potestades y dan el pase a esas resoluciones judiciales, convirtiendo al Registro de la Propiedad en un vulgar tablón de denuncias, pero que causa graves perjuicios a quienes habían confiado en sus libros y en la eficacia de las Resoluciones de la Administración.

2. DUALIDAD LEGISLATIVA EN LA MEDIDA CAUTELAR DE ANOTACIÓN PREVENTIVA

Desde un punto de vista procesal, las medidas cautelares están reguladas en los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción contencioso-administrativa, sobre la base de un *numerus apertus*, al decir el artículo 129 que se podrán adoptar «cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia». Será ante el propio juzgado de lo contencioso-administrativo donde se formularán las alegaciones por las partes en orden a la procedencia o no de adoptar una medida cautelar, y el juez resolverá lo que proceda. Pero en este trabajo no analizaremos la vertiente judicial de esta medida cautelar, ni las infinitas cuestiones de Derecho administrativo y urbanístico que puedan plantearse, sino que vamos a partir de que ya está acordada la medida cautelar, y ahora le toca decidir al Registro de la Propiedad si es procedente extender el asiento en sus libros.

Por otra parte, en el ámbito del Registro de la Propiedad, las anotaciones preventivas de recurso contencioso-administrativo están previstas con rango de ley formal en el artículo 307 del TR de la Ley del Suelo, Real Decreto Legislativo 1/1992 (expresamente declarado en vigor por la STS 61/1997, y por la Disposición Derogatoria única 1 de la Ley 6/1998, del Suelo y Valoraciones), y tienen su desarrollo en los artículos 67 y siguientes del Real Decreto 1093/1997. A su vez, y en lo no previsto, dichas anotaciones preventivas se regulan por lo dispuesto para las anotaciones preventivas de demanda en la Ley Hipotecaria y por el Reglamento Hipotecario, según el artículo 72 del Real Decreto 1093/1997.

Por tanto, tenemos una dualidad legislativa perfectamente coordinada, si bien cada legislación tiene su propio ámbito de aplicación.

Recientemente en mi actividad profesional como abogado he comprobado que, una vez que el Juzgado ordena la anotación, el Registro prescinde de cualquier análisis crítico de la resolución judicial y la confirma tal y como viene. Ello provoca una disfunción entre lo que se persigue en el procedimiento judicial (apertura de procedimiento de revisión de oficio) y lo que es el ámbito propio del Registro de la Propiedad (la publicidad del dominio y los derechos reales sobre inmuebles), pero que ya no hay forma de rectificar por la razón de que sólo existe un recurso contra la negativa de un Registrador a practicar un determinado asiento, pero no existe recurso cuando la decisión es positiva, según los artículos 66 y 324 de la Ley Hipotecaria.

La cuestión estudiada se centra en los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra la resolución de un Ayuntamiento que decide no admitir a trámite la petición de revisión de oficio de una licencia urbanística por el procedimiento de la Ley 30/1992, de RJAP y PAC, en los cuales el recurrente

solicita al Juez la citada anotación preventiva de recurso contencioso-administrativo, que es concedida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo y practicada por el Registro de la Propiedad.

3. HECHOS A TENER EN CUENTA

La cuestión debatida de la cual partimos es la siguiente:

Un Ayuntamiento ha concedido unas licencias urbanísticas de obra y otras de segregación, las cuales adquirieron firmeza, por no haber sido impugnadas por nadie en tiempo y forma, ni en vía administrativa ni en vía contencioso-administrativa. El promotor otorgó la correspondiente escritura de declaración de obra nueva y división horizontal y suscribió el préstamo hipotecario, comenzando la construcción.

En el caso de las licencias de segregación, el propietario otorgó la escritura de segregación, y posteriormente vendió a un tercero, el cual inscribió su título en el Registro y posteriormente a su vez otorgó e inscribió la escritura de declaración de obra nueva de vivienda unifamiliar, la construyó, otorgó escritura de fin de obra y obtuvo la licencia de primera ocupación. Todas las licencias son firmes por no haber sido impugnadas ni administrativa ni judicialmente.

Con posterioridad, la Comunidad Autónoma presenta un escrito ante el Ayuntamiento solicitando, por los trámites del artículo 102 de la Ley 30/1992, que proceda a la revisión de oficio de dichas licencias por considerar que son nulas de pleno derecho por diversos motivos urbanísticos que alega (básicamente se refiere a la clasificación del suelo como urbano consolidado o no consolidado, así como por considerar que las segregaciones no se ajustan a la legislación urbanística por diversos motivos). El Ayuntamiento, después de oír las alegaciones del titular de la licencia y el correspondiente informe técnico del servicio municipal de arquitectura, haciendo uso de la potestad que le otorga el citado artículo 102 de la Ley 30/1992, decide inadmitir a trámite la petición de revisión por carecer de fundamento, y por tanto no se abre la segunda fase de dicho procedimiento de remitir el expediente al Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma (análogo al Consejo de Estado).

Ante dicha Resolución de inadmisión (que no de desestimación), la Comunidad Autónoma interpone un recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, y con dicho escrito de interposición solicita la medida cautelar de anotación preventiva del recurso.

Una vez tramitada la pieza separada de medidas cautelares, con citación de los titulares registrales, según ordena el artículo 68 del Real Decreto 1093/1997, el Juzgado dicta auto ordenando la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo sobre todas y cada una de las viviendas resultantes de la división horizontal, y también sobre las fincas segregadas. El auto se fundamenta en la necesidad de evitar la aparición de terceros hipotecarios que puedan adquirir de modo irrevocable las viviendas, y avisar a terceros de la existencia del citado procedimiento judicial. Asimismo, el propio auto judicial admite que la sentencia que se dicte en dicho recurso contencioso-administrativo no afectará a la licencia concedida, sino que se limitará a ordenar que se inicie o no se inicie el procedimiento de revisión del artículo 102 de la Ley 30/1992.

El Registro de la Propiedad accede a practicar el asiento de anotación preventiva ordenada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. Contra

esa decisión no hay recurso posible, según los artículos 66 y 327 de la Ley Hipotecaria.

Hasta aquí los hechos.

4. CONSIDERACIONES JURÍDICAS EN TORNO AL ÁMBITO DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y EL ÁMBITO DE CALIFICACION DEL REGISTRADOR

1. RESPECTO AL ÁMBITO DE UN RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO FORMULADO CONTRA UN ACTO DE INADMISION A TRÁMITE DE UNA PETICION DE REVISION DE OFICIO DEL ARTICULO 102 DE LA LEY 30/1992

De acuerdo con la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, seguida por los Tribunales Superiores de Justicia, en este tipo de procedimiento del artículo 102 de la Ley 30/1992 deben distinguirse DOS FASES: *La primera* comprende la apertura de un expediente en el que, tras los trámites pertinentes, la Administración determina *prima facie* si el acto adolece o no de los vicios que determinarían su revisión. En caso de que la conclusión sea afirmativa, se abre *la segunda fase* que incluye la solicitud de dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma equiparable a él y la decisión de anular o no el acto de que se trate, según el dictamen que se emita. Pues bien, la jurisprudencia ha venido declarando en forma constante que en los casos en que no se ha tramitado el procedimiento completo, en las dos fases que se acaban de enunciar, no se puede entrar en el fondo de la revisión en vía jurisdiccional en el procedimiento de revisión de oficio de actos administrativos y disposiciones generales. El examen de fondo está condicionado, por ello, a la previa tramitación del procedimiento adecuado por la Administración autora del acto o reglamento sujeto a revisión, del que es pieza esencial el dictamen favorable del Consejo de Estado, de tal manera que, eludido dicho trámite, bien por total inactividad que desemboca en desestimación presunta por silencio, bien por resolución expresa que deniega la revisión quedándose en la primera fase, lo procedente no es que la Jurisdicción entre a conocer del acto o la norma, sino que, en su caso, ordene a la Administración que inicie el trámite de la segunda fase y la concluya dictando la pertinente resolución expresa en orden a si existe la nulidad o anulabilidad pretendida.

Así, en palabras del Tribunal Supremo, el carácter privilegiado de la acción para instar la revisión en los casos de los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992 de RJ-PAC, comporta limitaciones procesales y, entre ellas, la imposibilidad de pronunciarse sobre los vicios de fondo que se adujeron en la misma.

[Esta línea jurisprudencial del Tribunal Supremo está plenamente consolidada desde la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de mayo de 1992, de la Sala del art. 61 de la LOPJ (*Aranzadi RJ 1992/10673*), y recientemente ratificada por muchas otras, como la STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a, de 12 de noviembre de 2001 (*Aranzadi RJ 2001/8957*); Tribunal Supremo, Sección 5.^a, de 12 de julio de 2006, recurso núm. 1836/2003 (*El Derecho 2006/109926*); STS de 17 de mayo de 2006 (recurso de casación núm. 1836/2003 - Editorial *El Derecho 2006/109926*). También aplican esta doctrina diversas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, como las siguientes: STSJ de Andalucía, de 15 de septiembre de 2000, recurso núm. 58/2000, *Aranzadi JUR 2001/75663*; la STSJ de Aragón (Sección 1.^a) de 17 de

enero de 2003, núm. 40/2003, recurso núm. 195/1998 (*Aranzadi JUR* 2003/208603); STSJ de Madrid, de 22 de junio de 2006 (*El Derecho* 2006/314099); STSJ de Valencia, Sección 2.^a, de 5 de diciembre de 2005, núm. 1460/2005, recurso 233/2005 (*El Derecho* 2005/291196); Tribunal Superior de Justicia de Galicia, sentencia de fecha 28 de enero de 2004, sentencia núm. 30/2004 (*Aranzadi JUR* 2004/261248). En contra, sólo he encontrado alguna sentencia del TSJ de Cataluña, que se aparta de esta doctrina, pero que es abiertamente contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y muy poco respetuosa con el principio de legalidad].

La conclusión que nos interesa es muy clara: que la licencia urbanística no se va a ver afectada por la sentencia que se dicte en el recurso contencioso-administrativo, y por tanto no producirá modificación de las fincas registrales. Y si no se verá afectada por la sentencia, tampoco debería verse afectada por ninguna medida cautelar.

Hasta aquí dejó expuesta mi consideración jurídica relativa a la materia contencioso-administrativa. Pero lo cierto es que partimos del hecho de que el Juzgado ya ha dictado un auto que ordena la anotación preventiva, y dicho auto es inmediatamente ejecutivo (art. 134.1 de la Ley 28/1998 de la JCA), aunque se interponga recurso de apelación contra el mismo.

Con independencia del acierto o error del auto judicial, la siguiente fase a tener en cuenta ya no es ante el Juzgado, sino ante el Registro de la Propiedad, al cual se dirige el mandamiento de anotación preventiva, y a este concreto particular se refiere el siguiente apartado de mi exposición.

2. CONSIDERACIONES JURÍDICAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD PARA LA PRÁCTICA DEL ASIENTO ORDENADO POR EL JUZGADO

El auto judicial que ha ordenado la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo en el Registro de la Propiedad reconoce que la sentencia que se dicte en el pleito no va a afectar a la licencia, sino que se limitará a resolver sobre la admisión o inadmisión a trámite de un procedimiento de revisión de oficio (art. 102 de la Ley 30/1992) de un acto administrativo (licencia de obras o de segregación), de manera que no entrará a valorar la legalidad o nulidad de la licencia en su momento concedida. Y aunque el auto no lo dijera expresamente, ya hemos visto que ese es el posicionamiento de la jurisprudencia.

Lo que nos interesa ahora —desde la perspectiva de la legislación que debe tener en cuenta y aplicar el Registrador de la Propiedad— es que la sentencia, aunque estime el recurso, no va a producir ninguna mutación jurídico-real con trascendencia registral, y por tal motivo la anotación preventiva no se convertirá en inscripción. Aquí empieza la competencia del Registrador para evaluar si esa anotación debe ser practicada en los libros.

El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción de actos por los que se transmita, grave, cree o extinga el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles (art. 1 de la Ley Hipotecaria), no la publicidad de todos y cada uno de los actos administrativos de contenido urbanístico (sólo los de trascendencia jurídico-real directa).

La función del Registro de la Propiedad es la publicidad del dominio y los DERECHOS REALES sobre bienes inmuebles, y su protección (art. 1 de

la Ley Hipotecaria). Por tanto, una anotación preventiva de recurso sólo se justifica en evitar que puedan aparecer terceros adquirentes que se conviertan en terceros hipotecarios (art. 34 LH) dentro del ámbito del Derecho Civil Inmobiliario.

Como medida cautelar que solamente pretende dar publicidad a un hecho, la anotación preventiva provoca un doble efecto:

1. Publica la existencia de un procedimiento judicial que puede dar lugar a una modificación del Registro de la Propiedad, preservando el derecho anotado ante cualquier posible acto posterior de disposición o gravamen, que evitará la aparición de terceros hipotecarios que puedan alegar la irrevocabilidad de su adquisición.
2. Pero al mismo tiempo produce un efecto reflejo que es nocivo para el actual titular registral, de manera que *de facto* le impide o dificulta enormemente la venta de los inmuebles anotados, además de sembrar la duda sobre la legalidad de su actuación.

Si sólo se persigue el segundo efecto (que no es el querido por la norma, pero es inevitable), la medida cautelar pierde su justificación legítima.

Pero si la protección que dispensa el Registro se limita al ámbito del Derecho Civil (derechos reales), y no alcanza al Derecho Público Urbanístico, ello implica que la anotación preventiva sólo tiene justificación cuando se trata de un demandante que ejercita una impugnación de algún asiento que pueda perjudicar a sus legítimos derechos particulares (por ejemplo, en el caso de una licencia otorgada con extralimitación del terreno y afecte al impugnante, impugnación de una expropiación de un terreno, proyecto de reparcelación cuando se está reclamando una determinada parcela en un procedimiento de reparcelación y se quiere evitar que aparezcan terceros hipotecarios que después impidan su reivindicación, etc.), pero no añade nada nuevo en el caso de que se trate de una licencia nula de pleno derecho por motivos de Derecho Público Urbanístico, ya que según el Tribunal Supremo (STS de 12 de mayo de 2006, recurso núm. 10190/2003; STS de 17 de mayo de 2006, *Aranzadi RJ* 2006/3653; STS de 26 de septiembre de 2006, recurso núm. 8712/2003), estas cuestiones juegan al margen del Registro de la Propiedad, y los terceros hipotecarios no están protegidos por el Registro ante el caso de una nulidad de licencia derivada del ordenamiento urbanístico.

