

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXX • Marzo-Abril 2004 • Núm. 682

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

Consejeros:

D. Fernando Pedro Méndez González.
D. Antonio Pau Pedrón.
D. José Poveda Díaz.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. José Luis Laso Martínez.
D. Joaquín Rams Albesa.
D. Juan Sarmiento Ramos.
D. Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.
D. Carlos Lasarte Álvarez.
D. Antonio Manuel Morales Moreno.
D. Ángel Rojo Fernández-Río.
D. Juan Luis Iglesias Prada.
D. Fernando Curiel Lorente.
D. Francisco Javier Gómez Gállico.
D. Juan María Díaz Fraile.
D. Vicente Domínguez Calatayud.

Comisión Ejecutiva:

D. Fernando Pedro Méndez González.
D. Celestino Pardo Núñez.
D. Manuel Amorós Guardiola.

Consejero-Secretario de la Revista:

D. Francisco Javier Gómez Gállico.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—28006 Madrid.—Tel. 91 411 26 28

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

© 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

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.

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«La desheredación de los hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra», por JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH	473
«El valor de los bienes en la colación», por MARÍA PAZ POUS DE LA FLOR	521
«La capacidad mental del testador: Problemática jurídica», por AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA	549
«Problemática de la inclusión y exclusión de bienes en el inventario», por ANTONIO LUIS REYES y PABLO ABASCAL MONEDERO	651

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

«Aspectos generales y registrales de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio», por VICENTE DOMÍNGUEZ CALATAYUD	817
«La importancia de los créditos salariales y de las cuestiones laborales en general, en la Ley Concursal», por JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ RUIZ	871
«La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa. Breves apuntes sobre una reforma esperada», por MARÍA DE LOS ÁNGELES MARTÍN REYES	913

DICTÁMENES Y NOTAS

«La sustitución fideicomisaria de residuo. Especial atención a la preventiva de residuo», por MARÍA MERCEDES ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES	935
«La enajenación de la herencia en la sustitución fideicomisaria y en el fideicomiso de residuo», por JUAN-FAUSTINO DOMÍNGUEZ REYES	971
«En torno a las facultades del contador-partidor», por AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA	1015

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ...	1033

COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— Derecho al honor prevalente frente al de información, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	1047

1.2. Derecho de familia:

— Régimen económico-matrimonial. Naturaleza ganancial de un bien. Farmacia, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	1050

1.3. Derechos reales:

— Derecho de propiedad. Acción reivindicatoria. Requisitos, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA	1052
— Cancelación de asientos registrales, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA	1056

1.4. Sucesiones:

— Nulidad de cláusula testamentaria de desheredación de la esposa, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL	1059

1.5. Obligaciones y contratos:

— Incumplimiento de la obra contratada, por ISABEL MORATILLA GALÁN	1061
— Negligencia contractual: no puede dejarse para la fase de ejecución de sentencia, por ISABEL MORATILLA GALÁN	1062
— Compraventa: vicios ocultos en la misma, por ISABEL MORATILLA GALÁN	1063
— Compraventa de cosa ajena y obligación del vendedor de entregar el valor de la cosa, por ISABEL MORATILLA GALÁN	1064
— Tercería de dominio y alzamiento de embargo, por ISABEL MORATILLA GALÁN	1066

1.6. Responsabilidad civil:

— Responsabilidad extracontractual. Muerte en accidente laboral, por JUANA RUIZ JIMÉNEZ	1067

2. DERECHO MERCANTIL

- Propiedad industrial. Marcas. Ejercicio de acción de infracción de marca, de cesación e indemnización, por EVA MARÍA DOMÍNGUEZ PÉREZ 1071
- Propiedad intelectual. Violación de derechos exclusivos de propiedad intelectual gestionados por las diferentes Entidades de Gestión, por JUAN FRANCISCO ORTEGA DÍAZ 1077

3. URBANISMO, por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.

- Cancelación de asientos registrales. Inscripción de aprovechamiento urbanístico y nulidad del plan, por GABRIEL SORIA MARTÍNEZ 1082

ACTUALIDAD JURÍDICA

- Información legislativa y de actividades 1099

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

- FONDO DE REVISTAS QUE PASAN DE LA REVISTA CRÍTICA A LA BIBLIOTECA DEL COLEGIO DE REGISTRADORES 1129

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

- «La propiedad en las leyes del suelo», de LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, por JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO 1131
- «Principios de Derecho global. Aforismos jurídicos comentados», de RAFAEL DOMINGO, por GUILLERMO HIERREZUELO CONDE 1132
- «Manual de Dret Civil català», de FERRÁN BADOSA COLL, por SERGIO NASARRE AZNAR 1134
- «Evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho romano», de MARÍA SALAZAR REVUELTA, por MANUEL J. PELÁEZ 1137
- «Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacidad», de SOFÍA DE SALAS MURILLO, por JOSÉ MANUEL DE TORRES PEREA 1144

- REVISTA DE REVISTAS 1153

ESTUDIOS

La desheredación de los hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. REFERENCIA HISTÓRICA: 1. DERECHO ROMANO. 2. DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL. 3. PROYECTOS DE CÓDIGO CIVIL. 4. EL CÓDIGO CIVIL Y SUS MODIFICACIONES POSTERIORES.—III. EXAMEN DE ESTA CAUSA DE DESHEREDACIÓN: 1. MALTRATO DE OBRA. 2. INJURIAS GRAVES DE PALABRA. 3. LA PÉRDIDA DEL DERECHO DE ALIMENTOS POR ESTA CAUSA.—IV. CONCLUSIÓN FINAL: 1. EL VERDADERO ALCANCE DEL ARTÍCULO 853.2.^a DEL CÓDIGO CIVIL Y SU POSIBLE APLICACIÓN A LOS CASOS DE FALTA DE CONSIDERACIÓN Y ABANDONO SENTIMENTAL. 2. LA SITUACIÓN ACTUAL RESPECTO DEL ARTÍCULO 853.1.^a DEL CÓDIGO CIVIL.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Nuestro objeto de estudio es una causa específica de desheredación de los hijos y descendientes, la segunda del artículo 853 del Código Civil, referida a los malos tratos de obra o injurias graves verbales, pero antes conviene realizar algunas indicaciones de carácter general acerca de la desheredación, en concreto lo que se refiere a su concepto y a los motivos que permiten la adopción de esta medida por el testador (1). Hechas tales observaciones, un repaso a los antecedentes históricos de la norma y a la interpretación de que ha sido objeto por la jurisprudencia nos permitirá formular unas conclusiones que ayuden a ver con más nitidez el perfil de la circunstancia o causa que la ley estima suficiente para justificar la desheredación. Aunque no haya demasiados pronunciamientos jurisprudenciales en materia de desheredación, esta es

(1) En la desheredación, suelen los Manuales de Derecho de sucesiones tratar los siguientes aspectos: concepto, fundamento, personas que pueden desheredar y ser desheredadas, requisitos formales, causas legales y efectos —desheredación justa o injusta y reconciliación—.

la causa que destaca por recurrirse a ella con mayor frecuencia (2), y de ahí la utilidad que puede hoy tener revisar y reconstruir su auténtica dimensión. Ocurre, sin embargo, que un buen número de las sentencias sobre el artículo 853.2.^a del Código Civil contienen muy pocos datos que nos puedan ayudar en la interpretación del precepto, ya que se limitan a estimar la demanda interpuesta por el desheredado al no haber logrado los demandados probar la certeza de la causa de desheredación.

El Código Civil regula la desheredación en el Libro III, Capítulo II, Sección 9.^a (arts. 848-857) (3), aunque para fijar su concepto debe acudirse al artículo 813.I del Código Civil, situado en los preceptos dedicados a las legítimas y conforme al cual puede decirse que es la facultad que tiene el testador para privar a los herederos de su legítima en los casos expresamente determinados por la ley (4).

La propia definición de la figura da cuenta de uno de sus aspectos esenciales, como es el de la existencia de un *numerus clausus* de causas de desheredación, idea que repite el artículo 848 del Código Civil, al prescribir que «la desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la Ley» (5). El Código maneja dos criterios que se entrecru-

(2) En este sentido, RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La desheredación: ¿puede el testador privar a sus parientes más próximos de su parte en la herencia?*, Madrid, 1990, pág. 17; MARTÍN PÉREZ, J. A., en *Jurisprudencia Civil comentada (art. 853 del Código Civil)*, t. I, Granada, 2000, pág. 1574.

(3) A diferencia de otros ordenamientos, como el francés y el italiano, el Código Civil español opta por mantener y regular las dos instituciones de la indignidad y de la desheredación; se cumple así con el mandato de la Base 15 de la Ley de 11 de mayo de 1888, por la que se autoriza al Gobierno para publicar un Código Civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma: «El tratado de las sucesiones se ajustará en sus principios capitales a los acuerdos que la Comisión General de Codificación... adoptó en las reuniones celebradas en noviembre de 1882, y con arreglo a ellos se mantendrá en su esencia la legislación vigente sobre... la desheredación...». Sobre la coexistencia en nuestro sistema sucesorio de indignidad y desheredación – que, en cambio, falta en otros ordenamientos cercanos –, vid., entre otros, MENA-BERNAL ESCOBAR, M. J., *La indignidad para suceder*, Valencia, 1995, págs. 165 y sigs., y 235 y sigs.; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., *La indignidad sucesoria en el Código Civil español*, Madrid, 1997, págs. 42 y sigs.; ALGABA ROS, S., *Efectos de la desheredación*, Valencia, 2002, págs. 121 y sigs.

(4) La facultad de desheredar es excepcional. La STS de 30 de septiembre de 1975 (RAJ, núm. 3.408) considera que la facultad de desheredar es la excepción, mientras que el derecho a la legítima es la regla general.

(5) Al respecto, LACRUZ BERDEJO, J. L. / SANCHO REBULLIDA, F. / LUNA SERRANO, A. / DELGADO ECHEVERRÍA, J. / RIVERO HERNÁNDEZ, F. / RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil, V. Sucesiones*, nueva edición revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, J., Madrid, 2001, págs. 421-422. Es pacífico considerar la enumeración como exhaustiva: entre otros muchos, SANTAMARÍA, J., *Comentarios al Código Civil*, vol. I, Madrid, 1958, pág. 831; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones. Común y foral*, t. II, Madrid, 1992, pág. 441.

zan (6) para enumerar las causas: por un lado, hay una remisión a algunas causas de indignidad para suceder (art. 852), y por otro, dentro de cada uno de los grupos de los legitimarios, se enumeran por remisión las que son también causas de indignidad y las específicas de desheredación (arts. 853, 854 y 855). Son causas de desheredación ciertos actos considerados por la ley especialmente dignos de castigo y que muestran en todo caso el demérito de su autor, justificando así que se autorice a excluirlo de la herencia (7).

La interpretación de este elenco cerrado de causas ha de hacerse, según afirma con reiteración la jurisprudencia (8), con un criterio restrictivo, no admitiéndose ni la analogía ni la interpretación extensiva, ni siquiera la argumentación de *minoris ad maiorem*. Precisamente ha sido esta rigidez de los Tribunales en la apreciación de la existencia de las causas de desheredación lo que ha impulsado al testador a acudir a vías indirectas, distintas de la desheredación (9).

(6) Así, en concreto, COCA PAYERAS, M., voz «Desheredación», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, Madrid, 1995, pág. 2437.

(7) ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil*, V, *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1994, pág. 384.

(8) La STS de 28 de junio de 1993 (RAJ, núm. 4.792), en un caso en el que se discutía la desheredación por injurias graves, afirma que «ha de imponerse una interpretación restrictiva de la institución, que no sólo proclama el artículo 848 del texto legal, sino también la abundante jurisprudencia, orientada en la defensa de sucesión legitimaria; no admitiéndose: ni la analogía, ni la interpretación extensiva (*sic*), ni siquiera la argumentación de *minoris ad maiorem*».

Años antes, también con ocasión de la interpretación del artículo 853.2.º del Código Civil, la STS de 9 de julio de 1974 (RAJ, núm. 3.556) indica que «la enunciación ha de entenderse exhaustiva, sin comprender en ella otras distintas, aun cuando guarden analogía o sean de mayor entidad, porque, de otra forma, se daría al traste con todo el sistema legitimario establecido a favor de los hijos por los artículos 806, 807, núm. 1, y 808», y la STS de 30 de septiembre de 1975 (RAJ, núm. 3.408), declara que «estas causas deben interpretarse restrictivamente en aplicación del principio general de Derecho, *Odiosa sunt restringenda* y porque de otra forma se podría dar al traste con todo el sistema legitimario establecido a favor de los hijos por los artículos 806, 807, núm. 1, y 808 de la Ley Civil sustantiva».

A favor de la interpretación restrictiva pueden, igualmente, verse la SAP de Badajoz, de 19 de abril de 1994 (AC, núm. 730), SAP de Valencia, de 12 de febrero de 2002 (AC, núm. 1.196), SAP de Vizcaya, de 26 de febrero de 2002 (AC, núm. 1.374), y la STS de 4 de noviembre de 1997 (RAJ, núm. 7.930), dictadas todas ellas con relación al artículo 853.2.º del Código Civil.