El artículo 307 del TR de la Ley del Suelo de 1992 (declarado vigente por la STC 61/1997 y la Ley 6/1998 del Suelo y Valoraciones) admite la posibilidad de anotación de recurso contencioso solamente en tres supuestos, y que son cuando se dirija contra actos de la Administración que tengan por objeto: 1. Aprobación definitiva de los planes de ordenación; 2. De sus instrumentos de ejecución; y 3. Licencias. NADA MÁS. Ese precepto de rango legal está desarrollado por los artículos 67 y siguientes del Real Decreto 1093/1997. También existe la anotación preventiva acordada en un expediente administrativo de disciplina urbanística, pero no es materia de este trabajo.

El artículo 307 del Real Decreto Legislativo 1/1992 (Ley del Suelo), prevé la inscripción de determinadas actuaciones urbanísticas o judiciales, pero siempre y cuando vayan a producir modificaciones en las fincas registrales, y en materia de anotaciones preventivas, cuando se trate de recurso que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, actos de ejecución del mismo o licencias.

En aplicación de lo anterior, el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que aprueba las Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, parte de la clara distinción entre el Derecho Inmobiliario Registral y el Derecho Urbanístico, y así lo reconoce la Exposición de Motivos del Real Decreto 1093/1997 en diversos párrafos, al decir: «Así, aunque los preceptos que integran este Real Decreto se refieren a materias urbanísticas, su contenido es exclusivamente registral, por lo que en cuanto normas hipotecarias —jurídico privadas— están llamadas a tener una pervivencia independiente de las vicisitudes de las normas sobre urbanismo».

(...)

La acción urbanística y el Registro de la Propiedad se desenvuelven en esferas distintas, pues la primera no es materia propiamente registral y las mutaciones jurídico-reales, cuando se reflejan en el Registro de la Propiedad, se plasman con arreglo a sus normas propias e independientemente de las urbanísticas. No obstante si la acción urbanística en sí misma provoca una alteración en las titularidades inmobiliarias, surge un punto de contacto de necesaria coordinación».

Por tanto, vemos que la anotación preventiva que se prevé en el Real Decreto 1093/1997, para los procesos contencioso-administrativos, sólo se refiere a los supuestos en los cuales la sentencia que se dicte puede producir una modificación jurídico-real con trascendencia registral (en línea con los postulados del art. 1 de la Ley Hipotecaria), y dicha anotación preventiva sigue teniendo los mismos efectos que la anotación preventiva de demanda regulada en el artículo 42 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, es decir, evitar la aparición de terceros hipotecarios amparados en los principios de legitimación y fe pública registral de los artículos 32 y 34 de la LH.

El Registro de la Propiedad tiene una regulación propia y específica, y sirve a los fines que proclama el artículo 1 de la Ley Hipotecaria. Por tal motivo, por mucho que el artículo 129 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa prevea un sistema de *numerus apertus* en materia de medidas cautelares, cuando la medida cautelar acordada tenga una regulación legal específica, como en este caso, dicha regulación debe ser observada con rectitud, y en este ámbito ya entramos de lleno en las facultades y deberes del Registrador de la Propiedad que, según el artículo 18 de la LH y 100 del RH, debe regirse siempre por el principio de legalidad.

Si lo que se pretendiera con la medida cautelar de anotación preventiva fuera una finalidad ajena a su propia configuración legal y reglamentaria (como por ejemplo, «avisar» al público general de la existencia de un proceso contencioso-administrativo QUE NO VA A TENER NINGUNA TRASCENDENCIA JURÍDICO-REAL NI REGISTRAL), entonces la medida cautelar de anotación preventiva sería contraria a Derecho (al administrativo, ya lo dirán los jueces de lo contencioso-administrativo; y respecto del Derecho Hipotecario y Civil, lo debe calificar el Registrador).

Siguiendo con la Exposición de Motivos del Real Decreto 1093/1997, vemos que dice: «Los Capítulos VII y VIII regulan las anotaciones preventivas decretadas en procedimiento administrativo y contencioso-administrativo, ya lo sean estas últimas a instancia de la Administración como de los particulares. Una de las finalidades perseguidas en la nueva normativa ha sido la de lograr que el Registrador de la Propiedad pudiera ser un eficaz cooperante en materia de disciplina urbanística sin que —como se expresó anteriormente— se desvirtuara su función. Es por ello que aunque la incoación de expedientes sanciona-

dores o de incumplimiento de obligaciones de esta naturaleza puedan acceder al Registro mediante anotación preventiva, ello será sólo posible en cuanto la infracción o el incumplimiento tengan directa repercusión sobre las fincas, por lo que no podrán acceder aquellos expedientes que sólo persiguen la imposición de una sanción económica, para lo que se prevé que pueda solicitarse una anotación preventiva de embargo».

(...)

«Pero también existe la previsión legal de que pueda acceder al Registro, a instancia de los particulares, la interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de instrumentos de ejecución del mismo o de licencias».

Es decir, que parece meridianamente claro que la anotación preventiva tiene la función propia que le asigna la Ley Hipotecaria y el artículo 307 del Real Decreto Legislativo 1/1992, y no otra, y está referida a los casos en que, para proteger el dominio o cualquier otro derecho real sobre un inmueble, el demandante que reclame ese derecho a su favor pueda pedir la anotación preventiva de demanda para obtener la protección registral y evitar que durante la sustanciación del pleito la finca sea transmitida a un tercero que la adquiriría en firme según el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, si no existiera dicha anotación preventiva (art. 71 de la LH).

Sin embargo, en nuestro caso el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo concede la anotación preventiva con una finalidad distinta a la que le sería propia (evitar la aparición de terceros que inscriban sus títulos y se vean amparados por el art. 34 de la LH, perjudicando así el derecho real que reclama el demandante como propio), pues la finalidad que persigue el auto judicial apelado es la siguiente: *«lo único que se pretende es poner en conocimiento de terceras personas la existencia del procedimiento contencioso-administrativo, y desde esta perspectiva, donde deba analizarse la viabilidad de esta medida».* Es decir, se trata de una simple publicidad que en nada mejora o protege algún derecho real que pudiera ostentar la Comunidad Autónoma recurrente, no sólo porque la dicha Comunidad Autónoma no reclama derechos reales propios ni ajenos en ese pleito (pues sólo ejercita competencias), sino que además la sentencia que se dicte en este recurso contencioso-administrativo NUNCA AFECTARÁ A LA PROPIA LICENCIA, NI A LA FINCA REGISTRAL —como expresamente reconoce el auto judicial, recogiendo el sentir de la jurisprudencia— sino que su efecto se limitará a ordenar o no la incoación de un procedimiento de revisión de una licencia de segregación. Y además, al final no será la Jurisdicción contencioso-administrativa la que resolverá si la licencia es nula o legal, sino que será el propio Ayuntamiento (en el caso de que se dicte sentencia estimatoria), después de tramitar el procedimiento de revisión del artículo 102 de la Ley 30/1992, con el preceptivo informe del Consejo Consultivo o Consejo de Estado (que habrá de ser favorable). Es decir, que tienen que darse muchas circunstancias ajenas y/o posteriores al recurso contencioso-administrativo para que, finalmente, se pueda resolver sobre las licencias de obras y las de segregación, y que lo que se resuelva pueda producir efectos sobre las fincas registrales actuales.

Asimismo, la anotación preventiva de recurso contencioso sólo está prevista para los casos en que los «particulares» (y la Comunidad Autónoma no es un particular) pretendan en el mismo la anulación de instrumentos de planeamiento, de instrumentos de ejecución del mismo o de licencias, y no otro tipo de actos administrativos, y ello por la lógica razón de tipo jurídico-

real (en aplicación del art. 1 de la Ley Hipotecaria) de que ese tipo de actuaciones urbanísticas sí que producen modificación de fincas registrales, y por tanto entran dentro del ámbito de la protección que dispensa el Registro de la Propiedad. Pero una sentencia que sólo puede decidir si se inicia o no un procedimiento administrativo de revisión no tiene ninguna incidencia directa sobre la finca registral, sino que sólo se mueve en el ámbito del Derecho Administrativo, y llegados al caso de que la sentencia fuera estimatoria, TAMPOCO LE CORRESPONDERÍA AL JUZGADO ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES, sino que sería al Ayuntamiento, según el artículo 104 de la Ley 30/1992, como Administración competente para tramitar el expediente de revisión de oficio.

3. LA PRETENDIDA JUSTIFICACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DE ANOTACIÓN PREVENTIVA, DESDE EL PUNTO DE VISTA DE EVITAR LA APARICIÓN DE TERCEROS HIPOTECARIOS, PRESERVANDO ASÍ EL DERECHO RECLAMADO

Los artículos 69 a 71 de la Ley Hipotecaria regulan los efectos de la anotación preventiva de demanda (aplicables también a la anotación de recurso contencioso-administrativo, según el art. 72 del Real Decreto 1093/1997), y su función básica es evitar la aparición de terceros hipotecarios protegidos por el artículo 34 de la LH. El auto judicial invoca este argumento para fundamentar la medida cautelar adoptada.

Considero que, desde un punto de vista estrictamente jurídico-registral —al tratarse de un procedimiento administrativo basado en Derecho Público Urbanístico, y no en el ámbito de los derechos reales sobre bienes inmuebles— tampoco es válido el argumento del artículo 34 LH para practicar la anotación preventiva de recurso contencioso-administrativo contra la inadmisión a trámite, y ello por la razón de que según reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, los adquirentes de viviendas construidas al amparo de una licencia que posteriormente es declarada nula (por motivos de Derecho Urbanístico), no tienen ninguna protección derivada del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, sentencia de 17-5-2006, recurso 1807/2004; STS de 12-5-2006, recurso 10190/2003; STS de 26-9-2006, recurso 8712/2003): la enajenación de las viviendas construidas no constituye en sí misma un obstáculo jurídico que impida el restablecimiento de la legalidad urbanística, pues el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no ampara la pervivencia de lo ilegalmente construido, y el artículo 21 de la Ley 6/1998, sobre Régimen del Suelo y Reglas de Valoración, contempla la subrogación del nuevo titular en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos. No están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria porque éste protege el derecho real, que pervive aunque después se anule o resuelva el del otorgante o transmitente; pero no protege la pervivencia de la cosa objeto del Derecho cuando ésta, la cosa, ha de desaparecer por imponerlo así el ordenamiento jurídico. Y no están exentos de soportar aquellas actuaciones materiales porque el nuevo titular de la finca queda subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos, tal y como establece el artículo 21.1 de la Ley 6/1998 y establecían, antes, los artículos 22 del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992 y 88 del aprobado por el Real Decreto 1346/1976.

Partiendo de esta consideración, si la anotación preventiva tiene como finalidad evitar la aparición de terceros hipotecarios cuyo derecho sea inatacable, al no existir ese riesgo, tampoco tiene ninguna justificación la anotación preventiva de dicho recurso contencioso-administrativo.

La más clara solución a un caso de este tipo la tenemos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, sentencia de 17-5-2006, recurso 1807/2004 (Ponente: MENÉNDEZ PÉREZ, Segundo), la cual es muy importante por suponer el único pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre esta concreta cuestión, y que rechaza la anotación preventiva de recurso contencioso-administrativo en un caso como el que explico en este estudio. En ese caso el TS rechazó la anotación preventiva por los dos motivos que decimos:

1. Porque la licencia no es materia de impugnación directa, y por tanto no va a ser objeto de análisis en sentencia sobre su nulidad o validez (como exige el art. 307, apartados 6 y 7 del RDLeg 1/1992).
2. Porque el artículo 34 LH no ampara lo construido ilegalmente.

Las razones que da el Tribunal Supremo en esa sentencia de 17-5-2006, aparte de la fuerza que tiene su jurisprudencia, son lógicas y adecuadas a los fines del Registro de la Propiedad, ya que la anotación preventiva que regula el artículo 42 de la Ley Hipotecaria se mueve en el ámbito de los derechos reales, y con ella se trata de asegurar que, en caso de una transmisión de la finca, el adquirente quede vinculado por lo que se decida en el pleito anotado, de forma que no pueda invocar su carácter de tercero hipotecario para mantener su derecho. Así, el artículo 198 del Reglamento Hipotecario dispone que si prospera la demanda en virtud de sentencia firme, se practicarán las inscripciones o cancelaciones que se ordenen en ésta, pero si ésta no va a ordenar nada con trascendencia para el Registro, nada hay que anotar.

Vemos pues, que analizando la cuestión desde un punto de vista exclusivamente registral, la acción ejercitada ante los Tribunales NO VA A TENER NINGUNA TRASCENDENCIA REGISTRAL, y por tanto la anotación preventiva tampoco está evitando los efectos frente a eventuales terceros hipotecarios (que aunque aparecieran, el art. 34 de la LH no les protegería ante una eventual declaración de nulidad de la licencia), puesto que la cuestión no se ventila en el ámbito de los derechos reales.

4. LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR

Como pieza de cierre de todo ello, nos encontramos con la calificación del Registrador sobre la anotación preventiva ordenada por un Juzgado.

Según el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y demás preceptos concordantes, y expresamente el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, el Registrador de la Propiedad tiene la facultad (o más bien el deber, por imposición del principio de legalidad) de calificar el auto judicial y la obligación de denegar la anotación si lo que se debate en el pleito carece de trascendencia jurídico-real. No corresponde al Registrador, sino al Juzgado, evaluar las razones para acordar una medida cautelar. Pero sí que corresponde al Registrador evaluar si la acción ejercitada en el procedimiento judicial (según el art. 100 del RH) puede producir una modificación de los libros del Registro, y dentro de esa limitada cognición, decidir sobre la práctica del asiento.

Si la sentencia que se dicte solamente va a producir efectos en el ámbito de la Administración, pero no se trata de una acción que produzca una mutación jurídico-real de las que pueden producir una inscripción registral, entonces la anotación preventiva es ajena a las funciones del Registro de la Propiedad, y el Registrador debería denegar la práctica del asiento. El artículo 71 del Real Decreto 1093/1997 regula los efectos de la sentencia que se dicte en el procedimiento judicial contencioso-administrativo, y se remite al artículo 198 del RH para el caso de que la sentencia produzca alguna creación, modificación o extinción de derechos reales. En el apartado 3 del artículo 71 se dice que si de la sentencia no resulta la creación, modificación o extinción de dominio o derechos reales, la propia sentencia será título bastante para la cancelación de la anotación preventiva. Evidentemente, este apartado 3 está pensado para el caso de que la sentencia desestime el recurso contencioso-administrativo, o las peticiones que en el mismo existan sobre modificación de derechos reales inscritos. Pero si del propio auto (o de la naturaleza jurídica del procedimiento impugnado) resulta que en el pleito no se va a producir ninguna modificación registral (aunque la sentencia estime íntegramente la demanda), es evidente que no hay que esperar a la sentencia, y que por tanto la medida cautelar de anotación preventiva no tiene justificación desde el punto de vista del Registro, pues ya se anuncia que la sentencia no tendrá trascendencia en el ámbito registral de la publicidad del dominio y los derechos reales, y ello debería motivar la denegación de la anotación preventiva.