Este planteamiento de la cuestión se encuentra también en el Derecho civil catalán con ocasión del análisis del artículo 370 del Código de Sucesiones, precepto este que enumera las causas de desheredación. A juicio de PUIG FERRIOL, L. L. / ROCA I TRIAS, E., *Institucions del Dret civil de Catalunya*, volum III, *Dret de Successions*, València, 1998, pág. 466, esta enumeración es exhaustiva, supone la tipificación de las causas de exclusión y no pueden ser interpretadas de manera amplia, ni analógica, ya que al tratarse de una sanción civil han de ser de interpretación estricta (art. 4.2 del Código Civil).

(9) El tema ha sido tratado por REBOLLEDO VARELA, A. L., «El legitimario ante la desheredación de hecho (algunos aspectos de la vulneración cuantitativa de la legítima de

La causa de desheredación debe ser cierta, correspondiendo la prueba a los herederos del testador si el desheredado la negase (art. 850 del Código Civil) (10). La expresión de la causa no impone la descripción de sus hechos

los descendientes en la Jurisprudencia)», en AC, 1995-III, págs. 125 y sigs. En lo que se refiere al artículo 853.2.^a del Código Civil, pueden verse las págs. 133 a 135.

(10) Decía BURÓN GARCÍA, R., *Derecho civil español*, t. II, Valladolid, 1898, pág. 820, que si el hecho al que se refiere la desheredación es negado por el desheredado, «la prueba de ser cierta corresponde a los herederos del testador, porque como continuadores de su personalidad jurídica sustituyen a éste en la obligación que las leyes imponen al que afirma un hecho controvertido en juicio».

En la SAP de Guadalajara, de 14 de noviembre de 1994 (AC, núm. 1.994), puede leerse: «Es claro que el artículo 850 del propio Código Civil dispone que “la prueba de ser cierta la causa de la desheredación corresponderá a los herederos del testador si el desheredado la negare”, y ya desde la sentencia de 20 de mayo de 1931, cuando menos, no se ha discutido que la negación de la causa deba efectuarla el desheredado en juicio declarativo, de tal suerte que aunque corresponda la demostración a los instituidos herederos del testador, mientras no se obtenga pronunciamiento judicial declarando la infracción de la legítima —desheredación injustificada—, las disposiciones del causante surten todo su efecto».

En la STS de 20 de mayo de 1931 (RAJ, núm. 2.054), en la que la desheredación se había basado en malos tratos e injurias, se discutía la legitimación de los hijos para defender sus derechos hereditarios, estableciéndose que «mientras no sea anulado el testamento ... en el que el demandante fue desheredado, la desheredación le priva de todo derecho sobre la herencia de su padre». Algún matiz introduce, sin embargo, la STS de 11 de febrero de 1988 (RAJ, núm. 939), al decidir sobre la legitimación activa de tres hijas desheredadas —por malos tratos e injurias— en testamento por su padre para entablar demanda con el fin de que se declare la deuda a cargo del demandado —a quien el padre había prestado cierta cantidad de dinero— y se le condene a su pago a favor de quien resulten ser herederos; para el Tribunal Supremo, a partir de la condición de legitimarias que concurre en las hijas (arts. 807 y 808 del Código Civil), abstracción hecha del testamento del padre y de los efectos de la desheredación que contiene y que precisará la prueba de los hechos por parte de quienes pretendan obtener consecuencias de su eficacia, «ostentan las actoras el derecho de pedir en los precisos y limitados términos en que lo han ejercitado, o sea, en beneficio de quienes en definitiva resulten ser los herederos de su padre», añadiendo que «es manifiestamente recusable y debe ponerse fin a la conducta del demandado quien, amparándose en la situación producida tras el fallecimiento de su acreedor y pasados los dos años del préstamo..., resiste su devolución procedente a todas luces, mientras se mantiene en el disfrute del dinero, negando el devengo de los intereses».

Otra cosa es que una vez impugnado el testamento, no se prueben los hechos que integran la causa de desheredación legalmente prevista. La falta de prueba determina la inexistencia de la causa de desheredación: así ocurre en casos de malos tratos o injurias, entre otras, en las SSTS de 20 de junio de 1959 (RAJ, núm. 2.922), 8 de noviembre de 1967 (RAJ, núm. 4.114), 30 de septiembre de 1975 (RAJ, núm. 3.408), 10 de junio de 1988 (RAJ, núm. 4.813) y 15 de junio de 1990 (RAJ, núm. 4.760) y en las SSAP de Badajoz, de 19 de abril de 1994 (AC, núm. 730), Granada de 23 de mayo de 1997 (AC, núm. 1.212), Asturias de 10 de julio de 1997 (AC, núm. 1.528), Pontevedra de 7 de febrero de 2002 (EDJ 2002/11829), Valencia de 12 de febrero de 2002 (AC, núm. 1.196) y Vizcaya de 26 de febrero de 2002 (AC, núm. 1.374).

En la SAP de Badajoz, de 19 de abril de 1994, se pone de manifiesto, con gran claridad, la posición muy rígida de los Tribunales en este ámbito: «En el supuesto ahora

constitutivos (11). Cabe, finalmente, dejar constancia, en este apartado dedicado a la introducción del tema, que esta misma causa, con redacción casi idéntica, se encuentra prevista en el artículo 370.3.º del Código de Sucesiones

examinado parece que no existe una prueba lo suficientemente convincente como para poder tener por acreditado que efectivamente se produjeron los hechos en los que el testador basa la desheredación efectuada conforme al artículo 853.2.º del Código Civil. Sólo los testigos traídos a juicio por la demandada han manifestado que efectivamente la actora maltrató de obra e injurió gravemente de palabra al testador, pero al margen de la relativa relevancia probatoria de un medio de prueba como la testifical, lo cierto es que ninguno de los testigos pudo afirmar que presencié como tuvieron lugar los malos tratos o se vertieron las injurias graves, limitándose a manifestar que tales hechos los conocieron porque así les fue manifestado por el testador, sin que tuviesen una percepción directa de los mismos. Con tales premisas no cabe en modo alguno tener por acreditado la certeza de la causa de desheredación, lo que determina la necesidad de rechazar el recurso ahora examinado, confirmando plenamente la resolución impugnada».

En la misma línea, la SAP de Valencia, de 12 de febrero de 2002, no considera probadas las injurias que se afirman fueron proferidas al padre cuando estaba en el hospital —«ojalá se hubiera muerto y que lo mejor que le podía haber pasado era morir»— y que tenía que «haber muerto como un perro», ya que existía sólo un testigo que decía haberlas oído a las hijas, siendo este testigo, según la sentencia, persona que tiene «un interés evidente en el pleito dado que aparece como legataria testamentaria en varios inmuebles, situación que determina que su única manifestación en el sentido expuesto no reporte además la objetividad necesaria».

La SAP de Vizcaya, de 26 de febrero de 2002, partiendo de que «nuestro texto civilístico protege de manera rotunda los derechos legítimos», alude a la endeblez de medios probatorios que supone el disponer únicamente de testificales.

(11) La STS de 15 de junio de 1990 (*RAJ*, núm. 4.760), refiriéndose a la desheredación por malos tratos o injurias, afirma que «su carácter solemne requiere que se manifieste en testamento, que exista alguna de las causas tasadas y que se indique por el testador la aplicada, pero en ningún caso exige la ley concretar o describir los hechos constitutivos de la injuria ni las palabras en que ésta consista...». En la misma dirección, la STS de 4 de noviembre de 1904 (*JC*, núm. 43) dice que «son requisitos indispensables para que pueda tener lugar la desheredación, que se haga en testamento, expresando en él la causa legal que la motive, según prescribe el artículo 849 del Código Civil, o sea, respecto de los hijos y descendientes que hayan incurrido en alguna de las enumeradas en el 853; pero sin que, cuando se funda aquélla en la segunda de dichas causas, exista precepto alguno que obligue al testador a determinar el hecho constitutivo de la injuria o las palabras en que ésta se haga consistir, por cuanto su certeza puede ser contradicha, y debe en este caso probarse en juicio para que la desheredación sea válida y eficaz en perjuicio del desheredado»; véase, por último, la STS de 9 de julio de 1974 (*RAJ*, núm. 3.556), que maneja el mismo argumento.

Parece, por tanto, desacertado el razonamiento de la SAP de Pontevedra, de 10 de marzo de 2000 (*AC*, núm. 969) cuando dice que «la testadora nada concreta sobre fechas y demás circunstancias en que se produjeron las supuestas ofensas, ni tampoco sobre si las acciones fueron constitutivas de malos tratos de obra o simplemente injuriosas; pero aun obviando esta inicial indeterminación de las acciones a que se refiere la causa segunda del artículo 583 (*sic*), tampoco se aprecia la existencia de una prueba suficientemente fundada para justificar la desheredación». Nada hay que objetar a la estimación de la demanda, cuando no se ha logrado probar la certeza de la causa de desheredación, pero sí al hecho de exigir al testador que concrete en el testamento fechas y demás circunstancias de las ofensas, así como las acciones que constituyen los malos tratos, ya que es

por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña («Haber maltratado de obra o injuriado, en ambos casos gravemente, al testador o a su cónyuge») y en el artículo 195.c) de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte en Aragón («Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente, así como a su cónyuge, si éste es ascendiente del desheredado»).

II. REFERENCIA HISTÓRICA

Estamos ante una causa de desheredación con una larga tradición histórica, habiendo pervivido en nuestro Derecho durante siglos con muy escasas variaciones, razón por la cual el hilo conductor de su evolución se percibe con una extraordinaria claridad. La reguló el Derecho romano y nuestros antiguos cuerpos legales, a partir del Fuero Juzgo y muy especialmente las Partidas, se ocuparon de ella. Este dato que apuntamos, el tratarse de una causa establecida en el Derecho anterior al Código, hace especialmente útil el recurso a los antecedentes históricos, tanto remotos como próximos, como un elemento que, junto a otros, pueda servir para dar solución a los problemas de interpretación que plantea el artículo 853.2.^a del Código Civil, pero debe también servir para poner de manifiesto que el transcurso del tiempo puede variar los criterios que hay que manejar para averiguar su verdadero significado.

1. DERECHO ROMANO

El Derecho romano fue evolucionando desde la libertad absoluta de testar hasta el establecimiento de un sistema de legítimas, primero formal y posteriormente material (12), llegándose a fijar catorce causas de desheredación de los descendientes en la Novela 115 de Justiniano, pasando en lo sustancial este régimen a las Partidas y sirviendo más tarde de base a la regulación del Código Civil.

El rasgo más distintivo del Derecho sucesorio romano en sus orígenes fue la libertad absoluta de testar, que apareció con las XII Tablas y que era consecuencia natural de la primitiva constitución de la familia romana, en la que el padre ocupaba el lugar de un legislador con soberanía absoluta (13).

suficiente con indicar la causa por la que se deshereda. Recientemente, repite el mismo argumento la SAP de Pontevedra, de 7 de febrero de 2002 (*EDJ* 2002/11829).

(12) Dice, a este respecto, MIQUEL, J., *Derecho privado romano*, Madrid, 1992, pág. 423, que la evolución jurídica arranca de unos límites puramente formales para terminar llenando la sucesión forzosa de un contenido material.

(13) DE ROVIRA MOLA, A., voz «Desheredación», en *NEJS*, t. VII, Barcelona, 1980, págs. 260-261.

El Derecho civil antiguo y el Derecho honorario reaccionan frente a la absoluta libertad de testar que tiene el *pater familias*, imponiendo limitaciones que afectan a la índole «formal» del testamento. Se considera, en efecto, que un testamento no está ordenado «en forma» cuando el disponente pasa en silencio a los *sui*, no instituyéndolos ni desheredándolos (14). La sucesión legítima formal del *ius civile* tiene su expresión en el principio *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredanti* (15). El testador ha de contar, para bien o para mal, con los *sui iam nati* y con los *postumi sui*; no es menester que los instituya en una cuota determinada, sino en una porción cualquiera, y si prefiere no dejarles nada, debe proceder a su desheredación, que no necesita, por lo demás, ser motivada (16).

Tanto el *ius civile* como el derecho pretorio operan con la noción de *praeteritio* según la cual no podía admitirse el silenciamento de los hijos en el testamento paterno, lo que significaba un reconocimiento meramente formal de su derecho hereditario, pero no sustancial, puesto que, cumplida la formalidad de instituirlos o desheredarlos, no era necesario que se les otorgase una participación efectiva en los bienes de la herencia (17). La necesidad de una reforma de este estado jurídico, en interés de los preteridos, se hace patente una vez que las ideas de sucesión en la potestad doméstica y en la propiedad familiar, sobre las cuales la herencia forzosa formal se basaba, desaparecen, y la corrupción social de fines de la República rompe con las costumbres testamentarias antiguas (18). La nueva concepción del derecho de herencia forzosa tiene un sentido más positivo, y consiste en la necesidad

(14) Al respecto, IGLESIAS, J., *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, 1972, pág. 675.

(15) Este aforismo propio del *ius civile* formula la exigencia jurídica de mencionar a los *sui heredes* en el testamento, para instituirlos herederos o para desheredarlos. Acerca de ello, FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, pág. 542.

(16) Vid. IGLESIAS, J., *op. cit.*, pág. 675.