ROCA SASTRE definía las anotaciones de demanda como asientos registrales de vigencia temporalmente limitada, que publican la pendencia de un proceso sobre una situación jurídica registrada o registrable, y por tanto sólo cabe acudir a la anotación de demanda cuando la situación jurídica afectada por el proceso y su resultado puedan alcanzar trascendencia registral. En este sentido, la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 26 de mayo de 1997 (*Aranzadi RJ 1997/3858*), indica que el Registrador debe, en todo caso, comprobar que la acción ejercitada tiene efectivamente trascendencia real y que ésta queda suficientemente precisada en su alcance, y lo reitera en la RDGRN de 19 de abril de 2000 (*Aranzadi RJ 2000/5819*). De esta forma, dentro de la limitada competencia del Registrador para calificar los documentos judiciales, se encuentra precisamente la obligación que tiene de rechazar dicho asiento si con él se vulneraran las exigencias (trascendencia real inmobiliaria, determinación, número cerrado de las anotaciones preventivas, número cerrado de las afecciones reales) del sistema registral español (cfr. Resolución de 12 de mayo de 1992), pues en estas exigencias están implicados intereses que, por afectar al estatuto jurídico de la propiedad inmueble, trascienden de los intereses particulares de las partes entre quienes se ventila la cuestión litigiosa; la protección de aquellos intereses públicos corresponde en vía gubernativa en primera instancia al Registrador de la Propiedad (RDGRN de 26 de mayo de 1997), pues cuando se trata de practicar una anotación de demanda de la prevista en el artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria, el Registrador no puede entrar a valorar la eventual falta de fundamento jurídico de la acción ejercitada en la demanda, pues ello supondría una anticipación de la propia sentencia, esto es, una invasión de la actividad jurisdiccional reservada en exclusiva a Jueces y Magistrados (arts. 117 de la Constitución Española y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial); ahora bien, sí deberá comprobar que la acción ejercitada tiene efectivamente trascendencia real y que ésta queda suficientemente precisada en su alcance.

Las clases de anotaciones preventivas son un *numerus clausus*, y deben venir previstas en una norma con rango de Ley, y al Registrador le corresponde comprobar que la anotación que se pretende está destinada a garantizar los efectos de una sentencia que puede producir una modificación registral.

Está claro que el Registro de la Propiedad en nuestro Derecho está configurado como un registro jurídico que produce efectos jurídicos. No se trata de un simple registro administrativo para que cualquier persona deje allí anotado cualquier tipo de petición para simple información a curiosos, como si se tratara de un vulgar tablón de anuncios. No es así. Precisamente debido a los efectos jurídicos que produce la inscripción registral, sólo deben acceder al mismo aquellas resoluciones judiciales que puedan afectar al contenido material y formal de los libros del Registro. Piénsese el caso de que se ordenara judicialmente la anotación preventiva de una querrela criminal por violación (no de embargo), sin que se reclamase ninguna pretensión patrimonial: en ese caso se produciría la publicidad de que el propietario estaba imputado por un delito de esa naturaleza (lo que a lo mejor es lo que busca el querellante o el Juzgado), pero la acción ejercitada no producirá ningún cambio en la titularidad registral de la finca anotada, aunque finalmente se le condene por ese delito.

Aquí es donde el papel del Registrador se hace esencial, pues por lo general no va a denegar la anotación preventiva acordada por el Juez, acudiendo al fácil argumento de que se trata de una orden judicial de obligado cumplimiento, y así el Registrador elude toda responsabilidad cumpliendo el mandato judicial, sin analizar el alcance del procedimiento judicial donde se acordó esa medida cautelar, con respecto a los fines del Registro de la Propiedad.

Aquí se ve la importancia de que el Registrador estudie la anotación solicitada y el procedimiento donde se acuerda, pues en caso de una calificación positiva, el titular registral no tendrá ya ningún recurso contra dicha anotación, y quedará en total indefensión.

5. CONCLUSIÓN

Tras este estudio, he llegado a las siguientes conclusiones sobre la anotación preventiva de recurso contencioso-administrativo, en el cual se impugna un acto de inadmisión a trámite de un procedimiento de revisión:

1. La anotación preventiva de recurso contencioso-administrativo —tampoco la demanda— no es posible en estos casos de recurso contra un acto administrativo de inadmisión a trámite de la petición de revisión de oficio de una licencia, al no ser posible que la sentencia anule la licencia, que queda excluida de la valoración jurídica del Tribunal en cuanto a su validez o nulidad (STS de 17-5-2006).
2. Los supuestos en que procede la anotación preventiva son un *numerus clausus* establecido en el artículo 307 del Real Decreto Legislativo 1/1992 y artículos 1.6 y 67 del Real Decreto 1093/1997, para los tres supuestos que contemplan dichos preceptos.
3. Aunque la anotación venga ordenada por un Juez, el Registrador de la Propiedad tiene la potestad y el deber de analizar el contenido jurídico del procedimiento donde se dicta, y si la sentencia que finalmente se dicte en ese procedimiento judicial no es susceptible de producir una modificación registral, tiene la obligación de denegar la práctica del asiento, protegiendo así el fundamento y finalidad del Registro de la

Propiedad, evitando así que se le dé un uso bastardo con la única finalidad de perjudicar al titular de las fincas anotadas, y sin perseguir derechos patrimoniales propios.

RESUMEN

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Las anotaciones preventivas de recurso contencioso-administrativo que vienen previstas en el artículo 66 del Real Decreto 1093/1997 sólo son admisibles para los expresos supuestos que se prevén en dicho precepto. Cuando se recurre en vía contencioso-administrativa una decisión municipal por la que inadmite a trámite la petición de revisión de oficio de una licencia firme por los cauces del artículo 102 de la Ley 30/1992 de Procedimiento Administrativo Común, la sentencia que se dicte en dicho recurso solamente podrá obligar al Ayuntamiento a iniciar o no iniciar el expediente de revisión de oficio, sin poder resolver nada sobre la legalidad o nulidad de la licencia. Siendo ello así, la sentencia que se dicte —aunque estime el recurso— nunca podrá afectar a la licencia ni, por tanto, producir una modificación de los libros del Registro de la Propiedad. Si en ese recurso contencioso-administrativo el Juzgado ordena la anotación preventiva del artículo 66 del Real Decreto 1093/1997, el Registrador de la Propiedad debe analizar si el procedimiento judicial donde se ordenó la medida cautelar puede acabar en una sentencia que anule la licencia o provoque algún tipo de modificación en las fincas o en los libros del Registro de la Propiedad, y si no es posible dicha modificación, tiene la competencia y el deber de denegar la anotación, precisamente por carecer de trascendencia jurídico real y registral, lo que se pueda decidir en la sentencia final, aunque sea estimatoria.

ABSTRACT

CAVEAT WARNING OF ACTION UNDER ADMINISTRATIVE LAW

Caveats warning of action under administrative law as provided for in article 66 of Royal Decree 1093 are admissible only in the express cases provided for in the said article. When an appeal is filed under administrative law against a municipal decision refusing to admit for processing a request for an ex officio revision of a final licence through the channels in article 102 of Act 30/1992 on common administrative procedure, the judgement handed down on said appeal can only force the city government to initiate or not to initiate the ex officio revision proceeding; it cannot decide anything about the legality or nullity of the license. This being so, the judgement handed down (even if it upholds the appeal) can never affect a license, nor therefore can it cause any modification in the property registration office's books. If in the appeal proceedings the court orders a caveat under article 66 of Royal Decree 1093/1997, the property registrar must consider whether the judicial procedure ordering the precautionary measure may end in a judgement annulling the license or cause any kind of modification in the properties or in the books of the property registration office; and if no such modification is possible, the registrar has the competence and the duty to refuse to enter the caveat, precisely because whatever may be decided in the final judgement, even if it upholds the appeal, has no real, registration-related legal significance.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

CORTES GENERALES

— Reforma del Reglamento del Senado, por la que se modifica el artículo 184.

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley Orgánica 13/2007. 19-11-2007. Persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas.

— Ley Orgánica 15/2007. 3-11-2007. Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995, del Código Penal en materia de seguridad vial.

— Ley Orgánica 16/2007. 13-12-2007. Complementaria de la Ley para el desarrollo sostenible del medio rural.

— Ley 34/2007. 15-11-2007. Calidad del aire y protección de la atmósfera.

— Ley 35/2007. 15-11-2007. Establece la deducción por nacimiento o adopción en el IRPF y la prestación económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento o adopción.

— Ley 36/2007. 16-11-2007. Modifica la Ley 13/1985, de 25-5-1985, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros y otras normas del sistema financiero.

— Ley 37/2007. 16-11-2007. Reutilización de la información del sector público.

— Ley 38/2007. 16-11-2007. Modifica el TR de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24-3-1995, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

- Ley 39/2007. 19-11-2007. Carrera militar (se omite el texto).
- Ley 40/2007. 4-12-2007. Medidas en materia de Seguridad Social.
- Ley 41/2007. 7-12-2007. Modifica la Ley 2/1981, de 25-3-1981, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.
- Ley 42/2007. 13-12-2007. Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.
- Ley 43/2007. 13-12-2007. Protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio.
- Ley 44/2007. 13-12-2007. Regulación del régimen de las empresas de inserción.
- Ley 45/2007. 13-12-2007. Desarrollo sostenible del medio rural.
- Ley 47/2007. 19-12-2007. Modifica la Ley 24/1988, de 28-7-1988, del Mercado de Valores.
- Ley 49/2007. 26-12-2007. Establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
- Ley 50/2007. 26-12-2007. Modificación de la Ley 43/1998, de 15-12-1998, de restitución o compensación a los partidos políticos de bienes y derechos incautados en aplicación de la normativa sobre responsabilidades políticas del periodo 1936-1939.
- Ley 51/2007. 26-12-2007. Presupuestos Generales del Estado para el año 2008.
- Ley 52/2007. 26-12-2007. Reconoce y amplía derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura.
- Ley 53/2007. 28-12-2007. Control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso.
- Ley 54/2007. 28-12-2007. Adopción internacional.
- Ley 55/2007. 28-12-2007. Cine.
- Ley 56/2007. 28-12-2007. Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.
- Corrección de Errores. Ley Orgánica 5/2007. 20-4-2007. Reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.
- Corrección de Errores. Ley 16/2007. 4-7-2007, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la UE.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto Legislativo 1/2007. 16-11-2007. Aprueba el TR, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

— Real Decreto 1262/2007. 21-9-2007. Regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento del Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y no Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico.

— Real Decreto 1401/2007. 29-10-2007. Regula la composición, funcionamiento y competencias de la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos.

— Real Decreto 1403/2007. 26-10-2007. Aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo.

— Real Decreto 1494/2007. 12-11-2007. Aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social.

— Real Decreto 1495/2007. 12-11-2007. Crea la Agencia Estatal BOE y se aprueba su estatuto.

— Real Decreto 1544/2007. 23-11-2007. Regula las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad.

— Real Decreto 1545/2007. 23-11-2007. Regula el Sistema Cartográfico Nacional.

— Real Decreto 1617/2007. 7-12-2007. Establece medidas para la mejora de la protección de los puertos y del transporte marítimo.

— Real Decreto 1619/2007. 7-12-2007. Modifica el Real Decreto 442/1994, de 11-3-1994, sobre primas y financiación a la construcción naval, para adecuarlo a las normas del derecho de la UE.

— Real Decreto 1621/2007. 7-12-2007. Regula un procedimiento de votación para los ciudadanos españoles que se encuentran temporalmente en el extranjero.

— Real Decreto 1726/2007. 21-12-2007. Aprueba el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

— Orden 3278/2007. 7-11-2007. Modifica el Anexo II del Real Decreto 1337/1999, de 31-7-1999, por el que se regula la remisión de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas y reglamentos relativos a los servicios de la sociedad de la información.

— Orden 3581/2007. 10-12-2007. Establece los departamentos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y se les atribuyen funciones y competencias.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Orden 3240/2007. 24-10-2007. Nombra el Tribunal calificador de la oposición entre Notarios convocada por Resolución de 12-7-2007.

— Orden 3277/2007. 6-11-2007. Corrección de Errores. Orden 3132/2007, de 23-10-2007, por la que se dictan normas para la interpretación y ejecución del Real Decreto 172/2007, de 9-2-2007, por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

— Orden 3464/2007. 21-11-2007. Nombran los Tribunales calificadores de la oposición libre para obtener el título de Notario convocada por Resolución de 12-7-2007.

— Resolución de 25-10-2007. Aprueba con carácter definitivo la lista de admitidos y excluidos para tomar parte en la oposición libre para obtener el título de Notario convocada por Resolución de 12-7-2007.

— Resolución de 7-11-2007. Anuncia Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, vacantes, para su provisión en concurso ordinario número 273 (se incluye separadamente la Comunidad Autónoma de Cataluña).

— Resolución de 8-11-2007. DGRN. Anunciando concurso para la provisión de notarías vacantes.

— Resolución de 19-11-2007. DGRN. Señala el sorteo de los opositores para la oposición entre Notarios y fecha de celebración del primer ejercicio.

— Resolución de 3-12-2007. DGRN. Ordena la constitución de los tribunales de la oposición para obtener el título de Notario convocada por Resolución de 12-7-2007, y se anuncia el sorteo de los opositores y el comienzo de los ejercicios (*BOE* 12-12-2007).

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto Legislativo 2/2007. 28-12-2007. Aprueba el TR de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria.

— Real Decreto 1463/2007. 2-11-2007. Aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12-12-2001, de Estabilidad Presupuestaria, en su aplicación a las entidades locales.

— Real Decreto 1464/2007. 2-11-2007. Aprueban las normas técnicas de valoración catastral de los bienes inmuebles de características especiales.

— Real Decreto 1466/2007. 2-11-2007. Modifican el Reglamento del IVA, aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 29-12-1992, así como el Real Decreto 2538/1994, de 29-12-1994, por el que se dictan las disposiciones de desarrollo del Impuesto General Indirecto Canario.

— Real Decreto 1514/2007. 16-11-2007. Aprueba el Plan General de Contabilidad.

— Corrección de Errores. Real Decreto 1514/2007. 16-11-2007. Aprueba el Plan General de Contabilidad.

— Real Decreto 1515/2007. 16-11-2007. Aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas.

— Corrección de Errores. Real Decreto 1515/2007. 16-11-2007. Aprueba el Plan General de Contabilidad de PYMES y los criterios contables específicos para microempresas.

— Real Decreto 1684/2007. 14-12-2007. Modifica el Reglamento de planes y fondos de pensiones aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20-2-2004, y el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, aprobado por Real Decreto 1588/1999, de 15-10-1999.

— Real Decreto 1757/2007. 28-12-2007. Modifica el Reglamento del IRPF, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30-3-2007, en materia de salario medio anual del conjunto de contribuyentes, obligación de declarar y retenciones e ingresos a cuenta sobre rendimientos del trabajo.

— Decreto 1761/2007. 28-12-2007. Revalorización y complementos de las pensiones de Clases Pasivas para el año 2008 y de modificación del Real Decreto 851/1992, de 10-7-1992, por el que se regulan determinadas pensiones extraordinarias causadas por actos de terrorismo.

— Orden 3247/2007. 31-10-2007. Modifica la Orden 339/2007, de 16-2-2007, por la que se desarrollan determinados preceptos de la normativa reguladora de los seguros privados en materia de activos financieros estructurados que tengan como subyacentes o colaterales riesgos derivados de los contratos de seguros.

— Orden 3352/2007. 19-11-2007. Aprueba el modelo 140, de solicitud del abono anticipado de las deducciones del IRPF por maternidad y por nacimiento o adopción, y el modelo 141, de solicitud del pago único por nacimiento o adopción de hijo, se determina el lugar, forma y plazo de presentación de los mismos y se modifica la Orden 27-12-1991, por la que se dictan instrucciones acerca del régimen económico-financiero de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

— Orden 3434/2007. 23-11-2007. Aprueba los modelos 322, de autoliquidación mensual, modelo individual, y 353, de autoliquidación mensual, modelo agregado, y el modelo 039, de Comunicación de datos, correspondientes al Régimen Especial del Grupo de Entidades en el IVA.

— Orden 3435/2007. 23-11-2007. Aprueba los modelos de autoliquidación 117, 123, 124, 126, 128 y 300, y se establecen medidas para la promoción y ampliación de la presentación telemática de determinadas auto-

liquidaciones, resúmenes anuales y declaraciones informativas de carácter tributario.

— Corrección de Errores. Orden 3435/2007. 23-11-2007. Aprueban los modelos de autoliquidación 117, 123, 124, 126, 128 y 300, y se establecen medidas para la promoción y ampliación de la presentación telemática de determinadas autoliquidaciones, resúmenes anuales y declaraciones informativas de carácter tributario.

— Orden 3462/2007. 26-11-2007. Desarrolla para el año 2008, el método de estimación objetiva del IRPF y el régimen especial simplificado del IVA.

— Corrección de Errores. Orden 3462/2007. 26-11-2007. Desarrolla, para el año 2008, el método de estimación objetiva del IRPF y el régimen especial simplificado del IVA.

— Orden 3482/2007. 20-11-2007. Aprueba determinados modelos, se refunden y actualizan diversas normas de gestión en relación con los Impuestos Especiales de Fabricación y con el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos y se modifica la Orden 1308/2005, de 11-5-2005, por la que se aprueba el modelo 380 de declaración-liquidación del IVA en operaciones asimiladas a las importaciones, se determinan el lugar, forma y plazo de presentación, así como las condiciones generales y el procedimiento para su presentación por medios telemáticos.

— Orden 3650/2007. 11-12-2007. Modifica la Orden de 2-6-1994, por la que se desarrolla la estructura de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

— Orden 3695/2007. 13-12-2007. Aprueba el modelo 030 de Declaración censal de alta en el Censo de obligados tributarios, cambio de domicilio y/o variación de datos personales, que pueden utilizar las personas físicas, se determinan el lugar y forma de presentación del mismo y se modifica la Orden 1274/2007, 26-4-2007, por la que se aprueban los modelos 036 de Declaración censal de alta, modificación y baja en el Censo de empresarios profesionales y retenedores, y 037 de Declaración censal simplificada de alta, modificación y baja en el Censo de empresarios, profesionales y retenedores.

— Orden 3745/2007. 14-12-2007. Aprueba los precios medios de venta aplicables en la gestión del ITP y AJD, IS y D e Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

— Orden 3875/2007. 27-12-2007. Hace públicos los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación administrativa a partir del 1-1-2008.

— Resolución de 24-10-2007. Procedimiento para la homologación de software de digitalización contemplado en la Orden EHA/962/2007, de 10-4-2007.

— Resolución de 12-12-2007. Modifica la de 24-3-1992, sobre organización y atribución de funciones a la Inspección de los Tributos en el ámbito de la competencia del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria.

— Resolución de 20-12-2007. Modifica la de 9-7-1996, por la que se dictan normas para la aplicación de los artículos 4, 5, 7 y 10 de la Orden del MEH, de 27-12-1991, sobre transacciones económicas con el exterior.

— Corrección de Errores. Orden 3021/2007. 11-10-2007. Aprueba el modelo 182 de declaración informativa de donativos, donaciones y aportaciones recibidas y disposiciones realizadas, así como los diseños físicos y lógicos para la sustitución de las hojas interiores de dicho modelo por soportes directamente legibles por ordenador y se establecen las condiciones y el procedimiento para su presentación telemática a través de Internet, y se modifican los modelos de declaración 184, 187, 188, 193 normal y simplificado, 194, 196, 198, 215 y 345.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 16-11-2007. Mensualmente se hacen públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

MINISTERIO DE LA VIVIENDA

— Real Decreto 1472/2007. 2-11-2007. Regula la renta básica de emancipación de los jóvenes.

— Orden 3568/2007. 29-11-2007. Determina el modelo de solicitud de la renta básica de emancipación establecida en el Real Decreto 1472/2007, de 2-12-2007.

— Corrección de Errores. Real Decreto 1371/2007. 19-10-2007. Aprueba el documento básico «DB-HR Protección frente al ruido» del Código Técnico de la Edificación y se modifica el Real Decreto 314/2006, de 17-3-2007, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

— Real Decreto 1198/2007. 14-9-2007. Modifica el Real Decreto 504/2007, de 20-4-2007, en materia de reconocimiento de descanso por maternidad en los supuestos de discapacidad del hijo y de reconocimiento de la necesidad de asistencia de tercera persona en las prestaciones no contributivas.

— Real Decreto 1468/2007. 2-11-2007. Modifica el Real Decreto 1865/2004, de 6-9-2004, por el que se regula el Consejo Nacional de la Discapacidad.

— Real Decreto 1763/2007. 28-12-2007. Fija el SMI para 2008.

— Real Decreto 1764/2007. 28-12-2007. Revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2008.

— Real Decreto 1765/2007. 28-12-2007. Modifica el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1993/1995, de 7-12-2007.

— Orden 3512/2007. 26-11-2007. Modifica la Orden 1562/2005, de 25-5-2005, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11-6-2004.

— Orden 3553/2007. 30-11-2007. Modifica la Orden de 24-9-1970, por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

— Orden 3859/2007. 27-12-2007. Regula la contraprestación a satisfacer por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social por los servicios de administración complementaria de la directa.

— Resolución de 19-12-2007. Autoriza la ampliación del plazo de ingreso de las cuotas del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, correspondientes al mes de enero de 2008 y relativas a los trabajadores agrarios por cuenta propia que, en virtud de la Ley 18/2007, de 4-7-2007, quedan incorporados al citado régimen especial desde el 1-1-2008.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Real Decreto 1513/2007. 16-11-2007. Crea y regula la Comisión Española de Derecho Internacional Humanitario.

— Resolución de 5-10-2007. Aplicación del artículo 32 del Decreto 801/1972, relativo a la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales.

— Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4-11-1950 (publicado en el *BOE* de 10-10-1979 y 30-9-1986). Modificación de la reserva española a los artículos 5 y 6 del Convenio.

— Protocolo adicional entre el Reino de España y la República Dominicana modificando el Convenio de doble nacionalidad de 15-3-1968, hecho en Santo Domingo el 2-10-2002.

MINISTERIO DE FOMENTO

— Orden 3853/2007. 27-12-2007. Autoriza los precios de los servicios postales reservados al operador responsable de la prestación del servicio postal universal, Correos y Telégrafos, S. A.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CIENCIA

— Corrección de Errores. Real Decreto 1026/2007. 20-7-2007. Modifica el Real Decreto 1835/1991, de 20-12-2007, de Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas.

MINISTERIO DEL INTERIOR

— Real Decreto 1612/2007. 7-12-2007. Regula un procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio.

— Resolución de 20-11-2007. Publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 2-11-2007, sobre la implantación de un sistema de cita previa telefónica para la obtención del DNI y el Pasaporte.

— Resolución de 30-11-2007. Establece el procedimiento para la presentación de la autoliquidación y las condiciones para el pago por vía telemática de las tasas correspondientes al Organismo Autónomo de la Jefatura Central de Tráfico.

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Real Decreto 1525/2007. 16-11-2007. Regula la presencia de la Administración del Estado en el exterior en su vertiente relacionada con el Ministerio de Medio Ambiente, y se crean las Consejerías de Medio Ambiente en la Misión Permanente de España ante Naciones Unidas, en la Representación Permanente de España ante el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y en la Delegación Permanente de España ante la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

— Resolución de 23-11-2007. Establece el calendario de días inhábiles en el ámbito de la Administración General del Estado para el año 2008 a efectos de cómputo de plazo.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

— Real Decreto 1768/2007. 28-12-2007. Modifica el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15-4-2005.

— Orden 3289/2007. 5-11-2007. Modifican los Anexos del Real Decreto 1432/2003, de 21-11-2003, por el que se regula la emisión de informes motivados relativos al cumplimiento de requisitos científicos y tecnológicos, a efectos de la aplicación e interpretación de deducciones fiscales por actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

— STC 210/2007. 24-9-2007. Recurso de amparo número 6.568-2005. Promovido por Protep, S. L., frente a la sentencia y sucesivas resoluciones de un Juzgado de lo Social de Ciudad Real en litigio de 1998 sobre reclamación de cantidad. Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: emplazamiento edictal sin tomar en cuenta el cambio de domicilio social inscrito en el RM (STC 162/2004); límite temporal de la nulidad para reparar un derecho fundamental.

TRIBUNAL SUPREMO

— STS 18-1-2006. Se declara la ilegalidad del artículo 75.6 del Reglamento del ITP y AJD, anulándolo por su oposición a lo dispuesto en el artículo 31.2 del TR de la Ley del ITP y AJD, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24-9-1993, y a lo dispuesto en la Directiva Comunitaria Europea 69/335/CEE, de 17-9-1969, artículos 10 y 4, en cuanto prohíbe los impuestos, cualquiera que sea su forma, sobre las modificaciones de la escritura constitutiva de la Sociedad o de sus Estatutos.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Decreto 289/2007. 11-12-2007. Aprueba los Estatutos de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía.

— Orden 31-10-2007. Determina la jornada y el horario en el ámbito de la Administración de Justicia en la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como el calendario laboral.

ARAGÓN

— Ley 7/2007. 29-12-2007. Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2008.

— Ley 8/2007. 29-12-2007. Medidas Tributarias de la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Ley 9/2007. 29-12-2007. Modifica la Ley 6/2001, de 17-5-2001, de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón.

— Decreto Ley 2/2007. 4-12-2007. Establece medidas urgentes para la adaptación del ordenamiento urbanístico a la Ley 8/2007, de 28-5-2007, de suelo, garantías de sostenibilidad del planeamiento urbanístico e impulso a las políticas activas de vivienda y suelo en la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Corrección de Errores. Ley Orgánica 5/2007. 20-4-2007. Reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.

CANARIAS

— Ley 14/2007. 27-12-2007. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2008.

— Orden 27-11-2007. Crean las OO.LL. Comarcas Lanzarote y Fuerteventura, y en esta última se crean dos oficinas desconcentradas.

— Orden 10-12-2007. Aprueba el modelo 401 de declaración censal y los modelos de autoliquidación 418 y 419, relativos al régimen especial del grupo de entidades del Impuesto General Indirecto Canario, y se establecen, en determinados supuestos, los plazos de presentación.

— Orden 17-12-2007. Declara el día 31-12-2007, inhábil a determinados efectos en el ámbito de competencias de las OO.LL. Comarcas Lanzarote y Fuerteventura.

CANTABRIA

— Orden 38/2007. 19-12-2007. Aprueba los Modelos de Actas de la Inspección de los Tributos.

— Orden 39/07. 20-12-2007. Aprueba los coeficientes aplicables al valor catastral para estimar el valor real de determinados bienes inmuebles urbanos a efectos de los ITP y AJD y sobre IS y D para el año 2008, se establecen las reglas para la aplicación de los mismos y se publica la metodología seguida para su obtención.

CASTILLA-LA MANCHA

— Resolución de 10-12-2007. Determina el calendario de días inhábiles a efectos de cómputo de plazos en el año 2008, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

CASTILLA Y LEÓN

— Ley Orgánica 14/2007. 30-11-2007. Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

— Ley 9/2007. 27-12-2007. Medidas Financieras.

— Corrección de Errores. Ley 9/2007. 27-12-2007. Medidas Financieras.

— Ley 10/2007. 27-12-2007. Presupuestos Generales de la Comunidad de Castilla y León para 2008.

— Corrección de Errores. Ley 10/2007. 27-12-2007. Presupuestos Generales de la Comunidad de Castilla y León para 2008.

— Decreto 117/2007. 29-11-2007. Regula los anticipos de caja fija y los pagos a justificar.

— Orden 2010/2007. 13-12-2007. Aprueba los modelos 600 y 620 de autoliquidación del ITP y AJD y los modelos 660 y 661 de declaración y 650 y 651 de autoliquidación del IS y D.

— Corrección de Errores. Ley 8/2007. 24-10-2007. Modificación de la Ley 11/2003, de 8-4-2003, de Prevención Ambiental de Castilla y León.

— Corrección de Errores. Orden 1884/2006. 22-11-2007. Regula el Registro Público de Demandantes de Viviendas Protegidas de Castilla y León.

CATALUÑA

- Ley 11/2007. 11-10-2007. Corporación Catalana de Medios Audiovisuales.
- Ley 12/2007. 11-10-2007. Servicios Sociales.
- Resolución de 7-11-2007. Anuncia Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, vacantes, para su provisión en concurso ordinario número 273.

EXTREMADURA

- Ley 6/2007. 27-12-2007. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2008.
- Decreto 314/2007. 26-10-2007. Atribuciones de los órganos urbanísticos y de ordenación del territorio, y de organización y funcionamiento de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Extremadura.
- Decreto 325/2007. 14-12-2007. Establece las bases reguladoras y normas de aplicación del régimen de ayudas a la modernización de las explotaciones agrícolas mediante planes de mejora en la Comunidad Autónoma de Extremadura y la primera convocatoria de ayudas.
- Decreto 332/2007. 14-12-2007. Fija el calendario de días inhábiles a efectos de cómputo de plazos administrativos durante el año 2008 en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

GALICIA

- Ley 16/2007. 26-12-2007. Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2008.
- Decreto 213/2007. 30-10-2007. Aprueban los estatutos de la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística.
- Decreto 218/2007. 8-11-2007. Modifica el Decreto que establece la estructura orgánica de la Consellería de Vivienda y Suelo.
- Decreto 226/2007. 22-11-2007. Crea el Registro de entidades de carácter medioambiental de la Comunidad Autónoma de Galicia.