Para la desheredación de un hijo de familia era preciso designarlo individualmente (*nominatim exheredare*) con o sin indicación expresa del nombre (*filius meus* o *Lucius filius meus exheres esto*). Los restantes *sui* hijas, mujer *in manu* y nietos se podían desheredar en conjunto, con la fórmula *ceteri omnes exheredes sunt* (*inter ceteros exheredare*). Sobre el particular, JORS, P. / KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, trad. PRIETO CASTRO, L., Barcelona, Madrid, 1937, pág. 463; D'ORS, A., *Derecho privado romano*, Pamplona, 1981, pág. 320.

(17) Al respecto, FUENTESECA, P., *op. cit.*, págs. 546-547.

La preterición del hijo varón acarrea la nulidad del testamento, mientras que la consecuencia no era tan grave si la falta de mención se refería a las hijas y otros descendientes agnáticos sometidos al paterfamilia como la *uxor in manu*, nietos (*nepotes*), etc., ya que en este último caso el testamento no se anulaba, sino que, en cambio, tendrían derecho a concurrir a partes iguales con los *sui* instituidos, si existían, en la división hereditaria; si no existiesen *sui* tendrían derecho a obtener la mitad del patrimonio hereditario. Vid. FUENTESECA, P., *op. cit.*, págs. 541 y 543; D'ORS, A., *op. cit.*, pág. 320.

(18) Es el planteamiento de JORS, P. / KUNKEL, W., *op. cit.*, pág. 464.

de dejar algo a los herederos forzosos (porción legítima), y se inicia a fines de la época republicana, en que se abre paso la idea de que el testamento que no favorecía en nada o en parte muy pequeña a los parientes más próximos del testador era contrario a la piedad (*inofficiosum*) y en tal concepto impugnabile (19). Los descendientes a quienes el testador no deja —por vía de herencia, legado o donación *mortis causa*— la cuarta parte de lo que hubieran heredado por ley pueden impugnar el testamento mediante la *querella inofficiosi testamenti* (20), que se desenvolvía ante el tribunal de los *centumviri* contra los herederos instituidos (*scripti heredes*) en el testamento tachado de inoficioso (21). Si no mencionaba el testador ningún motivo especial —la existencia de causa debía valorarla el tribunal, puesto que no existía un elenco de las mismas— al desheredar a un hijo cabía pensar que no se hallase en normal uso de sus facultades mentales (22).

La Novela 115 de Justiniano, del año 542, lleva a cabo una reforma general de la materia y cierra la evolución del sistema sucesorio contra el testamento (23). A tenor de ella, los ascendientes no pueden desheredar a sus descendientes, como tampoco éstos a aquéllos, a no ser por las causas que enumera el legislador y que debe alegar expresamente el testador (24). Si la existencia de la causa era discutida, había de ser probada por el heredero instituido (25). El Capítulo III de la Novela enumera catorce causas por las que los ascendientes pueden excluir a sus descendientes, recogiendo casos de conducta indigna del legitimario, entre los que se consigna, como primera y segunda, respectivamente, «Si alguno hubiere puesto las manos en sus ascendientes» (*Si quis parentibus suis manus intulerit*) y «Si les hubiere inferido injuria grave y deshonorosa» (*Si gravem et inhonestam iniuriam eis ingesserit*).

(19) Así, JORS, P. / KUNKEL, W., *op. cit.*, págs. 464-465.

(20) A este respecto, IGLESIAS, J., *op. cit.*, págs. 677-678; ARIAS RAMOS, J. / ARIAS BONET, J. A., *Derecho romano*, II, Madrid, 1981, pág. 846.

Señala MIQUEL, J., *op. cit.*, pág. 424, que se abre paso así la idea de una sucesión forzosa de carácter material, basada en la idea de un *officium pietatis*, un deber moral del testador de instituir a los parientes más próximos.

(21) Vid. FUENTESECA, P., *op. cit.*, pág. 547; ARIAS RAMOS, J. / ARIAS BONET, J. A., *op. cit.*, págs. 845-846.

(22) Vid. FUENTESECA, P., *op. cit.*, pág. 547; D'ORS, A., *op. cit.*, pág. 332.

(23) En su Novela 115, Justiniano funde las limitaciones formales que habían arrancado de la sucesión de los *sui*, con las de contenido material, propias del régimen de la *querela*. Al respecto, MIQUEL, J., *op. cit.*, pág. 425.

(24) Vid. MIQUEL, J., *op. cit.*, pág. 425.

(25) En este sentido, JORS, P. / KUNKEL, W., *op. cit.*, pág. 467.

2. DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

El Derecho histórico español ha seguido la misma línea del Derecho romano en la última época.

En el Fuero Juzgo (Libro IV, Título V, Ley I) se establece que los hijos y nietos nunca pueden ser desheredados por culpa leve, pero sí por razones poderosas, que son descritas de manera muy casuística: «Mas si el fiio ó la fiia, ó el nieto ó la nieta fiziere grand tuerto ó grand desondra al padre ó á la madre, ó al avuelo ó á al avuela quel dé con palma, ó con punno, ó con cox, ó con piedra, ó con palo, ó con correa, ol tira por el pie, ó por la mano, ó por los cabellos desondrada mientre; ó si lo denostó en conccio, estos tales deven recibir cada uno L. azotes delante el juez; y el padre ó la madre, y el avuelo ó el avuela los pueden deseredar si quisieren». Prevé esta misma Ley, cuya rúbrica es *Que los fijos ni los nietos non deven ser desheredados*, la posibilidad de dejar sin efecto la desheredación «si estos, que así erráron, pidieren merced á sus padres, é los padres los recibieron en amor, é los heredaren, non deven perder la heredad por ende, ni les deven retraer aquellos azotes».

El Fuero Real establece la desheredación de los descendientes en la Ley II del Título IV del Libro III para los siguientes casos (*En que casos puede ser el fijo desheredado*): «...si alguno dellos le ficiere por saña, ò á deshonra, ó si le dixere denuesto devedado, ò si le denegáre por padre, ò por madre, ò de allí arriba; ò si le acusare por cosa que deba perder cuerpo, ò miembro, ò ser echado de la tierra, si no fuere de cosa la acusanza, que sea ante Rey, ò contra su Señorío: otrosí, puedalo desheredar si yuguere con la muger, ò con la barragana, ò si le ficiere cosa con que pueda morir, ò prender lision, ò si por prision de su cuerpo no lo quisiere fiar, ò si lo embarga, ò lo destorva, de guisa que no pueda facer manda, ò si se ficiere Herege, ò si se tornáre Moro, ò Judio, ò si yuguere en captivo, è no lo quisiere quitar en quanto pudiere; pero si por aventura padre, ò madre desheredáre por alguna destas cosas su fijo, ò su nieto, ò visnieto, ò dende ayuso asi como sobredicho es, è despues le perdonáre, ò le heredáre, que sea heredado asi como era ante». Se establece también, en la parte final y tras enumerar las causas justas, la ineficacia de la desheredación si existe perdón o el heredero es instituido.

Las Partidas (Leyes del Título VII, Partida VI) reproducen la doctrina del Derecho justiniano y van a constituir la base del Derecho vigente en Castilla con anterioridad al Código Civil.

Para que la desheredación sea válida será preciso que se hiciese por virtud de justa causa, entendiéndose por tal solamente las que se comprenden en la ley de modo taxativo, que debe consignarse en el testamento y ser verdadera, correspondiendo al heredero la prueba de la existencia de la causa de deshe-

redación si el desheredado la impugnare, y siendo suficiente que se acredite una de ellas aunque fuesen varias las citadas por el testador (26).

El Título VII de la Partida VI, Leyes IV a VII, relaciona los motivos por los que los ascendientes pueden desheredar a los descendientes. En la Ley IV, las dos primeras causas que se mencionan son las que se corresponden con la causa 2.^a del artículo 853 del Código Civil y que, en esencia, son las mismas que ya establecía Justiniano en la Novela 115.

Señala la Ley IV (*Porque razones puede el padre, o el abuelo, desheredar a los que descienden dellos*): «Ciertas razones son, por que los padres pueden desheredar sus hijos; assi como quando el fijo, a sabiendas, e sañudamente, mete manos yradas en su padre, para ferirle, o para prenderle; o si le deshonorasse de palabra graueamente, maguer non lo firiesse; o si lo acusasse sobre tal cosa, de que el padre deue morir; o ser desterrado si gelo prouassen, o enfamandolo en tal manera, porque valiesse menos. Pero si el yerro de que le acusaua fuesse atal, que tangesse a la persona del Rey, o al pro comunal de la tierra, estonce, si lo prouasse el fijo, non lo puede el padre desheredar porende. Otrosi dezimos, que el padre puede desheredar al fijo, si fuere fechicero, o encantador, o fiziesse vida con los que lo fuessen; o si se trabajase de muerte de su padre con armas, o con yeruas, o de otra manera qualquier; o si el fijo yoguyesse con su madastra, o con otra muger que touiesse su padre paladinamente por su amiga; o si enfamasse el fijo a su padre, o si le buscasse tal mal, por quel padre ouiesse a perder gran partida de lo suyo, o a menoscabar... Otrosi dezimos, que seyendo el padre preso por debda que deuiesse, o de otra manera, si el fijo non le quisiere dar en quanto pudiere, para sacarlo de la prision, que le puede desheredar el padre. E esto se entiende de los fijos varones, e non de las mugeres... E aun puede el padre desheredar el fijo, si le embargare que non faga testamento...».

Continúa la Ley V fijando otras causas (*Como el padre puede desheredar al fijo, si se fiziere juglar contra su voluntad, e de las otras razones por que lo puede fazer*): «Juglar se faziendo alguno contra voluntad de su padre, es otra razon por quel padre puede desheredar su fijo; pero si el padre fuesse juglar, non podria esto fazer. Esso mismo seria, si el fijo contra la voluntad del padre lidiassse por dineros en campo con otro ome, o se auenturasse por

(26) Partida VI, Título VII, Ley VIII. *Que fuerça ha el desheredamiento, quanto es fecho derechamente*: «Si el padre deshereda a su fijo por alguna razon qualquier, de las que diximos en las leyes antes desta, si fuere prouada, dezimos que deue perder porende el fijo la heredad del padre. Otrosi dezimos, que como quier que el padre pusiesse muchas razones destas sobredichas contra su fijo, quando lo desheredare: si non pudiere todo prouargelo, el, o el heredero que fuesse escrito en el testamento, abonda que sea prouada la vna cosa tan solamente. Mas si por alguna otra razon qualquier, que non fuesse de las sobredichas en estas leyes, desheredasse el padre a su fijo, non le valdria tal desheredamiento».

precio a lidiar con alguna bestia braua. E otrosi, quando el padre quisiessse casar su fija, e la dotasse, segund riqueza quel ouiesse, e segund que perteneciesse a ella, e a aquel con quien la queria casar; si ella contra su voluntad del padre, dixesse que non queria casar, e despues desto fiziere de mala muger en puteria, poderla y a el padre desheredar por tal razon... E otrosi dezimos, que seyendo algun ome furioso, o loco, de manera que andouiesse desmemoriado, e sin recabdo; si los fijos, o los otros que descenden del por liña derecha, non le guardasen, o non pensaren del en las cosas quel fuere menester...».

La Ley VI establece la desheredación por no redimir al padre cautivo, pudiendo hacerlo (*Como el padre, o el auuelo pueden desheredar a sus fijos, o a sus nietos, si non le quisieren sacar de captiuo*), mientras que la Ley VII la prevé en el caso de ser el hijo hereje, moro o judío (*Como el padre puede desheredar al fijo, que se tornare Moro, o Judio, o Herege*).

A estas quince causas de las Partidas se añadieron posteriormente otras dos (27): la celebración de matrimonio clandestino (Ley XLIX de Toro) y casarse sin el consentimiento de las personas que debieran prestarlo (Pragmática de 23 de marzo de 1776, Ley IX, Título II, Libro X de la Novísima Recopilación).

3. PROYECTOS DE CÓDIGO CIVIL

El Proyecto de Código Civil de 1836 establecía en el artículo 2.322 los hechos capaces de motivar la desheredación de los descendientes, citando en el número 4.º la siguiente causa: «Haber insultado gravemente con hechos o con palabras al testador».

Aparece por primera vez la formulación actual del artículo 853.2.ª del Código Civil, es decir, el maltrato de obra o la injuria grave de palabra, en el Proyecto de 1851. El artículo 671 indica que «todas las causas de indignidad para suceder lo son también respectivamente de desheredación», y el 672 dice que «lo son además contra los hijos y descendientes: ... 2.º Haberlos maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra» (28).

(27) Dice SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, t. VI, vol. 2.º, Madrid, 1910, pág. 1098, que las causas de desheredación de los descendientes por los ascendientes, mencionadas en las Partidas y en estos otros textos, y que ascienden a diecisiete, eran generalmente clasificadas por los juristas en tres grupos, en atención a su fundamento: 1.º) por atentar contra la vida, la honra o los bienes del padre o ascendiente; 2.º) por falta de piedad filial; 3.º) por hechos infamantes.

(28) El artículo 672 establecía: «Lo son además contra los hijos y descendientes:

1.º Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre ó ascendiente que le deshereda.