MADRID

- Ley 4/2007. 13-12-2007. Modifica la Ley 2/2007, de 27-3-2007, por la que se regula la garantía del suministro eléctrico en la Comunidad de Madrid, adaptándola a la Ley Estatal 17/2007, de 4-7-2007.

— Ley 5/2007. 21-12-2007. Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2008.

— Ley 6/2007. 21-12-2007. Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

— Ley 7/2007. 21-12-2007. Medidas Fiscales y Administrativas.

MURCIA

— Orden 26-11-2007. Modifica la Orden 16-12-1998, por la que se aprueban los modelos de declaración-liquidación 601, 605 y 609 en el ITP y AJD.

NAVARRA

— Ley 48/2007. 19-12-2007. Modifica la Ley 28/1990, de 26-12-1990, por la que se aprueba el Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra.

— TR. Reglamento del Parlamento de Navarra.

— Decreto Foral Legislativo 3/2007. 10-12-2007. Armonización Tributaria, por el que se modifica la Ley Foral 19/1992, de 30-12-1992, del IVA.

— Decreto Foral 237/2007. 5-11-2007. Crea el Registro de Asociaciones de Consumidores y Usuarios de Navarra.

— Decreto Foral 260/2007. 27-12-2007. Declara los días inhábiles en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra a efectos de cómputo de plazos para el año 2008.

— Orden Foral 333/2007. 8-11-2007. Establecen normas para la habilitación del Libro de Subcontratación en el sector de la construcción.

— Orden Foral 415/2007. 5-12-2007. Aprueba el modelo 182 de declaración informativa de donaciones y aportaciones recibidas y disposiciones realizadas, así como los diseños físicos y lógicos para su presentación por soportes directamente legibles por ordenador y se establecen las condiciones y el procedimiento para su presentación telemática a través de Internet, y se modifican los modelos de declaración 184, 187, 188, 190, 193, 194, 196, 198 y 345.

— Orden Foral 421/2007. 17-12-2007. Fija los plazos y fechas para el ingreso de fondos y presentación de documentos y envíos telemáticos por las Entidades Colaboradoras en la recaudación de la Hacienda Pública de Navarra para el año 2008.

PAÍS VASCO

- Ley 11/2007. 26-10-2007. Bibliotecas de Euskadi.
- Ley 12/2007. 16-11-2007. Modificación de los artículos 125 y 126 del Decreto Legislativo 1/1994, de 27-9-1994, por el que se aprueba el TR de disposiciones legales vigentes sobre régimen presupuestario de la Comunidad Autónoma.
- Ley 15/2007. 28-12-2007. Aprueba los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2008.
- Decreto Legislativo 1/2007. 11-9-2007. Aprobación del TR de la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco.
- Resolución de 10-12-2007. Establece medidas especiales de regulación de tráfico durante el año 2008.
- Corrección de Errores. Decreto 118/2007. 17-7-2007. Regula las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar.

VALENCIA

- Decreto 147/2007. 7-9-2007. Regula el procedimiento de notificación y comunicación a la Comisión Europea de los proyectos de la Generalitat dirigidos a establecer, conceder o modificar ayudas públicas.
- Decreto 149/2007. 7-9-2007. Aprueba el Estatuto del Ente Prestador de Servicios de Certificación Electrónica de la Comunitat Valenciana.
- Decreto 151/2007. 14-9-2007. Determina el calendario laboral de aplicación en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana para el año 2008.
- Decreto 171/2007. 28-9-2007. Establece el procedimiento para reconocer el derecho a las prestaciones del sistema valenciano para las personas dependientes.
- Decreto 217/2007. 26-10-2007. Modifica el Decreto 131/2007, de 27-7-2007, del Consell, aprobatorio del Reglamento Orgánico y Funcional de la Conselleria de Medio Ambiente, Agua, Urbanismo y Vivienda.
- Decreto 218/2007. 26-10-2007. Aprueba el Reglamento de la Comisión de Codificación Civil Valenciana y su órgano asesor, el Observatorio de Derecho Civil Valenciano.
- Decreto 225/2007. 16-11-2007. Crea la Comisión Delegada de Coordinación de Políticas de Prevención ante el Cambio Climático de la Comunitat Valenciana.
- Orden 3-7-2007. Crea varios ficheros de tratamiento automatizado de datos de carácter personal de esta consellería y se modifican otros ya existentes.

— Orden 31-8-2007. Determina algunos aspectos de la regulación económica y financiera de las Cooperativas con Sección de Crédito de la Comunitat Valenciana.

— Orden 31-8-2007. Sobre normas contables y obligaciones informativas de las Cooperativas con Sección de Crédito de la Comunitat Valenciana.

— Corrección de Errores. Orden 31-8-2007. Determina algunos aspectos de la regulación económica y financiera de las cooperativas con Sección de Crédito de la Comunitat Valenciana.

— Corrección de Errores. Orden 31-8-2007. Normas contables y obligaciones informativas de las cooperativas con sección de crédito de la Comunitat Valenciana.

— Orden 31-8-2007. Modifica la Orden 15-2-2005, que regula la comprobación y el procedimiento de registro de los datos de las personas físicas y jurídicas que se relacionan económicamente con la administración de la Generalitat, y se aprueba un nuevo modelo de instancia de «Mantenimiento de Terceros».

— Orden 10-9-2007. Crea un fichero de datos de carácter personal de esta Conselleria denominado «Control de Acceso a la ACCV», cuyo responsable es la Dirección General de Modernización.

— Orden 10-9-2007. Aprueba medidas para el control de las especies vegetales exóticas invasoras en la Comunitat Valenciana.

— Orden 21-9-2007. Título y carné de familia numerosa expedidos en la Comunitat Valenciana.

— Acuerdo 19-6-2007. Dispone la publicación de creación, modificación o supresión de ficheros de datos de carácter personal.

— Acuerdo 31-10-2007. Notificación e inscripción de ficheros de datos de carácter personal a la Agencia Española de Protección de Datos.

— Acuerdo de 8-11-2007. Creación de ficheros de datos de carácter personal de titularidad pública.

II. Información de actividades

ARAGÓN

En el mes de noviembre de 2007, organizado por el «Justicia de Aragón» y en el que participa, entre otros, el Decanato Autonómico de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Aragón, tuvieron lugar los DECIMOSÉPTIMOS ENCUENTROS DEL *FORO DE DERECHO ARAGONÉS*, con arreglo al siguiente programa:

Día 6, en Zaragoza: «La Junta de Parientes en la nueva regulación de la Ley de Derecho de la Persona: Composición y Funcionamiento». Ponente: Don Fernando Agustín BONAGA, Notario.

Coponentes: Don José Luis ARGUDO PÉRIT, Profesor Titular de la Escuela Universitaria de Estudios Sociales, y don David ARBUÉS AÍSA, Abogado y miembro de la Comisión de Derecho Civil.

Día 13, en Zaragoza: «Los menores e incapacitados en situación de desamparo».

Ponente: Don Luis Carlos MARTÍN OSANTE, Magistrado del Juzgado de Menores. Coponentes: Doña Aurora LÓPEZ AZCONA, Profesora Titular de Derecho Civil, y don Carlos SANCHO CASAJÚS, Fiscal de Menores.

Día 20, en Zaragoza: «Régimen jurídico de las urbanizaciones privadas».

Ponente: Don Dimitri BERBEROFF AYUDA, Magistrado de lo Contencioso-Administrativo del TSJ y Letrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Coponentes: Don Javier LARDIÉS RUIZ, Registrador de la Propiedad, y don Ignacio PEMÁN GAVÍN, Abogado.

Día 27, en Teruel: «La disposición de bienes de menores e incapacitados». Ponente: Don Luis Alberto GIL NOGUERAS, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia.

Coponentes: Don Luis Arturo PÉREZ COLLADOS, Notario, y don Alberto M. ADÁN GARCÍA, Registrador de la Propiedad.

El día 8 de noviembre, el Grupo de Investigación Nulidad, dentro del SEMINARIO PERMANENTE SOBRE VALIDEZ, INVALIDEZ E INEFICACIA DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA, celebró la segunda sesión del curso; en esta ocasión fueron objeto de debate:

La sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de septiembre de 2006, sobre *Impugnación de acuerdos de Sociedades Anónimas: concepto de orden público*. Intervino como ponente el Profesor José Luis ARGUDO PÉRIZ.

Don Ricardo OLIVA presentó su proyecto de tesis doctoral sobre el tema *Regulación jurídica de la neutralización como un especial mecanismo de ineficacia contractual en las ofertas públicas de adquisición*.

En el apartado de actualidad, la Profesora doña María MARTÍNEZ MARTÍNEZ dio cuenta, desde el punto de vista de la validez de los actos jurídicos, de:

1. Entrada en vigor de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre *Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores*.
2. Validez y eficacia de la actividad administrativa: *Nueva red de administración electrónica en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*.
3. Nuevo Estatuto del Trabajo Autónomo: *Validez de contratos, pactos y cláusulas y capacidad laboral del menor de edad*.

El Profesor DELGADO ECHEVERRÍA dio cuenta sobre la Resolución de la DGRN, de 1 de octubre de 2007, sobre *Acreditación del régimen económico-matrimonial legal y otras muchas cuestiones*.

El 20 de noviembre, dentro de las AULAS DE CONSUMO organizadas por el Gobierno de Aragón, se celebró la Ponencia «Educación a distancia». Trató sobre la contratación y realización de cursos por Internet, la enseñanza no reglada a distancia y de la educación oficial a distancia.

Los días 22 y 23 de noviembre, organizadas por el Gobierno de Aragón, se celebraron las JORNADAS SOBRE *LOS NUEVOS ESTATUTOS EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS DE LA ANTIGUA CORONA DE ARAGÓN*, con arreglo al siguiente programa:

Día 22: «El Derecho Civil en los territorios de la antigua Corona de Aragón, origen y situación actual de desarrollo».

Ponentes: Don Jesús DELGADO ECHEVARRÍA, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza; don Joan EGEA FERNÁNDEZ, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra; don José M.^a QUINTANA PETRUS, Registrador de la Propiedad, y don Francisco Javier ORDUÑA MORENO, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.

«Los derechos históricos y su actualización dentro del marco constitucional». Ponentes: Don Jesús MORALES ARRIZABALAGA, Profesor Titular de Historia del Derecho de la Universidad de Zaragoza; don Joaquim FERRET I JACAS, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Barcelona; don Vicente CALLAFELL FERRÁ, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Islas Baleares, y don Vicente GARCÍA EDO, Profesor Titular de Historia del Derecho de la Universidad de Jaime I.

Día 23: «El marco competencial de los nuevos Estatutos de Autonomía, delimitación y nuevas competencias».

Ponentes: Don Antonio EMBID IRUJO, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza; don Ramón RIU I FORTUNY, Subdirector General de Cuestiones Constitucionales del Gabinete Jurídico de la Generalitat; doña María Ángeles BERROCAL VELA, Letrada de la Abogacía de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, y don Javier GUILLEM CARRAU, Letrado Mayor de las Corts Valencianes.

El día 26 de noviembre se presentó el LIBRO *HOMENAJE A DON PABLO CASADO BURBANO*, editado, conjuntamente, por la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación y el Colegio de Registradores de España.

Los días 28 y 29 de noviembre se celebraron las QUINTAS JORNADAS CONSTITUCIONALES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA Y DEL «JUSTICIA DE ARAGÓN», *CONSTITUCIÓN Y EXTRANJERÍA: UN RETO DEL PRESENTE*, con arreglo al siguiente programa:

Día 28: «Constitución, derechos fundamentales y multiculturalidad», a cargo de don José Manuel BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, Magistrado del Tribunal Supremo.

«Doble presencia, doble ausencia: Superar la extranjería para gestionar la inmigración», por don Javier DE LUCAS MARTÍN, Director del Colegio de España en París, Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Valencia.

Mesa redonda sobre «Integración y defensa de los inmigrantes en Aragón».

Día 29: «La Constitución en un mundo de pluralidad de ideas, creencias e intercambios de personas», a cargo de don Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid.

«Política de extranjería vista a través de la actividad del Consejo de Europa y de su Comisario», por don Álvaro GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, Defensor del Pueblo de España (1988-1993), Comisario Europeo para los Derechos Humanos (1999-2006), Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid.

El día 30 de noviembre tuvo lugar el ACTO DE CLAUSURA DEL *PRIMER CURSO EN LÍNEA PARA JUECES Y MAGISTRADOS*.

La Lección de Clausura la pronunció don Juan Antonio XIOL RÍOS, Presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, sobre «La

función casacional del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia».

El día 8 de diciembre, dentro de las AULAS DE CONSUMO organizadas por el Gobierno de Aragón, tuvo lugar la ponencia *La influencia de la sociedad de consumo en el medio ambiente y la salud*.

Los días 12 y 13 de diciembre tuvo lugar el SEMINARIO *MEDIO AMBIENTE E INTERPRETACIÓN DEL PATRIMONIO*, organizado por el Gobierno de Aragón.

El día 13 de diciembre, dentro del SEMINARIO PERMANENTE SOBRE *VALIDEZ, INVALIDEZ E INEFICACIA*, fue objeto de debate:

La sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de septiembre de 2006, sobre *División de concesión administrativa de tierras con acceso a la propiedad (legalmente indivisible). Nulidad Parcial*. Intervino como ponente el profesor Jesús DELGADO ECHEVERRÍA.

Cuestiones de validez y eficacia en la nueva regulación del derecho de superficie, a cargo de la profesora Sofía DE SALAS MURILLO.

Por último, las profesoras Carmen BAYOD LÓPEZ y M.^a Teresa ALONSO PÉREZ se ocuparon de la actualidad doctrinal desde el punto de vista de la validez de los actos jurídicos.

MADRID

El día 14 de octubre se celebró, dentro del FORO *URBANISMO, CONSTRUCCIÓN E INMOBILIARIO*, organizado por la Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa, la Segunda Sesión *NUEVA LEY DEL SUELO Y ASPECTOS REGISTRALES*:

Ponentes: Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad, Letrado en la Dirección General de los Registros y del Notariado. FRANCISCO REDONDO, Abogado de Ventura-Garcés & López-Ibor.

Asistentes: A esta sesión acudieron profesionales que prestan sus servicios en relación con asuntos del sector urbanístico e inmobiliario, así como Registradores de la Propiedad y expertos civilistas.

Resumen: Se realizó un análisis del alcance de los párrafos 2 y 3 del artículo 19 de la nueva Ley del Suelo, que establece el control por parte de Notarios y Registradores de la acreditación documental del

cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios y el otorgamiento de las autorizaciones administrativas que prevé la legislación de ordenación territorial y urbanística.