GARCÍA GOYENA (29), al comentar esta segunda causa de desheredación de los hijos y descendientes, recuerda los antecedentes en el Derecho histórico y señala las razones para adoptar esta terminología, así como la existencia de una expresión amplia que concede una cierta discrecionalidad en su aplicación al Juez.

Sobre su historia, indica que: «En la Novela 115, capítulo 3, párrafo 1, se decía: *Si quis parentibus suis manus intulerit*: párrafo 2, *Si gravem et inhonestam injuriam eis ingesserit*.

La Ley 4, Título 7, Partida 6, la copia con nervio y elegancia: “Cuando el fiijo á sabiendas é sañudamente mete manos airadas en su padre para ferirle, é para prenderle, ó si le deshonra de palabra gravemente”.

La Ley 1, Título 5, libro 4 del Fuero Juzgo (version castellana) dice: “Si el fiio ó la fiia, ó el nieto ó la nieta ficiere grand tuerto ó gran desondra al padre ó á la madre, ó al avuelo ó á la avuela (pone varios ejemplos de malos tratamientos de obra), ó si lo denostó en conseio”.

La Ley 2, Título 9, Libro 3 del Fuero Real: “Si alguno de ellos (los descendientes) le firiere por saña ó desonra ó si le dixiere denuesto devedado”.

Tras analizar los Códigos extranjeros, que empleaban diversidad de términos (malos tratamientos, sevicias, golpes, etc.), concluía: «En tanta variedad de elocuciones se adoptó *lo de malos tratamientos*, etc.: un puntapié no es menor ultraje que una bofetada; tener á un padre encerrado, como en prision, arrimarle ascuas a los pies siendo ciego...». Y refiriéndose a las injurias, afirma que «hay injurias tan graves como las de hecho, aun mas sensibles según la condicion de las personas».

Es, por último, plenamente consciente de la discrecionalidad de que goza el Juez al calificar la conducta como maltrato o como injurias, a pesar de lo cual estima acertada la inclusión de esta causa; sus palabras son: «Cierto es que por este medio se da cierta latitud al Juez; pero no hay posibilidad de evitarla, y menos en la calificación de injurias. Además será mayor el número de los que devoren en silencio las injurias graves, que el de los que usen de esta arma legal por las realmente leves».

El artículo 839 del Anteproyecto de 1882-1888 conserva, en los mismos términos, la causa del maltrato de obra o las injurias graves de palabra. Respecto del artículo 672 del Proyecto de 1851, desaparece la causa 3.^a («Haberse casado sin su consentimiento, cuando por la ley era este necesario»),

2.º Haberlos maltratado de obra ó injuriado gravemente de palabra.

3.º Haberse casado sin su consentimiento, cuando por la ley era este necesario.

4.º Haberse entregado la hija ó la nieta á la prostitucion.

5.º Haber sido condenado por un delito que lleve consigo la pena de interdicción civil».

(29) GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, pág. 362.

con lo que se manejan sólo cuatro causas, que son las mismas que finalmente pasarán a la redacción originaria del Código; la variación afecta únicamente al párrafo inicial, ya que en el Anteproyecto se decía: «Serán justas causas de desheredación de los hijos y descendientes, además de las de indignidad señaladas en el artículo 754, las siguientes».

4. EL CÓDIGO CIVIL Y SUS MODIFICACIONES POSTERIORES

En la redacción originaria del Código Civil, dispone el artículo 853 del Código Civil:

«Serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, tanto legítimos como naturales, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, las siguientes:

- 1.ª Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda.
- 2.ª Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.
- 3.ª Haberse entregado la hija o nieta a la prostitución.
- 4.ª Haber sido condenado por un delito que lleve consigo la pena de interdicción civil».

El precepto ha sufrido, con posterioridad, modificaciones derivadas de diversas reformas legislativas.

La redacción actual del artículo 853 del Código Civil procede de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de modificación de varios artículos del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, que procedió a suprimir la causa 3.ª («haberse entregado la hija o nieta a la prostitución»). Con anterioridad, la Ley 6/1984, de 31 de marzo, de supresión y modificación de determinados preceptos sobre interdicción civil de los Códigos Civil y de Comercio y de las Leyes de Enjuiciamiento Criminal, de Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas e Hipotecaria, había eliminado su causa 4.ª («haber sido condenado por un delito que lleve consigo la pena de interdicción civil»), y también fue reformado por las Leyes 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento (30), y 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del

(30) La redacción conforme a la Ley de 26 de mayo de 1978 era:

«Serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, legítimos y naturales, así como a los hijos adoptivos, además de las señaladas en el artículo 756, con los números 2.º, 3.º y 5.º, las siguientes:

- 1.ª Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda.

Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (31).

Por tanto, las causas de desheredación especiales de los hijos y descendientes han quedado reducidas a dos: «haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda» (causa 1.^a) y «haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra» (causa 2.^a).

III. EXAMEN DE ESTA CAUSA DE DESHEREDACIÓN

El artículo 853 del Código Civil, al describir la segunda causa específica de desheredación de los hijos y descendientes, hace en realidad mención de dos conductas (32), como son, por una parte, «haberle maltratado de obra» y, por otra, «injuriado gravemente de palabra». Emplea el precepto la disyuntiva «o», que tiene aquí una función de distinción y no de equivalencia, porque son conductas distintas —no son lo mismo el maltrato de obra y la injuria grave de palabra—, aunque se trata de un caso de disyunción no exclusiva. De ello resulta que cabe en un mismo caso que se hayan dado las dos situaciones previstas, aunque la concurrencia de una sola de ellas —que será lo más frecuente— basta para integrar la causa de desheredación (33). La SAP de Guadalajara, de 14 de noviembre de 1994 (34) sigue esta interpretación

2.^a Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.

3.^a Haberse entregado la hija o nieta a la prostitución.

4.^a Haber sido condenado por un delito que lleve consigo la pena de interdicción civil».

(31) Sobre esta reforma, vid. CADARSO PALAU, J., en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, págs. 1457 y sigs.

La redacción conforme a la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que hace desaparecer del primer párrafo del artículo la referencia de «legítimos y naturales, así como a los hijos adoptivos», era:

«Serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, las siguientes:

1.^a Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda.

2.^a Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.

3.^a Haberse entregado la hija o nieta a la prostitución.

4.^a Haber sido condenado por un delito que lleve consigo la pena de interdicción civil».

(32) Lo advierte SÁNCHEZ ROMÁN, F., *op. cit.*, pág. 1115, al decir que «esta causa comprende dos: los malos tratamientos de obra y las injurias de palabra».

(33) Para PASCUAL QUINTANA, J. M., «La desheredación en el Código Civil español», en *RDEA*, marzo-abril 1958, pág. 113, «el Código prevé en esta causa dos supuestos realizados por el heredero, sin necesidad de que se produzcan ambos, ya que tan sólo la existencia de cualquiera de ellos es suficiente para que se le prive de la legítima».

(34) AC, núm. 1.994.

cuando afirma que «el legislador parifica el “maltrato de obra” con la injuria grave de palabra, lo que significaría que basta la demostración por demandados de una de las dos alternativas en que consiste la regulación legal, para que haya de entenderse cumplidamente acreditada la causa invocada por el testador»; en el caso de la sentencia, el testador había desheredado por malos tratos y por injurias, resultando finalmente acreditadas «las amenazas e injurias graves, aunque no llegase a existir agresión o golpeamiento».

Estudiamos a continuación y por separado las dos conductas de los hijos y descendientes que pueden dar lugar a la sanción de desheredación. Pero existe alguna nota común, respecto de la cual conviene ya dejar constancia.

Estamos ante una expresión amplia que no ha de integrarse con los conceptos de malos tratos o de injurias penalmente relevantes (35), y por esta misma razón, no es necesaria una previa condena penal del desheredado fundada en tales hechos (36). No hay que olvidar que se está fuera del campo penal, correspondiendo al Juez o Tribunal civil apreciar si existe o no la causa

También señala que la segunda causa del artículo 853 del Código Civil viene «enunciada de forma disyuntiva», la SAP de Pontevedra, de 7 de febrero de 2002 (*EDJ* 2002/11829).

(35) Así, en concreto, BUSTO LAGO, J. M., en *Comentarios al Código Civil (art. 853)*, coord. BEROVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Pamplona, 2001, pág. 1008. En la misma dirección, estima VALLET DE GOYTISOLO, J. B., en *Comentario del Código Civil (art. 853)*, dir. PAZ-ARES, C. / BEROVITZ, R. / Díez-PICAZO, L. / SALVADOR CODERCH, P., t. I, Madrid, 1991, pág. 2089, que el Juez «no tiene que asimilar rígidamente las expresiones del Código Civil a las figuras delictuales tipificadas en el Código Penal; sino que, a juicio de la doctrina, todo debe resolverse teniendo en cuenta el tono de la familia, la conducta filial en general y, desde luego, el signo de cultura social en el momento en que se produce la ofensa»; la doctrina que cita VALLET es la de PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho civil español*, VI, *Sucesiones*, Madrid, 1976, pág. 542.

(36) Sobre esta cuestión decía MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, t. VI, vol. II, edición revisada y puesta al día por MARTÍNEZ-CALCERRADA, L., Madrid, 1973, pág. 228, que «basta el hecho de maltratar o injuriar, cuando el testador se funda en él, y los herederos, caso necesario, lo prueban. No vemos la necesidad de una sentencia condenatoria anterior a la desheredación». En este mismo sentido, LLEDÓ YAGUE, F., *Derecho de Sucesiones*, vol. I, Bilbao, 1989, pág. 338; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *op. cit.*, pág. 444; Díez-PICAZO, L. / GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Madrid, 1997, pág. 494; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., en *Comentario del Código Civil (art. 853)*, coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., t. 4, Barcelona, 2000, pág. 738; MORENO QUESADA, B., en AA.VV., *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de familia y sucesiones*, coord. MORENO QUESADA, B., Valencia, 2002, pág. 718.

Esta interpretación es la que sostiene también el Tribunal Supremo, en sentencia de 4 de noviembre de 1904 (*JC*, núm. 43): «... la desheredación es una institución de derecho civil establecida como facultad concedida al testador para reprimir las graves faltas y la maldad de aquellos que debieran heredarle; y tratándose del padre, el medio de castigar, valiéndose de su propia autoridad, al hijo que por su conducta o por las ofensas que le haya causado se haga indigno de sucederle; pero sin que para el ejercicio de este derecho, cuando de injurias graves se trate, haya de preceder una sentencia condenatoria...».

de desheredación; con palabras de la SAP de Guadalajara de 14 de noviembre de 1994 (37), «la doctrina ha venido enseñando, en materia de apreciación de materia litigiosa que ésta debe enjuiciarse, con criterio razonable, teniendo en cuenta las circunstancias subjetivas del infractor o infractores, grado de intencionalidad, grado de discernimiento, atenuantes y excusas de la situación concreta, las “objetivas” del hecho y en definitiva si todas ellas configuran una causa “justa e imputable a los legitimarios”».

Otra cosa es que, efectivamente, exista una sentencia penal, condenatoria o absolutoria, pero sin olvidar que la valoración de los hechos —no los hechos probados en sí mismos considerados, porque la realidad es una sola—, a efectos civiles y con parámetros propios, corresponde al Juez civil, que no está vinculado por lo decidido en la vía penal (38).

1. MALTRATO DE OBRA

La primera cuestión que se plantea es averiguar el significado de la expresión legal «haberle maltratado de obra». El concepto es de difícil precisión, pero esta tarea es ineludible y de gran importancia, porque del sentido que se le atribuya a la expresión depende la solución, a favor o en contra de la desheredación, de muchos de los casos que se están planteando ante nuestros Tribunales en los últimos tiempos.

En los antecedentes históricos que acaban de ser analizados, se pone de manifiesto que el maltrato de obra equivale a la violencia física. Basta traer aquí a colación, por resultar muy expresivo, el texto de Las Partidas (Ley IV, Título VII, Partida VI) en el que se habla de «quando el fijo, a sabiendas, e sañudamente, mete manos yradas en su padre, para ferirle o prenderle». La causa de desheredación se da cuando el hijo pone las manos sobre su ascendiente; son «las injurias de hecho», por utilizar la misma expresión que maneja GARCÍA GOYENA al glosar el artículo 672 del Proyecto de 1851.

En la doctrina, también se ha sostenido esta posición que equipara los malos tratos a la violencia física, posiblemente porque no se ha profundizado

(37) AC, núm. 1.994.

(38) Suelen, con cierta frecuencia, existir en estos casos denuncias del padre al hijo por malos tratos o por injurias. Los Tribunales han tomado en consideración el dato que representan las sentencias absolutorias, que, junto con otros, sirve para estimar no probados los malos tratos, como así sucede en las SSAP de Madrid, de 7 de marzo de 2000 (AC, núm. 1.230), y Pontevedra, de 10 de marzo de 2000 (AC, núm. 969); o las sentencias condenatorias por faltas de lesiones, para considerar existente la causa de desheredación por malos tratos, como ocurre en la SAP de Jaén, de 26 de mayo de 1999 (AC, núm. 5.315). Pero hay que insistir en que el Juez civil no está vinculado por lo decidido por el Juez penal cuando procede a la valoración de la causa aplicada.

y se ha tratado la cuestión de manera un tanto superficial. En este sentido, podemos destacar el análisis de la cuestión que hace varias décadas hizo PASCUAL QUINTANA (39), que identificó el maltrato de obra con la violencia física y las injurias con la violencia moral, señalando que «el trato que merecen los ascendientes, de sumisión y cariño, es incompatible con los procedimientos de violencia física o moral». Indica también que no falta quien ha confundido esta causa con el hecho de atentar contra la vida del testador, pero ello es inadmisibile, toda vez que, concretamente, ésta la regula el apartado 2.º del artículo 756 del Código Civil; el texto legal, a su juicio, se refiere a los descendientes que, faltando al mínimo de respeto y reverencia que se debe a los mayores, «les propinan golpes que pueden causarles lesiones, sin que sea preciso, para medir su alcance, estar a la delimitación penal de si raya en el ámbito del delito o de la falta, según el concepto que de las mismas, cuyo artículo 420 emplea la misma terminología que la del Código Civil, refiriéndose en sus artículos 582 y 583 a los malos tratamientos de los hijos a los padres. Conviene distinguir el concepto civil y penal de la falta, a los efectos de la desheredación, toda vez que este segundo no nos presta gran utilidad para la determinación del primero, ya que los malos tratos de obra no es preciso que se encuentren incursos en dicho Código; en la esfera civil es suficiente con que ella se motive para que el testador pueda usar de esta causa» (40).

(39) PASCUAL QUINTANA, J. M., *op. cit.*, pág. 113.

(40) SÁNCHEZ ROMÁN, F., *op. cit.*, págs. 1115-1116, se encarga igualmente de advertir las diferencias entre los malos tratamientos de obra y el atentado contra la vida del testador (art. 756.2.º del Código Civil, al que se remite el art. 853.I del Código Civil): en este último caso se exige la previa condena en juicio, que no es precisa en el caso de los malos tratamientos de obra que no lleguen a constituir atentado contra la vida. Añade a continuación que al atentado contra la vida corresponde el delito contra la vida del testador y ascendiente —parricidio— que deshereda, cometidos por parte del descendiente desheredado en sus grados de tentativa y delito frustrado, pues si llegara a ser consumado, como requisito previo a la desheredación, no podía sobrevenir ésta. Y termina concluyendo que «los malos tratamientos de obra comprenden todas las demás agresiones de carácter personal o contra la persona del testador, en todos sus grados, incluso el de lesiones, cualquiera que sea su gravedad, lo mismo delitos que faltas, pero no por imprudencia temeraria ni simple, puesto que falta el elemento moral de la intención, tan indispensable para esta aplicación civil, derivada del hecho delictivo». De la misma opinión es DE ROVIRA MOLA, A., *op. cit.*, pág. 265.

En cambio, MANRESA Y NAVARRO, J. M., *op. cit.*, pág. 227, parece no distinguir entre el maltrato de obra y el atentado contra la vida del testador: «todo acto comprendido en las palabras *maltratar de obra*, por insignificante que parezca, se halla contenido en esta causa, produzca o no lesiones, siempre que se realice con intención y no por imprudencia o falta de discernimiento, y con mayor motivo si constituye un atentado contra la vida de los padres, no castigado en virtud de sentencia», y añade que «en la palabra *maltrato* se comprende no sólo los delitos de parricidio, homicidio y lesiones, sino también los hechos calificados de faltas, y comprendidos en los artículos 582, 583, número 1.º, y 585, número 1.º del Código Penal vigente».

En la jurisprudencia no se llega a definir con precisión el concepto de maltrato de obra. Es necesario ir deduciendo de cada uno de los casos que se han planteado si el maltrato de obra únicamente se entiende referido a las situaciones de violencia física o si, en cambio, se extiende o se amplía a la violencia psíquica, situación esta última que englobaría lo que, con variedad de términos, las decisiones judiciales denominan malos tratos «morales», «psíquicos» o «psicológicos». Hay que señalar, en cualquier caso, que al haber considerado los Tribunales desheredación justa, por maltrato de obra, la del hijo que interpuso una demanda contra la madre reclamándole la propiedad de la casa en que vivía o la del hijo que expulsa de su domicilio a su madre, en ambos supuestos sin emplear fuerza física, la interpretación a la que se apunta es aquella que permite encuadrar en el maltrato de obra tanto la violencia física como la psíquica.

La SAP de Teruel, de 2 de julio de 1997 (41), aprecia la existencia de causa de desheredación por «los malos tratos de obra y palabra» de que fue objeto del testador, así como su «desatención, desprecio, falta de cuidados en las enfermedades y finalmente su inasistencia al funeral y entierro... hechos que no tienen disculpa alguna y aun cuando la Sala comprenda que la conducta de un alcohólico sea indudablemente muy difícil de tolerar y la convivencia con él forzosamente tenga que ser conflictiva, nunca puede justificar ni los malos tratos de palabra ni mucho menos las agresiones al mismo...». Tiene esta sentencia el inconveniente de no dar noticia detallada de los hechos que motivan la desheredación, pero en cambio resulta de interés en un aspecto concreto, en cuanto precisa que no atender al testador en su última enfermedad, ni asistir a su entierro, si bien es cierto que no pueden estimarse causa de desheredación por ser posteriores al otorgamiento del testamento e incluso a su fallecimiento, «tales hechos, como bien dice la juzgadora *a quo*, son el colofón y corroboradores de toda su actuación» (42).

En el Código Penal vigente, además de los delitos de lesiones, regulados en los artículos 147 y siguientes (entre los que se encuentra, sin ser propiamente uno de ellos, el delito de malos tratos en el ámbito familiar del art. 153), deben ser considerados los preceptos que contemplan agresiones de menor entidad contra la integridad física, caso de los artículos 617 y 621, dentro de las faltas contra las personas. Por su parte, el artículo 153 del Código Penal alude a la violencia psíquica en el ámbito familiar, existiendo otros preceptos que también toman en consideración la violencia psíquica, aunque sin referirla a ese concreto ámbito, como son los artículos 147, 173, 617.1 y 620.2.º del Código Penal.

(41) EDJ 1997/4875.

(42) Sobre este tema, ha señalado HERNÁNDEZ GIL, F., «La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos», en RDP, 1961, pág. 471, que las causas que dan lugar a la desheredación son, necesariamente, anteriores a la apertura de la sucesión. Lo prueba no sólo el artículo 849, sino también los motivos recogidos en los artículos 852 a 855, que se refieren a conductas realizadas en vida del causante y la declaración del artículo 856, que prevé la reconciliación posterior al momento de producirse la ofensa.

En la SAP de León, de 16 de octubre de 1998 (43), la cláusula de desheredación de los cuatro hijos de testador se basaba literalmente en «graves incumplimientos de deberes paterno-filiales y, según el Código Civil, abandono, no prestación de auxilio y ayuda, etc.». La sentencia de instancia consideró acreditada la concurrencia de la causa 2.^a del artículo 853 del Código Civil, pero la Audiencia Provincial estima el recurso al considerar que lo expresado en el testamento carece de ubicación en las concretas causas de desheredación del artículo 853 del Código Civil «a no ser que se haga una interpretación sumamente amplia de lo que se entiende por maltratos de obra, interpretación que, como ya hemos señalado, es descartada por la doctrina jurisprudencial en este ámbito»; incluso se dice por el Tribunal que aunque se pudiera relacionar la causa señalada por el testador con el maltrato de obra, nos encontraríamos con su falta de prueba en autos. La sentencia examina, a continuación, si la falta de cordialidad entre el testador y sus hijos puede ser reconducida a la existencia de maltrato de obra: «A estos efectos, se ha hecho hincapié en la sentencia apelada, en que las dos hijas del causante no fueran a ver a su padre, cuando éste estaba hospitalizado a consecuencia de la enfermedad que le produciría la muerte; que los dos hijos sólo acudieron varias veces y con brevedad a ver a su padre al Hospital; y que las hijas tampoco acudieron al funeral del testador. Por otro lado, también se tiene en cuenta que el testador fue expulsado del hogar familiar, en el que vivían sus dos hijas y su esposa, teniendo que ir a casa de un familiar sin ropa interior, y que, en términos generales, el testador fue desatendido por sus hijos. Sin embargo, y sin ánimo alguno de justificar ni repudiar la actitud de los hijos hacia el testador, y considerando otros datos que revela el conjunto de las pruebas que obran en autos, hemos de llegar a la conclusión de que no ha quedado acreditada la existencia del pretendido maltrato de obra hacia el testador, puesto que, aunque es cierto que no es necesario que haya una Resolución penal que recoja ese maltrato, como así señala en la Resolución recurrida aludiendo a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1975, lo cierto es que, en el supuesto que nos ocupa, lo único que se aprecia, de forma indubitada, son, unos hechos, que serían reflejo de la hostilidad de las relaciones del testador con sus hijos, sin que necesariamente esa hostilidad pueda ser imputada a una u otra parte, ni tampoco ser considerada como la materialización de una violencia física, o incluso psíquica, de los descendientes hacia el testador». Tras introducir algunos matices, en sentido contrario a lo decidido por la sentencia de instancia (44), concluye la Audiencia que «nos

(43) *EDJ* 1998/32350.

(44) «Si bien los hijos no estuvieron un tiempo considerable en el hospital con su padre, e incluso las hijas no fueron a visitarle al hospital ni acudieron a su funeral, no puede ignorarse lo manifestado por la Asistencia Social y el médico que atendieron en el

encontramos ante una serie de hechos que ponen de relieve la relación hostil a la que ya se ha hecho referencia, entre el testador y sus hijos, pero en modo alguno esa relación puede equipararse a un maltrato de obra por parte de los ahora recurrentes hacia quien fue su padre, que sea causa legal de desheredación. Por ello, sin que sea éste el lugar para tratar cuestiones que afectan a la conciencia de las personas, hemos de remitirnos al artículo 851 del Código Civil, para acordar la anulación de la institución de herederas hecha por el testador...».

La SAP de Jaén, de 26 de mayo de 1999 (45), estima la causa de desheredación por maltrato de obra, existiendo procedimientos penales en los que fueron condenados los hijos por faltas de lesiones. Junto a esto, los testigos

Hospital de León al testador, o testigos, vienen a señalar que este último pidió que no se avisara a nadie, que no se contara con su familia, y que no se dejase pasar a sus hijos. Por otro lado, los dos hijos son Guardias Civiles, uno de ellos casado, y ambos con vida independiente, destinados fuera de León, según consta en las certificaciones emitidas al efecto y que obran en autos, lo que también podría influir en la falta de una asistencia más asidua al Hospital de León, en el que estaba ingresado el testador, dejando al margen la versión de las dos hijas del fallecido, en el sentido de que otros familiares no les permitieron entrar al hospital ni asistir al funeral»; «En cuanto a la expulsión del domicilio familiar, por una parte se ha señalado que, antes de dicha expulsión, su esposa e hijas le hacían abonar 30.000 pesetas en concepto de hospedaje, que cuando se le expulsó iba sin ropa interior, y que manifestaba haber recibido maltratos y vejaciones por su propia familia, todo ello según lo declarado en la testifical de un compañero que trabajaba con el testador y un tío de éste, además de lo manifestado por las demandadas en sus respectivas Confesiones Judiciales. Pero, por otro lado, ha quedado constancia de que, tras la separación matrimonial por mutuo acuerdo del testador y su esposa, mediante la sentencia de 4 de julio de 1991 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de León, en la que se aprobó un Convenio Regulador que atribuía a la esposa el uso y disfrute de la vivienda que fue el domicilio conyugal, el testador volvió a dicho domicilio, permaneciendo en él durante cuatro años aproximadamente, hasta el mes de septiembre de 1995, lo cual no parece corresponderse con la efectiva existencia de maltratos por parte de su esposa e hijas, cuando el testador disponía de un trabajo remunerado en el Hospital de León, que le debía permitir llevar una vida independiente si esa era su voluntad. Por otro lado, la parte actora ha alegado que la salida del testador del domicilio en el que habitaba su esposa e hijas, fue a raíz de dos denuncias relizadas contra una de sus hijas ante la Inspección Provincial de Trabajo, con el fin de que se acordara la extinción de la pensión de alimentos fijada judicialmente a favor de la misma en la sentencia de Separación. Y, en efecto, en la Confesión Judicial que realiza el propio testador, con motivo del Incidente de Modificación de Medidas 77/96, ante el Juzgado señalado, promovido por él mismo, para que se dejara sin efecto la pensión de alimentos fijada para su hija doña Begoña, señala que el día 15 de septiembre dejó de residir en el domicilio conyugal (posición 1.ª) y que era cierto que presentó denuncia contra su hija en la Inspección Provincial de Trabajo (posición 7.ª), lo cual contrasta con la circunstancia que la parte demandada atribuye a esa pretendida expulsión del domicilio familiar. Finalmente, señalar que, como ya se ha señalado, el testador tenía un trabajo remunerado como calefactor en el Hospital de León, por lo que no parece que fuera preciso una asistencia económica por parte de sus hijos, cosa sobre la que ni siquiera ha habido controversia entre las partes».