Así, se comentaron las dudas sobre qué documentos han de incorporarse a las escrituras de declaración de obra nueva terminada o actas de fin de obra, sobre todo en relación con la licencia de primera ocupación, lo cual habría de resolverse atendiendo a la interpretación de la Ley del Suelo conforme a su finalidad y fundamento constitucional, en función del reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de urbanismo y vivienda, y según la interpretación que del citado precepto ha realizado la Resolución Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de julio de 2007.

Además, se abordaron los demás aspectos registrales de la nueva Ley del Suelo, tales como: concepto de finca registral; vinculación a terceros del planeamiento y de convenios urbanísticos; fincas volumétricas bajo el subsuelo; licencias de segregación en supuestos especiales como divisiones horizontales y transmisión de cuotas indivisas; derecho de superficie; limitaciones a las enajenaciones de patrimonio municipal del suelo; expropiación forzosa y reversión; constancia registral de fincas afectadas por incendios, entre otras.

Los días 13 y 14 de diciembre de 2007 se celebraron las JORNADAS SOBRE *DERECHO PRIVADO EUROPEO*, en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Estas jornadas se han concebido desde una perspectiva de reflexión multidisciplinar. Se dividen en tres sesiones de trabajo:

Primera sesión: Tiene por objeto una visión general de las distintas vías de desarrollo del Derecho Privado europeo.

Segunda sesión: Se descende al ámbito concreto del Derecho Privado Material, Civil y Mercantil.

Tercera sesión: Se abre al panorama de un Derecho Privado europeo en el seno más amplio del Derecho Internacional.

El día 21 de diciembre de 2007 tuvo lugar la JORNADA SOBRE *LA LEY DE REFORMA DEL MERCADO HIPOTECARIO* en el Salón de Actos de la Confederación Española de Cajas de Ahorros.

Programa:

Mesa redonda: *Valoración general de la reforma de la Ley Hipotecaria.*

Intervienen:

Doña Soledad NÚÑEZ RAMOS, Directora General, Dirección General del Tesoro y Política Financiera.

Doña Pilar BLANCO-MORALES LIMONES, Directora General, Dirección General de los Registros y del Notariado.

Don José María MÉNDEZ ÁLVAREZ-CEDRÓN, Director General Adjunto, Área Asociativa; Secretario General, Confederación Española de Cajas de Ahorros.

Ponencias:

«Modificaciones en el Régimen Jurídico de las Entidades de Crédito y de las Sociedades de Tasación», por doña Marta DE CASTRO APARICIO, Subdirectora General de Legislación y Política Financiera, Dirección General del Tesoro y Política Financiera.

«El nuevo Régimen de Compensación por amortización anticipada y la hipoteca inversa», por don Gonzalo GARCÍA ANDRÉS, Subdirector General de Análisis Financiero y Estratégico, Dirección General del Tesoro y Política Financiera.

«Los nuevos títulos del Mercado Hipotecario», por don José Manuel GÓMEZ DE MIGUEL, Jefe de la División de Regulación y Transparencia, Banco de España.

«Nuevas modalidades de hipotecas», por don Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

El 17 de enero de 2008 tuvo lugar, en el Colegio de Registradores de la Propiedad, el SEMINARIO *LAICISMO Y CONSTITUCIÓN*, organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Ponente: Don Alfonso RUIZ MIGUEL, Catedrático de Filosofía del Derecho de la UAM.

Contraponente: Don Rafael NAVARRO VALLS, Catedrático de Derecho Eclesiástico de la Facultad de Derecho UCM. Académico-Secretario General de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

VALENCIA

Entre los días 20-22 de mayo de 2008 tendrá lugar el XVI CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO REGISTRAL en la ciudad de Valencia (España), organizado por la Secretaría General del CINDER y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Presentación: por don Enrique RAJOY BREY, Secretario General de CINDER.

Una vez más, los Registradores trataremos de aportar ideas y experiencia para la resolución de los múltiples problemas que suscitan dos de los temas que más documentación han generado en los últimos años: los requisitos que el control de legalidad ha de reunir para la existencia de un sistema eficiente de seguridad jurídica privada y la influencia que este sistema tiene en la creación y el desarrollo de un mercado secundario.

Dos son fundamentalmente los riesgos que amenazan la seguridad jurídica privada.

El primero consiste en el empeño de ciertas Administraciones Públicas y, a su través, de los gobernantes que las controlan en reservarse la competencia de atribuir la titularidad de los derechos reales, así como de definir el elenco de facultades que cada uno comprende y el orden de prioridad entre los de garantía.

La utilización abusiva o arbitraria de esta competencia, normalmente con el fin de obtener ciertos beneficios políticos, suele constituir el colofón de esta práctica, circunstancia que, como es fácil de comprender, choca frontalmente con la seguridad jurídica.

El segundo riesgo se encuentra en el extremo opuesto: en permitir que el mercado, que los operadores que concurren en él en régimen de libre competencia, asignen, definan y ordenen los derechos reales. Los efectos externos o, lo que es igual, la presencia de terceros ajenos a un negocio jurídico que, no obstante, pueden resultar afectados por él, impone la necesidad de excluir la posibilidad de elegir al regulador que ha de determinar la manera en que esos terceros han de quedar sujetos a los efectos de tal negocio.

De otro modo, la misma estructura del mercado primará inexcusablemente los intereses de los grandes agentes en perjuicio de los más pequeños. La experiencia (recuérdese, por ejemplo, los casos Enrom o World.com), confirma la importancia, la certeza de esta amenaza.

La independencia del regulador es, asimismo, un presupuesto necesario para que los pequeños ahorradores inviertan en el mercado secundario.

Se trata de uno de los mecanismos más importantes con que las entidades de crédito cuentan para financiarse y obtener así un capital que, una vez devuelto al mercado, contribuye al fortalecimiento de éste.

Esta operación supone, pues, el reparto del riesgo que la concesión de un préstamo siempre conlleva. De ahí, la especial trascendencia que su eliminación presenta.

La eficiencia del Registro de la Propiedad está en íntima conexión con esta supresión, de modo que, sin ninguna duda, cabe afirmar que cuanto mayor sea, menor será el peligro que corre la inversión de las personas que acuden a ese mercado secundario.

Es obvio que nuestro conocimiento de estos temas no alcanza para analizarlos con la profundidad que deseamos. Por esta causa, esperamos contar con la participación de representantes de otros sectores (construcción, bancario, judicial, universitario, etc.) que nos ayudarán en su estudio, que nos ayudarán a formular las conclusiones más ajustadas.

Ahora bien, su colaboración no mengua la importancia de la vuestra; al contrario, la complementa y, por esta misma causa, porque amplía sus horizontes, porque sirve para que los Registradores conozcamos los problemas concretos que los usuarios de nuestros servicios, que los beneficiarios de ellos, se encuentran, la realza.

Creo que la trascendencia de las cuestiones que vamos a abordar, que los ataques y dificultades con que la seguridad jurídica privada se está topando en muchos países, que la necesidad de construir mercados secundarios fuertes y seguros, constituye un estímulo suficiente para superar los inconvenientes de todo tipo que la asistencia a un Congreso siempre supone. Espero que vosotros también lo entendáis así y que, con vuestra presencia y trabajo, contribuyáis al éxito del evento que, si sucede, lo será de toda la sociedad.

TEMARIO:

Tema 1: *Seguridad jurídica y mercado secundario.*

1. «Incidencia de una eficiente organización de los derechos reales en la titulación de las hipotecas».
2. «La publicidad registral de las cláusulas de las hipotecas como base de la seguridad jurídica».
3. «Análisis de los diferentes modelos y tendencias en el mercado secundario».

Tema 2: *El control de legalidad en la atribución de los derechos reales.*

1. «Presupuestos de un eficiente control de legalidad».
2. «Control de legalidad y efectos jurídicos del Registro».
3. «Control de legalidad y responsabilidad».

INFORMACIÓN
BIBLIOGRÁFICA

VARIOS AUTORES, *La contratación bancaria*, Ed. Dykinson, 2007, 1.499 págs.

por

DAVID-ALEJANDRO RODRÍGUEZ SÁNCHEZ
Registrador de la Propiedad

Bajo la dirección de Adolfo SEQUEIRA, Enrique GADEA y Fernando SACRISTÁN, se agrupan hasta treinta y siete autores para elaborar la presente obra, dividida en dos partes. La primera: *El marco general de la contratación bancaria*, que comprende tres capítulos: «Sistema bancario», «Aspectos generales», y «Aspectos penales y fiscales de la contratación bancaria», nos introduce en el estudio de esta materia, para en la segunda, centrarse en *Los contratos bancarios*, donde se analiza el contrato de cuenta corriente, de captación de pasivo, de financiación —tales como el renting, el factoring o el leasing financiero—, de intermediación en el pago, de garantía y de inversión. Dentro de cada capítulo nos encontramos con varios «temas». Así, dentro del capítulo segundo hallamos el tema 6: *Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El Registro de las condiciones generales de la contratación y la eficacia de la inscripción*, cuyo autor, Javier GÓMEZ GÁLIGO —Registrador de la Propiedad y Mercantil— nos acerca al estudio de las condiciones generales en el ámbito bancario.

Dividido en quince puntos y dos anexos, empieza señalando que, si bien es cierto que los contratos bancarios son normalmente contratos de adhesión con condiciones generales (cuya definición legal, nulidad en caso de abuso y medidas de transparencia, se contemplan, respectivamente, en los arts. 1.1, 8.2 y 5 de la Ley 7/98, de 13 de abril), ello no significa que todo contrato bancario sea de adhesión, pues en ocasiones pueden negociarse las cláusulas contractuales —lo que impediría su conceptualización como condición general, aunque no necesariamente su calificación como de adhesión, y que son objeto de estudio en el punto doce—, lo que no evitaría la aparición de casos de abuso, cuyo amparo no vendría determinado por la legislación dictada en el ámbito de protección del consumidor, sino por las reglas generales de las obligaciones y contratos.

Configurado el marco de las cláusulas abusivas en los puntos uno y dos, y tras precisar en el punto tres al consumidor como persona física o jurídica que adquiere un producto financiero de forma ajena a su actividad profesional —limitando no obstante, la Disposición Adicional 1.^a de la LGDCU, la nulidad de las cláusulas abusivas a las relaciones entre profesional y consumidor—, define en el punto cuarto, las cláusulas abusivas en los contratos bancarios como «*estipulaciones distintas del precio o cuantía de la contraprestación del producto financiero, que producen en contra de la buena fe un desequilibrio*

importante entre las partes contratantes en perjuicio del consumidor», sin que el precio nunca pueda ser abusivo (a estos efectos, la sentencia de 11 de septiembre de 2001 del Juzgado de 1.ª Instancia de Madrid, declaró la nulidad de la condición general que establecía el redondeo por exceso de tipo del interés resultante de la aplicación del índice pactado en los préstamos hipotecarios). El análisis de qué cláusula es abusiva se realiza en los puntos quinto (listado de la Disposición Adicional 5.ª LGDCU) y sexto (supuestos aplicables a la contratación bancaria, ya sean como desequilibrios contractuales o como privaciones de derechos básicos de los consumidores).

Como no podía ser de otro modo, se articulan una serie de medios para combatir las cláusulas abusivas, que son objeto de análisis en los puntos siete y ocho, plasmándose en la posibilidad de ejercitar acciones individuales (por los consumidores afectados) o colectivas (por determinados órganos o entidades, como las Asociaciones de Consumidores o el Ministerio Fiscal ante los jueces de lo Mercantil). Éstas podrán ser de *cesación, retractación o declaración*, según estén dirigidas a obtener una sentencia que ordene el cese de su utilización, la recomendación de su uso o el reconocimiento de la cláusula como condición general, teniendo las dos primeras un plazo de prescripción de cinco años en caso de inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la contratación —pues en caso contrario serán imprescriptibles, al igual que ocurre con las declarativas, que lo son en todo caso—. No obstante, como precisa el autor en el punto catorce, antes de la interposición de las acciones colectivas, las partes pueden someter la cuestión ante el Registrador provincial de condiciones generales de la contratación para que emita, en un plazo de quince días, dictamen sobre las cláusulas controvertidas.

Visto lo anterior, este Registro —que estando regulado en el art. 11 LCGC, tuvo su precedente en la Directiva 93/13— se revela con una fundamental importancia en la materia, considerándose un «*Registro del Estado, de trascendencia jurídica, que tiene por objeto la publicidad de las condiciones generales de la contratación, así como las resoluciones judiciales sobre su eficacia*». Se encuentra a cargo de un Registrador de la Propiedad y Mercantil, y aunque tiene una naturaleza específica y diferente a los Registros Mobiliarios, por sugerencia del Consejo de Estado y razones de economía de medios —que la STS de 12 de febrero de 2002 consideró válida— se integró en el Registro de Bienes Muebles, como una sección separada del mismo. Se caracteriza por ser un Registro: a) *Estatál* (no sometido por tanto a las competencias de las CCAA, en base al art. 149.1.8 CE); b) *De Calificación Atenuada* (pues sólo abarca el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios para el depósito de las condiciones, sin que pueda extenderse a su validez); c) *De Folio Personal* (para cada profesional), y d) *De Trascendencia Jurídica* (aunque sin llegar a la radical eficacia del Registro de la Propiedad o Mobiliario). Pueden practicarse *inscripciones* (de las cláusulas contractuales que contengan condiciones generales —que es voluntaria, salvo que el Gobierno la imponga como obligatoria—, de las ejecutorias que recojan sentencias firmes estimatorias de acciones colectivas, así como la utilización persistente de cláusulas declaradas judicialmente nulas), o *anotaciones preventivas* (prorrogables del ejercicio de las acciones individuales y colectivas). En cuanto a sus efectos, destaca la *Prescripción* de las acciones colectivas, el *Efecto prejudicial* o «*Ultra Partes*» (esto es, la posible extensión de la eficacia de una sentencia a quienes no han sido parte en el correspondiente proceso, contenida en el art. 20.1 de la Ley, derogado por la LEC de 7 de enero de 2000 para ser recogida en cierta medida

por este cuerpo legal) y un *Efecto erga omnes* por el que, sin perjuicio de que el control de la adecuación de los contratos bancarios al ordenamiento jurídico corresponda en última instancia al Juez, los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles no autorizarán ni inscribirán, de conformidad con el artículo 10.6 de la Ley 26/1984, contratos o negocios jurídicos que contengan cláusulas declaradas nulas por abusivas e inscritas en este Registro (efecto que se analiza con mayor profundidad en el décimo punto de la obra que nos ocupa, y que se traduciría en una abstención de los Notarios en la autorización de instrumentos públicos y en una calificación negativa por parte de los Registradores en caso de existir cláusulas abusivas —y aunque la DGRN, en Resolución de 19 de abril de 2006, ya señaló la imposibilidad de que la calificación registral se extendiera a todo tipo de condiciones generales, la propia calificación sobre la persistencia en el uso de cláusulas abusivas declaradas judicialmente nulas, es prueba de que no se limita a extremos meramente formales—).