(45) AC, núm. 5.315.

que declararon en autos pusieron de manifiesto las escasas relaciones que, motivadas posiblemente por el proceso de separación de los padres, mantuvo el testador con su esposa e hijos, negándose éstos de modo sistemático a mantener contactos con su padre, no siendo visitado nunca en el tiempo que vivió en Úbeda, ni siquiera en su última enfermedad y entierro, aunque los demandantes se presentaron dos días después para averiguar todo lo relativo a la herencia, pero la Audiencia señala que «éstos últimos hechos no los ha considerado el TS como causa suficiente de desheredación, por no tener acogida en los términos estrictos del artículo 853 del Código Civil (sentencia de 4 de noviembre de 1997). Ahora bien, no se trata del mismo supuesto que enjuiciamos, pues aquí se han seguido múltiples procedimientos en los que se ha condenado por una sanción penal, y en otros se ha absuelto de las amenazas vertidas. Además esa situación, como se dijo, no fue aislada, sino que duró mucho tiempo, hasta el fallecimiento del padre, que tampoco fue atendido mínimamente por los hijos, de ahí que como en un supuesto similar concluye el TS (sentencia de 26-6-1995), la causa de desheredación por maltrato de la víctima e injurias haya de estimarse legalmente correcta».

En la SAP de Guadalajara, de 14 de noviembre de 1994 (46), el maltrato se identifica, al parecer, con la agresión física. El testador había desheredado a dos hijos tanto por maltrato como por injurias, y con base sólo en éstas la Audiencia mantiene la validez de la cláusula de desheredación, por estimar que existen suficientes demostraciones de que la causa de desheredación era cierta «respecto de ambos demandantes, con intervención distinta en las discusiones y enfrentamientos según su diverso carácter..., y desde luego de manera innegable en lo referente a las amenazas e injurias graves, aunque no llegase a existir agresión o golpeamiento».

En cambio, se sitúa en un plano distinto la STS de 26 de junio de 1995 (47), ya que no estima necesario el empleo de fuerza física para que existan malos tratos de obra. La madre había sido expulsada del domicilio de su hijo —el hijo se excusaría diciendo que no fue él, sino su esposa, la autora material de la expulsión, argumento que rechaza el Tribunal por entender que en cualquier caso la consintió—, pasando a ocupar otra vivienda inmediata o cercana en estado ruinoso y sin otras atenciones y ayudas que las de una sobrina. Esta actitud del hijo se prolongó en el tiempo hasta el fallecimiento de la madre, confirmando el Tribunal Supremo los fallos de primera instancia y apelación que declararon ser la conducta constitutiva del maltrato que, como causa de desheredación, prevé el número 2 del artículo 853 del Código Civil: «...no es necesario que la expulsión del domicilio por el hijo o por su esposa pero aceptada por

(46) AC, núm. 1.994.

(47) RAJ, núm. 5.117.

él, sea mediante el empleo de fuerza física para que en la conducta de éste deba reputarse existente el maltrato de obra que la norma del artículo 853.2 del Código recoge como causa de desheredación, máxime cuando el estado de cosas que sigue a la salida de la casa de la madre, continúa durante años en los que ésta, vive precariamente sin ser mínimamente atendida en modo alguno por el descendiente cuya desheredación, por maltrato según el testamento de la víctima ha de reputarse legalmente correcta rechazando la impugnación que se ha efectuado por el interesado...».

Siguiendo la dirección de la STS de 26 de junio de 1995, la SAP de Palencia, de 20 de abril de 2001 (48), considera que tampoco el maltrato de obra exige el empleo de fuerza física. La cuestión básica radica en considerar si el ejercicio de una acción judicial, en las circunstancias concurrentes en el caso, constituye o no maltrato de obra, afirmando la Audiencia: «Por maltrato de obra deberá de considerarse toda aquella acción u omisión tendente a causar un menoscabo físico o psíquico, en este caso al progenitor y testador, con el consiguiente menoscabo o sufrimiento en el que lo recibe, sin justificación inmediata en la propia actitud del testador; y en el presente caso nos encontramos con que don Braulio, a pesar de la anciana edad de su madre, ya en el año mil novecientos ochenta y nueve, pretende la declaración de la propiedad de un piso que ella habitaba con frecuencia mediante el ejercicio de una acción judicial, piso que con posterioridad y hasta la saciedad se ha demostrado que era de la propiedad de doña Leonor, originándola con ello un evidente quebranto psicológico que trae causa en la defensa que tuvo que ejercitar para defender su propiedad, así como en las preocupaciones y gastos que de forma inmediata se le produjeron por tal situación. Tales circunstancias sí debe considerarse que constituyen un maltrato psíquico que por el devenir de los acontecimientos se reveló absolutamente injustificado y en suma una falta de respeto que don Braulio debía a su madre que sin duda originaron un quebranto y un sufrimiento en doña Leonor y ello encaja por tanto en la definición de maltrato de obra a que se ha hecho referencia, y que está regulada como causa de desheredación en el artículo 853.2 del Código Civil».

No aprecia la desheredación la SAP de Vizcaya, de 26 de febrero de 2002 (49), en la que existía un problema convivencial que, según palabras de la Audiencia, no es susceptible de incardinación en la causa de desheredación: «De las actuaciones no puede sonsacarse prueba rotunda, precisa y concluyente, que nos fije un maltrato de obra o una injuria grave de palabra...», para concluir más adelante que «todo lo cual conlleva, la analítica global, un problema convivencial no susceptible de incardinación en causa de

(48) Act.civ., @ 632.

(49) AC, núm. 1.374.

desheredación, no olvidemos la prioridad de la sangre sobre la voluntad en nuestro texto civilístico, la interpretación restrictiva y la necesidad de probanza rotunda». Sobre la ausencia del hijo único del testador en el centro hospitalario o en el funeral, señala la sentencia que es un episodio «ajeno a la causa de desheredación, sin incidencia propia en la misma».

Partiendo del dato que acaba de proporcionar la jurisprudencia, que permite englobar las situaciones de violencia psíquica, podemos sin duda aproximarnos con mayor seguridad al concepto de malos tratos de obra que integraría la causa de desheredación del artículo 853.2.^a del Código Civil. El precepto no sólo sanciona los atentados contra la integridad física, sino también los que se producen contra la integridad psíquica. En el fondo, lo que está implicado en este tipo de comportamientos es la dignidad de la persona en el seno de la familia, que se materializa en el derecho a no ser sometido a malos tratos; desde la óptica del Derecho civil, más que la integridad física o psíquica, que gozan de una protección penal específica, podríamos decir que lo que se protege es el respeto que los padres o ascendientes merecen como consecuencia de la relación parental que les une con los hijos o descendientes. El artículo 853.2.^a del Código Civil permite la desheredación cuando el hijo o descendiente falta a ese respeto y maltrata de palabra —injurias graves— o de obra, y en este último caso el maltratamiento puede provenir de una agresión física o de actos idóneos para ser considerados violencia psíquica —de los que es difícil ofrecer una enumeración exhaustiva, aunque la jurisprudencia antes citada ya nos suministra algunos ejemplos—. Tratar mal al padre o a la madre, por medios y vías diferentes a lo que es la agresión física, debe también tener su sanción en la causa segunda del artículo 853 del Código Civil. En la misma línea que decía GARCÍA GOYENA que «hay injurias de palabra tan graves como las de hecho, aun más sensibles según la condición de las personas», puede ahora afirmarse que hay malos tratos psíquicos tan graves o más que los físicos (50). Los antecedentes históricos, que vinculan sin duda esta causa con la violencia física —recuérdese una vez más la expresión «poner manos airadas» en el ascendiente—, no son determinantes, a pesar de su importancia y trascendencia en esta materia de la desheredación. La realidad social varía con el tiempo, y los principios también, debiendo utilizarse todos los elementos de interpretación para llegar al verdadero significado de la fórmula legal; reducir hoy la figura al maltrato de obra a su

(50) Los malos tratos psicológicos, de muy diversa manifestación, alcanzan en ocasiones índices de gravedad notables, superiores incluso a los que resultan del empleo de la violencia física. Resulta especialmente interesante en este punto la reforma del artículo 153 del Código Penal operada por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, que introduce la violencia psíquica como modalidad de conducta. Sobre este tema, *vid.* OLMEDO CARDENETE, M., en *Comentarios al Código Penal (art. 153)*, dir. COBO DEL ROSAL, M., t. V, Madrid, 1999, págs. 489 y sigs.

acepción más estricta de acción que se efectúa materialmente —es decir, vincular la conducta del maltrato a la producción de un resultado material de agresión o lesión—, no daría cuenta de la verdadera dimensión de esta causa de desheredación.

Este concepto de malos tratos de obra nos permitirá, más adelante, criticar algunos planteamientos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias que se vienen manteniendo en torno a la interpretación de esta causa de desheredación. La razón es que no sólo debe tomarse en consideración las agresiones físicas, consistentes en bofetadas, puntapiés, puñetazos, tirones de pelo, empujones, etc., sino también el menoscabo psíquico —sufrimiento, humillación, angustia, etc.— que haya podido causarse al padre o ascendiente por el abandono sentimental al que se le ha sometido como consecuencia de la falta de relación y comunicación, siempre que la ruptura de relaciones no sea imputable al propio testador (51).

Cabe, en último término, realizar algunas precisiones sobre diferentes aspectos relacionados con la desheredación *ex* artículo 853.2.^a del Código Civil:

1.º La determinación de cuándo ha existido maltrato de obra es una cuestión de hecho que deberá valorarse por el Juez o Tribunal —recuérdese la «latitud» de que hablaba GARCÍA GOYENA— en función de los distintos supuestos que se lleguen a plantear.

2.º Es evidente que el maltrato de obra existe cuando hay agresión física, cuando se actúa contra la integridad física del padre o ascendiente. Debe, sin embargo, advertirse que lo más acertado es separar y distinguir este maltrato de obra de lo que constituiría «atentado contra la vida», ya que este caso específico es una causa *distinta* de desheredación, por la remisión que el artículo 853 del Código Civil efectúa al artículo 756.2.º del Código Civil. No deben ser confundidos estos dos supuestos, ya que se encuentran regulados de manera separada en el Código. El maltrato de obra del artículo 853.2.^a del Código Civil, por muy grave que sea, no es un caso de «atentado contra la vida», situación esta última que tiene su propia regulación en otro precepto del Código.

3.º La doctrina —en concreto, PUIG PEÑA (52)— ha puntualizado que no especifica nada el Código acerca de la «intensidad» del maltrato de obra, entendiendo que cualquier maltrato de obra «intencionalmente» producido en la persona del ascendiente será causa bastante para la desheredación.

(51) Puede plantearse la duda de si los insultos o injurias integran también la noción de violencia psíquica. Nuestra postura sería la de aplicar la subcausa del artículo 853.2.^a del Código Civil referida a las injurias.

(52) PUIG PEÑA, F., *op. cit.*, pág. 542.

2. INJURIAS GRAVES DE PALABRA

La desheredación por haber el hijo o descendiente «injurado gravemente de palabra», que es la otra conducta prevista en el artículo 853.2.^a del Código Civil, plantea de inmediato la relación que puede existir entre esta causa y la regulación penal de la injuria (53).

La doctrina más clásica abordó en su momento la cuestión y sentó algunos criterios de interpretación acerca de las injurias graves, que hoy siguen siendo válidos, siempre y cuando se adapten convenientemente al momento presente (54).

Se decía que aunque el Código Penal puede servir de guía, la palabra *injuria* debe tomarse más bien en el sentido vulgar que en el legal, y la gravedad debe ser apreciada por los Tribunales (55). Respecto de la calumnia, falsa imputación de un delito de los que pueden perseguirse de oficio según su antigua definición, se afirmaba que ya motiva en los casos graves una causa de indignidad, con arreglo al número 3.º del artículo 756, pero aunque no se refiera a delitos que merezcan pena aflictiva (56), debe considerarse

(53) La definición del delito de injuria se encuentra actualmente en el artículo 208 del Código Penal, cuyo primer párrafo establece que «es injuria la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación», limitando el párrafo segundo el delito de injuria a las lesiones «graves» del honor, pues señala que «solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves», lo que recorta enormemente su ámbito de aplicación en favor de la falta de injurias leves tipificada en el artículo 620.2.º del Código Penal. Al respecto, DEL MORAL GARCÍA, A., en *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia* (art. 208), t. II, Granada, 2002, pág. 1551.

(54) Así ocurre señaladamente con el nuevo Código Penal, que proporciona criterios interpretativos orientadores de gran utilidad.

(55) Así, VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, t. V, Valladolid, 1925, pág. 313; MANRESA Y NAVARRO, J. M., *op. cit.*, págs. 227-228; DE ROVIRA MOLA, A., *op. cit.*, pág. 266, quien afirma que «el Código Civil no contiene ninguna remisión a los preceptos de carácter penal, que, a lo más, deben servir de orientación». De manera distinta parece opinar PASCUAL QUINTANA, J. M., *op. cit.*, págs. 113-114, que se remite al concepto de injuria del Código Penal y a la calificación de graves que se contiene en el mismo cuerpo legal.

En el actual Código Penal, la delimitación de la gravedad de la injuria la realiza el párrafo 2.º del artículo 208, que maneja conceptos tales como la naturaleza, efectos y circunstancias de la ofensa, a la vista de los cuales se ha afirmado por DEL MORAL GARCÍA, A., *op. cit.*, pág. 1551, que «no son fáciles mayores precisiones y será la discrecionalidad judicial la que en definitiva soporte la tarea de establecer las difusas fronteras entre las ofensas “graves” y las “no graves”». El párrafo 3.º del artículo 208 del Código Penal establece una regla más concreta al disponer que cuando la injuria consista en la imputación de hechos no podrán considerarse graves salvo que se realicen con conocimiento de su falsedad o con temerario desprecio de la verdad.

(56) La inicial redacción del artículo 756.3.º del Código Civil aludía a «pena aflictiva», recogiendo así una de las clases de penas a que se refería el artículo 27 del Código Penal de 1870, que las clasificaba en aflictivas, correccionales, leves, comunes a las tres

como una causa de desheredación, comprendida en el artículo 853.2.^a del Código Civil, para lo cual basta tomar la palabra *injuria* en un sentido amplio y vulgar (57).

La STS de 9 de julio de 1974 (58), que más adelante se analizará, contiene en esencia el mismo parecer en lo relativo al requisito de gravedad y al tratamiento que debe recibir la calumnia.

La jurisprudencia estima que debe concurrir intencionalidad o ánimo de injuriar (*animus iniurandi*) (59). Así, manifiesta la STS de 9 de octu-

clases anteriores, y accesorias. La actual redacción procede de la Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento, que sustituye la expresión «pena afflictiva» por la de «pena no inferior a la de presidio o prisión mayor».

(57) Así, SÁNCHEZ ROMÁN, F., *op. cit.*, pág. 1116; MANRESA Y NAVARRO, J. M., *op. cit.*, págs. 227-228. En contra de la inclusión, vid. PASCUAL QUINTANA, J. M., *op. cit.*, pág. 114, para quien el dar a esta causa esa amplitud pugna no sólo con el concepto penal de injuria grave, sino con el criterio penal interpretativo de los preceptos sancionadores que, en nuestro Derecho, se viene haciendo en sentido restrictivo.

El delito de calumnia está tipificado en el Código vigente en el artículo 205: «Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad». La calumnia se ha considerado tradicionalmente como un supuesto agravado de la injuria (así MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2001, pág. 277). El Código Penal de 1995 incorpora una definición novedosa frente a la del antiguo artículo 453: («Es calumnia la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio»), y por ello tras la nueva redacción la imputación puede ser tanto de un delito perseguible de oficio como de cualquiera de los perseguibles a instancia de parte, ampliación de la conducta que se ha considerado de todo punto razonable (así, CARMONA SALGADO, C., en *Curso de Derecho penal español. Parte Especial*, I, dir. COBO DEL ROSAL, M., Madrid, 1996, pág. 475). La acción consiste en imputar falsamente un delito a otra persona, y la imputación ha de ser de un delito, no de una falta, cuya imputación falsa puede ser, en su caso, injuria; por delito hay que entender cualquier hecho subsumible en un tipo legal de injusto: es indiferente la calificación que el sujeto dé a los hechos o el grado de ejecución o de participación criminal que afirme (al respecto, MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, pág. 278).

(58) *RAJ*, núm. 3.556.

(59) Se ha señalado que la añeja y conocida teoría del *animus iniurandi*, a tenor de la cual para que existiese delito de injurias no bastaba que las expresiones fuesen objetivamente injuriosas, sino que además se exigía un especial ánimo de lesionar el honor, ha quedado erradicada con el nuevo Código Penal. La nueva definición legal de injuria del Código Penal excluye toda referencia subjetivista y hace desaparecer la base que sustentaba la teoría del *animus iniurandi*, concebido como un elemento subjetivo del injusto. La modificación enlaza con la más reciente doctrina que cada vez con mayor insistencia venía entendiendo que el *animus iniurandi* había de identificarse con el dolo genérico, sin que existiese base legal ni lógica para exigir un *plus* respecto de ese dolo. En este sentido, DEL MORAL GARCÍA, A., *op. cit.*, págs. 1552-1553.

Para QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., en *Comentarios al nuevo Código Penal (art. 208)*, dir. QUINTERO OLIVARES, G., coord. VALLE MUÑOZ, J. M., Pamplona, 1996, pág. 1018: «...en el nuevo delito de injurias no es posible sostener la necesidad de un elemento subjetivo del injusto. El dolo ha de captar el carácter atentatorio para el honor ajeno que alberga la expresión, acción o imputación realizada, y si esa cognición y volición se producen —de no ser así el hecho será atípico— no hace falta añadir un elemento

bre de 1975 (60), que «el desheredado no tuvo el propósito de agravar el honor de su progenitor, y que, por ende, falta el *animus iniurandi*, cuya existencia es necesaria para viabilizar la acción de desheredación de que se trata».

Es la ausencia de este elemento lo que determina que no se consideren injurias las manifestaciones vertidas en el curso de un proceso judicial, cuando se hacen en defensa, más o menos vehemente, de derechos propios (61).

La primera decisión a considerar es la STS de 20 de junio de 1959 (62). La testadora desheredó en testamento a sus dos nietos «por haberla injuriado gravemente y maltratado de palabra y por escrito singularmente al contestar la oposición del juicio ejecutivo...». El punto de partida del conflicto se encuentra en el juicio de testamentaría del marido de la testadora —abuelo de los nietos desheredados— en el que la madre de los nietos rechaza el cuaderno particional y las adjudicaciones hechas por el contador-partidor; como fórmula transaccional, se llega al acuerdo entre la abuela, el hijo Fernando —después designado único heredero en el testamento— y los nietos de aceptarse por éstos el cuaderno particional y que la abuela reconociese adeudarlos una suma de dinero determinada, con garantía subhipotecaria; llegado el vencimiento del crédito la abuela se niega a pagar y los nietos entablan juicio ejecutivo, en el curso del cual se producen las manifestaciones en las que se apoya la cláusula de desheredación. La desheredación no prospera, siendo anulada por el Juzgado de Primera Instancia, cuyo fallo más tarde confirmarían la Audiencia y el Tribunal Supremo. Se dice, en concreto, que «en el escrito contestando al de oposición al ejecutivo que los mismos formularon contra su abuela la testadora, no se imputa a esta ningún delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio ni podían considerarse como injuriosos, por ser originados como defensa de la tesis que sustentaba en cuanto al carácter del documento que les sirvió para promover contra su abuela el procedimiento de ejecución; que no han quedado concretadas las frases o expresiones que se atribuyen vertidas por los nietos contra su abuela».

subjetivo del injusto, cuya única virtud en el Derecho anterior, era cerrar toda posibilidad de imputación a título de imprudencia».

(60) *RAJ*, núm. 3.583.

En la doctrina civil se afirma también que es precisa la intencionalidad o *animus iniurandi* de esta causa, sin que pueda encajar la imprudencia temeraria. Al respecto, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (art. 853 del Código Civil), dir. ALBALADEJO, M., t. XI, Madrid, 1982, pág. 571.

Hay que advertir, sin embargo, la desaparición en el nuevo Código Penal del *animus iniurandi*. Respecto de la injuria por imprudencia, queda también en el Código vigente excluida la posibilidad.

(61) Este criterio se marca en la STS de 6 de diciembre de 1963 (*RAJ*, núm. 5.207), dictada con ocasión de un caso de desheredación del cónyuge.

(62) *RAJ*, núm. 2.922.

La STS de 9 de octubre de 1975, antes citada, señala que «las manifestaciones hechas en la demanda..., como las efectuadas en la confesión judicial prestada por el desheredado en el juicio..., han sido emitidas con simple intención, de acuerdo de la tesis sostenida en nombre del desheredado, únicamente en defensa, mas no injuriantes, de los derechos que este se creía asistido en pretendida justificación de sus asertos y pretensiones mantenidas en los relacionados procedimientos judiciales...».

En la misma dirección se han pronunciado fallos posteriores, como las SSTs de 28 de junio de 1993 (63) y 14 de marzo de 1994 (64).

En la STS de 28 de junio de 1993, la desheredación *ex* artículo 853.2.^a del Código Civil se basaba en la circunstancia específica del contenido de la declaración que prestó la hija en el procedimiento de divorcio de los padres, cuando al ser repreguntada sobre la condición única de empleada de cierta señorita, aclaró: «no es cierto, puesto que la tal señorita es una empleada, y además la amante de mi padre». El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia que declara que no concurre causa de desheredación: «El contenido de la declaración que prestó la actora en el procedimiento de divorcio, como bien dice el Tribunal *a quo*, vino forzada por el contenido de la pregunta y la obligación de decir verdad, y de cualquier modo, estuvo ausente el *animus injuriandi*, indispensable en estos casos». En el caso de autos surge de modo inevitable la ausencia de relaciones existente entre el testador y su hija, tema éste sobre el que se pronuncia también la sentencia, sentando un criterio que va a tener cierto seguimiento por las Audiencias Provinciales; se dice, en concreto: «Hasta aquí la interpretación puramente jurídica de los preceptos que regulan la institución; la falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por éste durante su última enfermedad, la ausencia de interés, demostrado por la hija, en relación con los problemas del padre, etc., etc., son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica, y que en definitiva sólo están sometidos al Tribunal de la conciencia».

En la STS de 14 de marzo de 1994 el testador había desheredado a su hija por haberlo injuriado gravemente en el escrito de réplica, no apreciándose la concurrencia de causa de desheredación porque «el escrito no fue redactado por doña Purificación sino por su abogado, que fue hecho en defensa de los derechos que creía que asistían a su cliente, y no hubo propósito de agraviar».

Fuera del marco de un procedimiento judicial, encontramos la SAP de Granada, de 23 de mayo de 1997 (65). Aunque «quizá alguna expresión sea

(63) *RAJ*, núm. 4.792.

(64) *RAJ*, núm. 1.777.

(65) *AC*, núm. 1.212.

irrespetuosa, incluso alguna falsa», no se ha considerado que tuvieran como motivo «el de insultar, ofender o injuriar» las manifestaciones hechas por la hija desheredada a su madre en una carta que le dirigió y que analizada en su conjunto desprende un sentimiento de marginación familiar hacia ella. Repara el Tribunal en un dato de especial trascendencia y es que cualquiera que fuera la calificación que mereciera esta carta, nunca puede ser tenida en cuenta al momento de la desheredación, sencillamente porque se escribió cinco meses después del testamento.

Un caso de injurias verbales es el de la SAP de Murcia, de 5 de octubre de 2000 (66), en el que se considera inaplicable la causa de desheredación segunda del artículo 853 del Código Civil, prestando especial atención el Tribunal a que la desheredada —hija única— no tenía más de quince años cuando sucedieron los insultos y que sus facultades mentales no eran normales.

La desheredación por injurias graves ha prosperado en algunas decisiones jurisprudenciales que pasamos a comentar, si bien el criterio general de los Tribunales es el de exigir con bastante rigor la prueba de los hechos o palabras injuriantes para dar eficacia a la desheredación (67).

La STS de 4 de noviembre de 1904 (68) constituye una de las principales referencias de la interpretación jurisprudencial del artículo 853.2.^a del Código Civil, en concreto en lo que se refiere a la desheredación por injurias graves, al afirmar la irrelevancia de que haya precedido una sentencia condenatoria y la discrecionalidad del juzgador para apreciar la gravedad de las injurias si la desheredación hubiese sido impugnada. Los hechos que habían motivado la decisión del padre de proceder a la desheredación —y que, en un primer momento, fueron expresamente reconocidos por el hijo desheredado, que hizo ante Notario manifestaciones de las que se levantó la oportuna acta— consistían en «haber faltado grave y reiteradamente de palabra..., con injurias en su

(66) *EDJ* 2000/44916. No parece acertado el razonamiento de la sentencia, conforme al cual, «cuando doña María Dolores insultó a su madre tendría entre doce y quince años, es decir, era menor de edad penal, lo cual hace inaplicable al presente caso la causa de desheredación segunda del artículo 853 del Código Civil». Los preceptos del Código Penal relativos a la injuria pueden servir de guía, pero el Juez civil no está vinculado por lo que disponen, y la misma conclusión debe hacerse con respecto a la edad del desheredado. Siendo esto criticable, no puede negarse que la decisión es acertada en lo que se refiere al fondo del asunto.

(67) Puede citarse, siguiendo a MARTÍN PÉREZ, J. A., *op. cit.*, pág. 1575, el ejemplo de la STS de 30 de septiembre de 1975 (*RAJ*, núm. 3.408), al no considerar probados los malos tratos ni las injurias, a pesar de existir dos juicios de faltas donde se había condenado al hijo a instancias del padre. El testador, Notario de Las Palmas, deshereda a su hijo, de quien dice le ha maltratado de obra e injuriado gravemente en repetidas ocasiones y circunstancias, con grave perjuicio para su salud, edad y prestigio personal, pudiéndose acreditar tales imputaciones —manifiesta— en dos juicios de faltas celebrados en los años 1957 y 1958, que cita.