En definitiva, esta obra, en la que se agrupa una materia caracterizada por su dispersión legislativa y doctrinal, permite acercar el contrato bancario al lector que quiere tener una idea amplia del mismo, y de la que el tema seis reseñado es buena muestra.

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Número 236 (Septiembre-Octubre 2007)

«De la ciudad pública a la urbanización privada: el derecho en la encrucijada»,
por Orlando Daniel PULVIRENTI, pág. 11.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: 1.1. APRECIACIONES GENERALES. 1.2. LA MULTIPLICIDAD DE CAUSAS Y LA INSUFICIENCIA DEL DERECHO PARA CONTEMPLAR LAS MISMAS. 1.3. LA HIPÓTESIS.—2. EL TEMA EN ALGUNOS FALLOS PARADIGMÁTICOS DEL DERECHO PRIVADO.—3. EL CONSENTIMIENTO, LA LIBERTAD Y EL EMPRENDIMIENTO URBANO PRIVADO.—4. ¿HACIA LA CIUDAD PRIVADA?—5. CONCLUSIONES.

«La gestión directa de las actuaciones integradas en la Ley Urbanística valenciana bajo el prisma de la legislación estatal y comunitaria», por Marcos PUCHALT RUIZ, pág. 37.

SUMARIO: I. PRELIMINAR.—II. EL RETORNO AL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.—III. LA EJECUCIÓN DE LOS PLANES DE URBANISMO Y EL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO.—IV. LA GESTIÓN DIRECTA DE ACTUACIONES INTEGRADAS POR LA PROPIA ENTIDAD LOCAL (AYUNTAMIENTO) EN LA LUV. LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 128.3 DE LA LUV.—V. LA PREVISIÓN DEL PROGRAMA EN EL PRESUPUESTO MUNICIPAL PARA GESTIONAR UNA ACTUACIÓN INTEGRADA POR GESTIÓN DIRECTA.—VI. LA TRANSPOSICIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO EN LA LUV. LA EJECUCIÓN DE LAS PREVISIONES DEL PROGRAMA UNA VEZ PREVISTO EN EL PRESUPUESTO MUNICIPAL. EN ESPECIAL, LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE URBANIZACIÓN POR EL AYUNTAMIENTO.—VII. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PROGRAMAS Y EL PROCEDIMIENTO PARA SU APROBACIÓN POR GESTIÓN DIRECTA.

«La situación legal de ruina de los edificios en la legislación andaluza», por Francisco Manuel LÓPEZ SÁNCHEZ, pág. 91.

SUMARIO: I. EL ESTADO RUINOSO DE LOS EDIFICIOS. NOCIONES GENERALES.—II. LOS SUPUESTOS LEGALES DE RUINA. LA RUINA FÍSICA INMINENTE.—III. EL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE

RUINA Y LOS CARACTERES DEL ACTO DE DECLARACIÓN DE RUINA.—IV. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE RUINA.

«La venta de viviendas sobre plano: riesgos del comprador y tutela jurídica», por Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ, pág. 143.

SUMARIO: 1. DELIMITACIÓN DE NUESTRO OBJETO DE ESTUDIO.—2. LA CONFORMIDAD DEL PISO O VIVIENDA FUTURA CON LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.—3. LA ALTERACIÓN DE LAS CARACTERÍSTICAS DEL PISO FUTURO.—4. LAS SITUACIONES DE INSOLVENCIA DEL PROMOTOR.—5. INCONVENIENTES DE CONSIDERAR PROPIETARIO AL COMPRADOR DE PISO FUTURO.—6. RÉGIMEN JURÍDICO DEL ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DEL PISO EN CONSTRUCCIÓN: 6.1. REGULACIÓN LEGAL. 6.2. LA DOCTRINA DE LA DGRYN. 6.3. LA IMPOSIBLE RELACIÓN ENTRE EL DERECHO AL PISO FUTURO Y EL DERECHO REAL DE PROPIEDAD. 6.4. FINALIDAD TUITIVA DE LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO AL PISO FUTURO COMO UN DERECHO DE PROPIEDAD Y DE SU CONSIGUIENTE INSCRIPCIÓN REGISTRAL. 6.5. ALCANCE CUANTITATIVO DE ESTA PROTECCIÓN REGISTRAL.—7. EL DAÑO MORAL Y SU INDEMNIZACIÓN EN EL CASO DE INCUMPLIMIENTO DE CONTRATOS DE VENTA DE PISOS EN CONSTRUCCIÓN.

Número 237 (Noviembre 2007)

«El nuevo marco general que para la ordenación territorial y urbanística define la Ley 8/2007, del Suelo», por Luciano PAREJO ALFONSO, pág. 11.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA PROCEDENCIA DE UNA NUEVA LEY GENERAL.—2. LOS OBJETIVOS DE LA LEY.—3. EL NUEVO Y DOBLE ENFOQUE: ESTATUTO DEL CIUDADANO Y ACCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS.—4. LA DIFERENCIACIÓN DEL RÉGIMEN BÁSICO DEL SUELO Y DE LAS ACTUACIONES DE URBANIZACIÓN.—5. LA «TRADUCCIÓN» EN UN NUEVO SISTEMA DE VALORACIÓN.

«La aplicación de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, y los títulos competenciales del Estado», por José Manuel DÍAZ LEMA, pág. 41.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA APLICACIÓN DE LA LEY 8/2007, Y LAS COMPETENCIAS LEGISLATIVAS DEL ESTADO.—II. APLICACIÓN DE LA LEY 8/2007, Y COMPETENCIAS EXCLUSIVAS DEL ESTADO.—III. APLICACIÓN DE LA LEY 8/2007, Y COMPETENCIAS BÁSICAS DEL ESTADO: A) EL RECURSO AL DERECHO SUPLETORIO ESTATAL: LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS 1.^a, 2.^a y 4.^a: 1. *Disposición Transitoria primera: la reserva de suelo para vivienda protegida:* a) Significación general; b) La regulación concreta de la Transitoria 1.^a 2. *Disposición Transitoria segunda: deberes de las actuaciones de dotación:* a) Significación general; b) La regulación concreta. 3. *Disposición Transitoria cuarta: criterios mínimos de sostenibilidad.* B) LA APLICACIÓN INMEDIATA DE LA LEY 8/2007, Y LA PREVALENCIA DEL DERECHO ESTATAL.—IV. CONCLUSIÓN.

«La incidencia de la tipología suelo urbanizado-suelo rústico de la Ley 8/2007 sobre la clasificación de suelo establecida por las leyes autonómicas. Incidencia sobre el régimen jurídico del suelo urbano, urbanizable y no urbanizable», por Ángel MENÉNDEZ REXACH, pág. 63.

SUMARIO: 1. LA CLASIFICACIÓN DEL SUELO EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL ANTERIOR.—2. EL ABANDONO DE LA CLASIFICACIÓN DEL SUELO POR SER TÉCNICA URBANÍSTICA.—3. LA SEPARACIÓN DEL ESTATUTO DE LA PROPIEDAD Y LA PROMOCIÓN.—4. EL SUELO RURAL.—5. EL SUELO URBANIZADO.

«Los derechos y deberes de los ciudadanos respecto del suelo», por Felipe IGLESIAS GONZÁLEZ, pág. 83.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS DERECHOS DEL CIUDADANO EN RELACIÓN AL SUELO: a) DERECHO A DISFRUTAR DE UNA VIVIENDA DIGNA, ADECUADA Y ACCESIBLE; b) DERECHO A ACCEDER A LA UTILIZACIÓN DE DOTACIONES PÚBLICAS; c) ACCESO A LA INFORMACIÓN URBANÍSTICA; d) RECIBIR INFORMACIÓN DE LAS CONDICIONES URBANÍSTICAS DE UNA FINCA DETERMINADA; e) PARTICIPACIÓN EN LA ELABORACIÓN Y TRAMITACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO; f) EJERCICIO DE LA ACCIÓN PÚBLICA.—3. LOS DEBERES DE LOS CIUDADANOS EN RELACIÓN AL SUELO: a) RESPETAR EL MEDIO AMBIENTE, EL PATRIMONIO HISTÓRICO Y EL PAISAJE NATURAL URBANO; b) HACER UN USO RACIONAL Y ADECUADO DE LOS BIENES DE DOMINIO PÚBLICO, DE LAS INFRAESTRUCTURAS Y DE LOS SERVICIOS URBANOS; c) ABSTENERSE DE REALIZAR ACTUACIONES QUE COMPORTE RIESGO DE PERTURBACIÓN O LESIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS O DE TERCEROS; d) CUMPLIR LOS REQUISITOS Y CONDICIONES DE LA NORMATIVA REGULADORA DE LAS ACTIVIDADES MOLESTAS, INSALUBRES, NOCIVAS Y PELIGROSAS.—4. EL DERECHO DE INICIATIVA PRIVADA EN LA URBANIZACIÓN.

«La práctica de las valoraciones en la Ley 8/2007, del Suelo», por Federico GARCÍA ERVITI, pág. 119.

SUMARIO: 1. APLICACIÓN DE LA LEY A LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS Y DE OTRA NATURALEZA.—2. LAS SITUACIONES DE SUELO RURAL Y URBANIZADO EN EL PROCESO DE VALORACIÓN.—3. VALORACIÓN TRANSITORIA DEL SUELO URBANIZABLE SECTORIZADO.—4. EL MÉTODO DE CAPITALIZACIÓN EN LA VALORACIÓN DEL SUELO RURAL.—5. VALORACIÓN DEL SUELO VACANTE EN SUELO URBANIZADO.—6. VALORACIÓN DE LOS INMUEBLES EDIFICADOS EN SUELO URBANIZADO.—7. VALORACIÓN DE LOS VUELOS.—8. VALORACIÓN DE DERECHOS VINCULADOS.—9. VALORACIÓN DEL RIESGO EN LAS ACTUACIONES DE URBANIZACIÓN.—10. CONCLUSIÓN.

«Los patrimonios públicos de suelo en la Ley 8/2007, del Suelo», por Juan Antonio CHINCHILLA PEINADO, pág. 135.

SUMARIO: I. ALCANCE DE LA COMPETENCIA ESTATAL PARA ESTABLECER BASES DE LA PLANIFICACIÓN GENERAL DE LA ACTIVIDAD ECO-

NÓMICA COMO TÍTULO, COMPETENCIA QUE PERMITE AL ESTADO REGULAR LOS PATRIMONIOS PÚBLICOS DE SUELO: A) LA DOCTRINA DE LA STC 1997 SOBRE EL TEXTO REFUNDIDO DE 1992. B) LA PROYECCIÓN DEL TÍTULO COMPETENCIAL ESTATAL SOBRE LA REGULACIÓN DE LA LEY 8/2007, A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. ¿EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL QUEDA CIRCUNSCRITO SÓLO A AQUELLAS COMUNIDADES QUE NO TENGAN ASUMIDA LA COMPETENCIA EXCLUSIVA EN MATERIA DE PATRIMONIOS PÚBLICOS DE SUELO?—II. CONFIGURACIÓN DE LOS PATRIMONIOS PÚBLICOS DEL SUELO: A) PATRIMONIO SEPARADO. B) LA TRADUCCIÓN DINERARIA DE LOS BIENES DEL PATRIMONIO DEL SUELO SÓLO PUEDE DESTINARSE A SU CONSERVACIÓN, ADMINISTRACIÓN Y AMPLIACIÓN O A LOS USOS PROPIOS DE SU DESTINO.—III. EL DESTINO DE LOS BIENES INTEGRANTES DEL PATRIMONIO DE SUELO: A) LA CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS SOMETIDAS A ALGÚN RÉGIMEN DE PROMOCIÓN PÚBLICA U OTROS FINES DE INTERÉS SOCIAL. B) LA EXIGENCIA DE INCLUIR EN LOS ACTOS DE ENAJENACIÓN LAS LIMITACIONES O CONDICIONES DERIVADAS DE SU CONDICIÓN DE BIEN INTEGRANTE DEL PATRIMONIO PÚBLICO DEL SUELO.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN

«El derecho del trabajo frente a los cambios económicos y sociales», por Elías GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, pág. 13.

SUMARIO: I. DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES INDUSTRIALES.—2. EL MERCADO DE TRABAJO Y LAS RELACIONES LABORALES.—3. EL TRABAJO EN LOS MÁRGENES DEL ESTADO.—4. MODERNIZAR EL DERECHO DEL TRABAJO EN EUROPA.

«La supresión de las causas de separación y divorcio en la Ley 15/2005 y sus repercusiones en el Derecho Civil», por Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, pág. 53.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA REFORMA.—2. CONSTITUCIONALIDAD DE LA SUPRESIÓN DE LAS CAUSAS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO.—3. NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO TRAS LA LEY 15/2005.—4. POSIBILIDAD DE INDEMNIZAR LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA RUPTURA MATRIMONIAL IMPUESTA UNILATERALMENTE: 4.1. LA RUPTURA DE LA PROMESA DE MATRIMONIO Y SUS CONSECUENCIAS PATRIMONIALES. 4.2. CONSECUENCIAS PATRIMONIALES DE LA RUPTURA DE LAS UNIONES DE HECHO EN LA JURISPRUDENCIA. 4.3. POSIBLE INDEMNIZACIÓN DE DETERMINADOS DAÑOS PATRIMONIALES, CONSECUENCIA DE LA RUPTURA DEL MATRIMONIO IMPUESTA UNILATERALMENTE.—5. EL DERECHO DE ALIMENTOS DE LOS CÓNYUGES SEPARADOS.—6. LA REMISIÓN A LAS CAUSAS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO DENTRO DEL RÉGIMEN DE REVOCACIÓN DE DONACIONES POR RAZÓN DE MATRIMONIO: 6.1. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1.343 DEL CÓDIGO CIVIL TRAS LA REFORMA DE 1981. 6.2. POSIBLES INTERPRETACIONES A LA NO MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.343 DEL CÓDIGO CIVIL POR LA LEY 15/2005: 6.2.1. *Mantener como causa de revocación la imputabilidad de la crisis matrimonial a uno de los cónyuges.* 6.2.2. *Prescindir de las referencias a la separación y divorcio, pero incluir las crisis matrimoniales como causa de*

revocación por otras vías: 6.2.2.1. Donaciones otorgadas por terceros. 6.2.2.2. Donaciones otorgadas por los futuros cónyuges. 6.2.3. *Considerar que estas donaciones no son ya revocables con motivo de la separación o el divorcio.* 6.3. REPERCUSIÓN DE LA LEY 15/2005 EN LA REGULACIÓN DE LAS DONACIONES POR RAZÓN DE MATRIMONIO EN LOS DERECHOS CIVILES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.—7. INCIDENCIA DE LA DESAPARICIÓN DE LAS CAUSAS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO EN EL DERECHO DE SUCESIONES: LOS DERECHOS DEL CÓNYUGE VIUDO: 7.1. LOS DERECHOS LEGITIMARIOS Y LA SUCESIÓN INTESTADA DEL CÓNYUGE SEPARADO TRAS LA REFORMA DE 1981. 7.2. LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE SEPARADO EN LA LEY 15/2005. 7.3. REPERCUSIÓN DE LA LEY 15/2005 EN LA REGULACIÓN DE LA SUCESIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO EN LOS DERECHOS CIVILES AUTONÓMICOS.—8. CONSIDERACIONES FINALES.—9. BIBLIOGRAFÍA.

«Algunas cuestiones sobre el régimen de los patrimonios públicos del suelo. La Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo», por Tomás QUINTANA LÓPEZ, pág. 113.

SUMARIO: 1. HITOS DE UN PERÍODO: 1956-1997.—2. CLAVES JURISPRUDENCIALES EN LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 276 Y 280.1 TRLS 92.—3. EL DESTINO DE LOS BIENES DE LOS PATRIMONIOS PÚBLICOS DEL SUELO EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA. DIFÍCIL CONVIVENCIA CON LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.—4. LOS PATRIMONIOS PÚBLICOS DEL SUELO EN LA LEY 8/2007, DE 28 DE MAYO, DE SUELO: 4.1. TITULARIDAD COMPETENCIAL DEL ESTADO PARA REGULAR LOS PATRIMONIOS PÚBLICOS DEL SUELO. 4.2. COBERTURA LEGAL DE NUEVOS DESTINOS DE LOS BIENES DE LOS PATRIMONIOS PÚBLICOS DEL SUELO.—5. BIBLIOGRAFÍA.

«La inadmisión de los recursos de casación laboral por falta de contenido casacional: antecedentes y análisis crítico de la jurisprudencia», por María José MASCARELL NAVARRO, pág. 137.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: SITUACIÓN ANTERIOR A LA LEY 7/1989, DE 12 DE ABRIL, DE BASES DE PROCEDIMIENTO LABORAL.—2. LA LEY 7/1989, DE 12 DE ABRIL, DE BASES DE PROCEDIMIENTO LABORAL: LA FALTA DE CONTENIDO CASACIÓN COMO CAUSA DE INADMISIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN: 2.1. ADECUACIÓN DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN A LA LOPJ DE 1 DE JULIO DE 1985: 2.1.1. *Modificaciones en el recurso de suplicación.* 2.1.2. *Modificaciones en el recurso de casación.* 2.1.3. *Creación del recurso de casación para la unificación de doctrina.* 2.2. FACILITACIÓN DEL DERECHO A UNA TUTELA JUDICIAL RÁPIDA Y EFICAZ: 2.2.1. *Establecimiento de un trámite de inadmisión ante el órgano judicial ad quem.* 2.2.2. *Modificación de las cuantías que permiten el acceso a los recursos de suplicación y casación.*—3. DESARROLLO DE LA LEY 7/1989, DE 12 DE ABRIL, DE BASES DE PROCEDIMIENTO LABORAL: EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 521/1990, DE 27 DE ABRIL, Y EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/1995, DE 7 DE ABRIL: 3.1. EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 521/1990, DE 27 DE ABRIL, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO ARTICULADO DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL: 3.1.1. *Trámite de inadmisión del recurso*

de casación ordinario. 3.1.2. Trámite de inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina. 3.2. EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/1995, DE 7 DE ABRIL, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL. 3.3. REFLEXIONES SOBRE EL TRÁMITE DE INADMISIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN EN EL PROCESO LABORAL.—4. POSIBLES ANTECEDENTES DE LA INADMISIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN LABORAL POR FALTA DE CONTENIDO CASACIONAL: 4.1. LA LEC, DE 1881. 4.2. LA LECRIM, DE 1882. 4.3. LA LOTC, DE 3 DE OCTUBRE DE 1979.—5. EL ARTÍCULO 50 DE LA LOTC COMO ANTECEDENTE DE LA INADMISIÓN, POR RAZONES DE FONDO, DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN LABORAL: 5.1. LA INADMISIÓN DEL RECURSO DE AMPARO POR FALTA DE CONTENIDO CONSTITUCIONAL. 5.2. EL PROCEDIMIENTO DE INADMISIÓN DEL RECURSO DE AMPARO. 5.3. INFLUENCIA DEL ARTÍCULO 50 DE LA LOTC EN LA INADMISIÓN, POR RAZONES DE FONDO, DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN PENAL, CIVIL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. 5.4. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 50 DE LA LOTC.—6. LA INADMISIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN LABORAL POR FALTA DE CONTENIDO CASACIONAL DE LA PRETENSIÓN: PUNTO DE PARTIDA.—7. JURISPRUDENCIA SOBRE LA INADMISIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN LABORAL POR FALTA DE CONTENIDO CASACIONAL DE LA PRETENSIÓN: 7.1. CUANDO NO EXISTA CONTRADICCIÓN ENTRE LA SENTENCIA RECURRIDA Y LA/S QUE SE CITAN COMO TÉRMINO DE COMPARACIÓN. 7.2. CUANDO RESULTE EVIDENTE QUE LA INFRACCIÓN LEGAL ALEGADA POR EL RECURRENTE NO CONSTITUYE MOTIVO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA: 7.2.1. *Porque el recurso no puede fundarse en las infracciones procesales alegadas.* 7.2.2. *Porque la omisión o cumplimiento defectuoso de los trámites previos al proceso que tratan de evitarlo no constituyen motivo de casación por quebrantamiento de forma.* 7.3. CUANDO RESULTE MANIFIESTO, ATENDIDA LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO, QUE LA INFRACCIÓN LEGAL ALEGADA POR EL RECURRENTE NO PUEDE PROSPERAR. 7.4. CUANDO LA SENTENCIA RECURRIDA CONTIENE UNOS PRONUNCIAMIENTOS PLENAMENTE COINCIDENTES CON LA DOCTRINA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO: 7.4.1. *Con la doctrina sentada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al estimar recursos de casación en supuestos sustancialmente iguales.* 7.4.2. *Con la doctrina establecida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al desestimar recursos de casación en supuestos sustancialmente iguales.* 7.4.3. *Con la doctrina mantenida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al estimar, en unos casos, y desestimar, en otros, recursos de casación en supuestos sustancialmente iguales.*—8. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA FALTA DE CONTENIDO CASACIONAL: 8.1. EL RECURSO DE CASACIÓN ORDINARIO. 8.2. EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. 8.3. CONCLUSIÓN.—9. LA TERMINACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN ORDINARIO Y DEL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA POR AUTO DE INADMISIÓN: ESTADÍSTICAS JUDICIALES.—10. LA INADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN POR FALTA DE INTERÉS CASACIONAL EN LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA 29/1998, DE 13 DE JULIO, Y EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000, DE 7 DE ENERO: 10.1. LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. 10.2. LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.—11. LA FALTA DE INTERÉS CASACIONAL EN EL PROCESO LABORAL.

«Evolución del tratamiento jurídico-penal de la imprudencia del personal médico-sanitario», por Carlos María ROMEO CASABONA, pág. 211.

SUMARIO: 1. LA EVOLUCIÓN DE LA MEDICINA COMO ACTIVIDAD MÁS EFICAZ, PERO TAMBIÉN FUENTE DE RIESGOS MAYORES. 2. LAS MANIFESTACIONES DE LA MALA PRAXIS MÉDICO-SANITARIA COMO FUENTE DE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR IMPRUDENCIA.— 3. LOS ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DE LA IMPRUDENCIA PUNIBLE DEL MÉDICO.—4. LA INOBSERVANCIA DEL CUIDADO DEBIDO: LOS DEBERES DE DILIGENCIA DEL PROFESIONAL DE LA MEDICINA: 4.1. ¿LA CAPACIDAD INDIVIDUAL COMO CRITERIO PARA DETERMINAR EL NIVEL EXIGIBLE DEL DEBER DE CUIDADO? 4.2. LA DIFÍCIL CONCRECIÓN DEL DEBER DE CUIDADO: PAUTAS PARA SU DETERMINACIÓN: 4.2.1. *La lex artis y la libertad de método o de tratamiento.* 4.2.2. *Las disposiciones reglamentarias. ¿Infracción de éstas como exigencia del comportamiento diligente?* 4.2.3. *El cuidado debido en la utilización de instrumentos y productos.* 4.2.4. *El deber de cuidado en el trabajo en equipo o con distribución de funciones.* 4.2.5. *El deber de cuidado en las diversas situaciones del médico.*—5. LA NECESIDAD DE LA PRODUCCIÓN DE UN RESULTADO LESIVO PARA EL PACIENTE: RESULTADO TÍPICO.—6. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE ACCIÓN IMPRUDENTE Y RESULTADO.—7. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO: 7.1. LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN EN LA IMPRUDENCIA: SU APLICACIÓN A LA MALPRAXIS MÉDICO-SANITARIA. 7.2. LA IMPUTACIÓN DE RESULTADOS DIFERIDOS, DE MANIFESTACIÓN TARDÍA O A LARGO PLAZO.—8. EL TIPO AGRAVADO DE IMPRUDENCIA PROFESIONAL.—9. ¿HOMICIDIO IMPRUDENTE O LESIONES IMPRUDENTES AL FETO? LA CUESTIÓN DEL OBJETO MATERIAL DEL DELITO.— 10. CONSIDERACIONES FINALES.

«Cuestiones generales sobre la Ley de Cooperativas de Castilla y León», por Luis Ángel SÁNCHEZ PACHÓN, pág. 253.

SUMARIO: PRELIMINAR: LA LEGISLACIÓN COOPERATIVA AUTONÓMICA EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.—2. ANTECEDENTES DE LA LEY 4/2002, DE COOPERATIVAS DE LA COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN. MODIFICACIONES Y DESARROLLOS POSTERIORES.—3. LOS MOTIVOS DE LA LEY Y CARACTERES GENERALES.— 4. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY.—5. CONCEPTO Y DISPOSICIONES GENERALES: 5.1. CONCEPTO Y CARACTERES DE LA COOPERATIVA EN CASTILLA Y LEÓN. 5.2. DENOMINACIÓN. 5.3. CAPITAL MÍNIMO; NÚMERO MÍNIMO DE SOCIOS; SECCIONES DE LA COOPERATIVA. 5.4. OPERACIONES CON TERCEROS.—6. PRINCIPALES ESPECIALIDADES DEL RÉGIMEN COOPERATIVO AUTONÓMICO.—7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

Número 2 (2007)

«La potestad jurisdiccional en materia de protección del menor (obligaciones de alimentos y derechos de custodia y de visita): énfasis en las relacio-

- nes comunitarias e internacionales del Reino de España con los estados de la Unión Europea y los estados y territorios de los Estados Unidos de América», por Wilkins ROMÁN SAMOT, pág. 127.
- «El silencio del acusado antes de convertirse en sospechoso de delito y su admisibilidad en un proceso criminal», por Cynthia I. CANDELARIA RAMOS, pág. 149.
- «Ley para la prevención e intervención de la violencia doméstica: origen y evolución legislativa y jurisprudencial», por Laura A. PAGAN SANTANA, pág. 167.
- «Inmunidad al patrono asegurado por el Fondo del Seguro del Estado: ¿Es una inmunidad patronal o un escudo a su responsabilidad?», por Déborah RODRÍGUEZ ORTIZ, pág. 187.
- «La responsabilidad por el pago de cheques bajo la firma falsificada del librador», por José Joaquín RODRÍGUEZ SANTIAGO, pág. 211.
- «El robo de identidad personal: evolución y contrastes jurídicos en contra de esta modalidad y su repercusión en la doctrina legal existente», por Ramón PLAZA MONTERO, pág. 235.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Número 2 (2007)

- «Towards a Legislative Codification of the Unidroit Principles?», por Michael JOACHIM BONELL, pág. 233.
- «Les règles d'interprétation des contrats dans les Principes d'Unidroit et la CVIM: entre unité structurelle et diversité fonctionnelle», por Mikaël F. NABATI, pág. 247.
- «L'article 10 du Traité de l'OHADA: quelle portée abrogatoire et supranationale?», por Parfait DIEDHIOU, pág. 265.
- «Conflit de normes en Droits communautaires OHADA et UEMOA», por Amadou TIDIANE NDIAYE, pág. 285.
- «Dispute Resolution in Matters Related to International Interests in Space Assets», por Juan LUEIRO GARCÍA, pág. 323.
- «The Applicable Law in Cross-Border Resales of Works of Art under Directive 2001/84/EC», por Matthias WELLER, pág. 335.

**BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO.
UNIVERSIDADE DE COIMBRA
Vol. LXXXII (2006)**

- «Princípios: entre a Sabedoria e a Aprendizagem», por José Joaquim GOMES CANOTILHO, pág. 1.
- «A Autonomia Financeira das Autarquias Locais», por José CASALTA NABAIS, pág. 15.
- «A Jurisprudência Constitucional Portuguesa diante das Ameaças à Liberdade Religiosa», por Jónatas E. M. MACHADO, pág. 65.
- «Jus Cosmopoliticum e Civilização de Direito: as “Alternativas” da Tolerância Procedimental e da Hospitalidade Ética», por José Manuel AROSO LINHARES, pág. 135.
- «É Bom Morar no Azul: a Constituição Mundial Revisitada», por Joao Carlos LOUREIRO, pág. 181.
- «A Hermenêutica Jurídica e o Efeito Vinculante da Jurisprudência no Brasil: o Caso das Súmulas», por Lenio Luiz STRECK, pág. 213.
- «Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um Constitucionalismo Dirigente Possível», por Ingo WOLFGANG SARLET, pág. 239.
- «Responsabilidade Civil e Seguro dos Administradores (Reflexões em Torno das Experiências Portuguesa e Espanhola)», por Elena F. PÉREZ CARRILLO y María Elisabete RAMOS, pág. 291.
- «Reabilitação Urbana e Valorização do Património Cultural: Dificuldades na Articulação dos Regimes Jurídicos», por Suzana TAVARES DA SILVA, pág. 349.
- «Cidadania. Cambiante de um Conceito e suas Incidências Político-Constitucionais», por Paula VEIGA, pág. 391.
- «O Controlo Judicial do Exercício do Poder Regulamentar», por Ana Raquel GONÇALVES MONIZ, pág. 415.
- «O Papel da Imputabilidade no Quadro da Responsabilidade Delitual. Breve Apontamento», por Mafalda MIRANDA BARBOSA, pág. 485.
- «Repensar o Direito Internacional Humanitário e o Humanitarismo: da In-
genuidade do Bem à Consciência (Humanista) do Mal», por Márcia MIEKO MORIKAWA, pág. 535.