(68) *JC*, núm. 43.

presencia y ausencia» y «amenazas de causarle grave daño en su persona y bienes, cuando aquél no le complacía en sus descabelladas pretensiones, o le daba consejos encaminados a regular su vida licenciosa», ya que el hijo pedía insistentemente dinero a su padre y ante la negativa de éste le llamaba «usurpador y ladrón», «infame y criminal», etc. En el segundo considerando, la sentencia declara que para el ejercicio del derecho a desheredar que tiene el padre, en caso de injurias graves, no es necesario que proceda sentencia condenatoria: «1.º porque la Ley sólo exige este requisito previo cuando haya incurrido el hijo en un delito que lleve consigo la pena de interdicción civil; 2.º porque correspondiendo a los herederos del testador la prueba de la certeza de la causa de la desheredación, si el desheredado la negare, a tenor del artículo 850 del Código, no sería esta prueba compatible con la desheredación hecha en un fallo anterior que necesariamente vendría a prejuzgarla; 3.º porque la necesidad de ejercitar por medio de querella la acción penal por el delito de injurias podría dificultar, y tal vez hacer ilusorio, el derecho de carácter civil concedido al padre, sobre no compadecerse tampoco la ritualidad y las exigencias de un procedimiento criminal con la intimidad de los vínculos familiares y los deberes de sumisión y respeto en el hijo, de que no es dable prescindir en las relaciones del derecho, aunque por el mismo hayan sido olvidadas; y 4.º porque la gravedad de las injurias de que se trata queda evidentemente patentizada con la simple enunciación de las palabras en que consisten y que en la sentencia recurrida se determinan, al consignar que son las que expresan los testigos que sobre ello fueron interrogados».

La STS de 9 de julio de 1974 (69) aprecia que es justa la causa de desheredación invocada por el testador, que privaba de la legítima a sus hijos «por el mal comportamiento que han tenido conmigo y con mi actual esposa, llegando a graves amenazas y calumnias...». El Tribunal Supremo efectúa diversas consideraciones de interés, que son útiles para la interpretación del precepto. Por un lado, sobre la utilización del término calumnia, señala que «por constituir un agravio contra el honor de mayor entidad que las injurias, puede suplir al empleo de estas a efectos de lo dispuesto por el número 2.º del referido artículo 853, por imperativo del principio general del Derecho: *Ubi est eadem ratio, debet esse eadem juris dispositio*, siendo ese el criterio mantenido por la sentencia de esta Sala de 20 de junio de 1959, que al interpretar el número 2.º del artículo 853, inspirándose en esa doctrina, no eludió la posibilidad de comprender en él las calumnias dirigidas contra su causante». Por otro, se relacionan como hechos integrantes de la causa segunda del artículo 853 del Código Civil, «el mal comportamiento de los hijos, llegando a robar a su padre», «el abandono, falta de ayuda y mal trato, incluso

(69) *RAJ*, núm. 3.556.

el injurioso», «la explícita imputación de la convivencia del padre en relación con la calificada de indigna conducta de la segunda esposa», siendo indudable, a juicio del Tribunal, que tales frases deben ser estimadas como «injurias graves susceptibles de servir de base para apoyar la desheredación, con arreglo a lo establecido en el número 2.º del artículo 853 del Código Civil, tanto porque, las entrecomilladas en segundo lugar constituyen una verdadera calumnia proferida contra el testador, al contener la acusación de un delito de bigamia, como porque, si se entendiera lo contrario, habrían de encuadrarse dentro del marco de las injurias a que el precepto se refiere...».

La STS de 16 de julio de 1990 (70), presenta un caso de desheredación justa de las dos únicas hijas legitimarias. De la apreciación conjunta de las pruebas practicadas se desprende con razonable convicción que las hijas «no guardaron el debido comportamiento con su padre ni el respeto (que el art. 155 del Código Civil previene) pronunciando e infiriendo contra don Emilio C. F., su padre, palabras injuriosas e insultos cayendo y dejándolo en el olvido, sin mantener, durante mucho tiempo y hasta su muerte relación alguna». Las hijas, según se lee en la sentencia, le llamaban «hijo de perra cabrón», «cabrón hijo de...», «hijo de perra», siendo estas expresiones constitutivas de injurias graves previstas en el artículo 853.2.ª del Código Civil.

La SAP de Guadalajara, de 14 de noviembre de 1994 (71), revoca la sentencia de instancia y mantiene la desheredación de dos hijos que había sido impugnada. La desheredación que se impugna estaba integrada por la declaración expresa del testador de privar a los legitimarios, don José y don Agustín, de participar en su herencia, especificando que la hace por haberle maltratado de obra e injuriado gravemente de palabra (núm. 2 del art. 853 del Código Civil). Parece que el testador desheredó por las dos conductas previstas en la norma, aunque finalmente el resultado de la prueba practicada demostró que sólo habían existido injurias, aunque como sabemos esta circunstancia es por sí sola suficiente para que tenga eficacia la cláusula de desheredación, ya que se emplea la disyuntiva «o». La Audiencia presta atención a las declaraciones de la madre demandada, que manifiesta que «no hubo agresión, pero sí amenazas y que han existido muchos insultos», y que afirma conocer la intención de su marido de desheredar, habiéndole acompañado cuando fue a la Notaría a otorgar testamento; al testimonio de una hermana de la madre, «que refiere las expresiones proferidas y las amenazas, según

(70) *RAJ*, núm. 5.886.

Acerca de esta sentencia, ha destacado REBOLLEDO VARELA, A. L., *op. cit.*, pág. 135, nota 17, que a pesar de las injurias vertidas, las hijas impugnan el testamento y aun después de perder en instancia y apelación recurren en casación, «lo que de alguna manera es significativo de considerar muy excepcional la apreciación de existencia de causa de desheredación lo que a su vez provoca acudir a las vías indirectas».

(71) *AC*, núm. 1.994.

ella consistentes en levantamiento de botella, aunque no existiera agresión o golpeamiento propiamente dicho»; a que «singular gravedad, encierra sin duda, el que los ahora demandantes y desheredados reconozcan paladinamente que no asistieron al entierro de su propio padre y que no le visitaron en su última enfermedad, no obstante cuando menos José vivía en práctica inmediatez y que la localidad de Fuencemillan, en que tuvo lugar el óbito y sepelio, es de reducidísimo vecindario y que por lo tanto, referido comportamiento, como es notorio en el ambiente tradicional de Castilla respecto a tales ocasiones, es evidente que se tiene, como afrentoso por constituir uno de los mayores desprecios respecto al padre y en este caso causante, «no acompañando su cuerpo a la sepultura», aunque aleguen que de asistir «les habrían echado», porque es también evidente que con referida expresión manifiestan que cuando menos sospechaban que existían motivaciones, derivadas de su comportamiento, para una rigurosa reacción de otros familiares; a la declaración de una testigo, que manifiesta haber oído una conversación entre Agustín y José en su propio establecimiento, proferida en términos gravemente injuriosos para los padres de ambos y asevera «que han tenido altercados con su padre y han hablado mal de él»; al hecho de que el testamento se otorgase en Guadalajara, ciudad lo suficientemente distante de Fuencemillan como para que el testamento sea calificado como acto repentino, ya que «ambos cónyuges, el causante y su esposa tuvieron que desplazarse a una Notaría de esta capital, en la que el marido, con conocimiento del acto por su mujer, así como de su contenido según manifiesta, don José P. M., lo otorgó, y como consta de su tenor literal expresó terminantemente al señor Notario su voluntad firme, reflexiva, meditada y detenida de desheredar a sus mencionados hijos...». Del conjunto de la prueba examinada, concluye la Audiencia que existen suficientes demostraciones de que la causa de desheredación era cierta, respecto de ambos demandantes, con intervención distinta, en las discusiones y enfrentamientos según su diverso carácter «y desde luego de manera innegable en lo referente a las amenazas e injurias graves, aunque no llegase a existir agresión o golpeamiento».

Sobre el requisito de que las injurias sean graves, es significativo el caso decidido por la SAP de Madrid, de 7 de marzo de 2000 (72), ya que tres de los hijos habían sido condenados como autores de una falta de vejaciones contra el testador y su compañera sentimental, por haberles increpado llamándoles «hijos de puta» y «conminándoles a pegarles», no apreciándose la existencia de causa de desheredación por no poder ser calificadas como graves los insultos vertidos. Dice la Audiencia que «aunque es cierto que la gravedad de las injurias no tiene que corresponderse o asimilarse a las figuras sancionadas en el Código Penal, como acertadamente refiere la sentencia de instancia, no

(72) AC, núm. 1.230.

lo es menos que la sentencia penal que ha servido de base para determinar la causa, no se funda en esa acción típica y antijurídica, informada por el *animus injuriandi*, sino en las vejaciones de carácter leve, dimanantes tanto de la expresión proferida contra ambos —hijos de puta—, como de la acción descrita —conminarles a pegarles— con un significado de “intimidación y amago”, de acuerdo con su sentido gramatical y jurídico, dentro todo ello del contexto en que se produjeron, y que, efectivamente, debe servir de referencia para la resolución de la cuestión, teniendo en cuenta el tono de la familia, la conducta filiar en general, y el contexto social, como también pusiera de manifiesto la Juzgadora *a quo*», añadiendo posteriormente que «estaba racionalmente justificado el ánimo exacerbado de los hijos, por las evidentes circunstancias objetivas concurrentes, que no precisan otra valoración, desde la más elemental perspectiva ética y costumbres sociales, y que impiden, desde la valoración civil de la causa aplicada, como también ocurriera en la esfera penal, conferirle a la expresión proferida el carácter de injuria grave, ponderando las circunstancias descritas y el ámbito privado donde tuvieron lugar, adoleciendo, además, del elemento subjetivo intencional de ofender gravemente a su progenitor, que debe enmarcarse mejor en la clara situación de rechazo a una situación no querida por los hijos —la presencia de la nueva compañera del padre, en la vivienda familiar al poco tiempo de fallecer la madre—, y que, por ende, impide catalogarla como injuria grave constitutiva de la causa de desheredación aplicada, de acuerdo con la interpretación restrictiva apuntada».

Para concluir, hay que señalar que pese al tenor literal del precepto, que únicamente se refiere a las injurias graves «de palabra», y a que las causas de desheredación deben, según la jurisprudencia, ser objeto de interpretación restrictiva, se viene admitiendo de manera pacífica que también pueden justificar la desheredación las injurias vertidas por escrito (73). Precisamente en los pronunciamientos judiciales que se han ido citando (74) hay algunos casos que tienen su origen en injurias por escrito.

(73) Son de esta opinión, PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, vol. 3, Barcelona, 1991, pág. 167; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., en *Comentario del Código Civil* (art. 853)..., cit., pág. 2089; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *op. cit.*, pág. 444; BUSTO LAGO, J. M., *op. cit.*, pág. 1008.

(74) Además de las sentencias citadas en el texto, habría que tomar en consideración la STS de 24 de octubre de 1972 (*RAJ*, núm. 4.253), cuyo supuesto era el de frases injuriosas por escrito del hijo al padre. Sin embargo, la desheredación no tuvo lugar al producirse reconciliación (art. 856 del Código Civil).

3. LA PÉRDIDA DEL DERECHO DE ALIMENTOS POR ESTA CAUSA

Una de las causas legales de extinción de la obligación de alimentos tiene su fundamento en la actitud que el acreedor de los mismos muestre respecto al pariente obligado a proporcionarlos. Dispone el artículo 152.4.º del Código Civil el cese de la obligación «cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación».

En este ámbito podemos encontrarnos con sentencias que ayuden a valorar en qué supuestos una determinada conducta puede calificarse como maltrato de obra o como injuria grave. En consecuencia, deben también formar parte del estudio del artículo 853.2.ª del Código Civil.

Entre las escasas sentencias que hemos encontrado sobre este tema, la STS de 27 de diciembre de 1957 (75), referida a las injurias, estima que la conducta de la hija —demandante de alimentos— respecto a su progenitor —demandado— ha sido incorrecta, destrozando muebles de la casa e insultándole, pero «tal actitud no era de estimar lo suficientemente grave para tenerla como determinante de la extinción de la obligación de prestación alimenticia interesada, sin que al valorar la prueba de tal suerte se enuncie frase o palabra alguna que implique la calificación de injuria grave atribuible a la demandada, como proferida contra su padre, gravedad que había de ser apreciada por la Sala sentenciadora para considerarla comprendida en el número cuarto del artículo 152 del Código Civil, en relación con el número segundo del 853 del propio Cuerpo legal...».

Por lo que respecta al maltrato de obra, se estima que concurre causa de extinción de la deuda alimenticia del artículo 152.4.º del Código Civil en relación con el artículo 853.2.ª del Código Civil en la SAP de Pontevedra, de 28 de diciembre de 1999 (76). Los malos tratos habían sido realizados por el padre —demandante de los alimentos—, que había sido condenado penalmente como autor de una falta de lesiones y otra de amenazas a su hijo (77).

(75) *RAJ*, núm. 3.653.

(76) *EDJ* 1999/55519.

(77) Hay que precisar que a todos los alimentistas se les pueden aplicar todas las faltas de desheredación y no sólo las previstas de forma específica en el Derecho sucesorio para cada uno de ellos según se trate de un ascendiente, un descendiente o un cónyuge del causante. La sentencia deja bien claro este extremo: «...ahora, de modo más amplio y genérico, el artículo 152.4.º excluye el deber de alimentos “cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación”, sin limitación alguna referida al ámbito estricto de las causas de desheredación que pudieran hacerse efectivas entre acreedor y deudor, entre alimentista y alimentante (sin perjuicio de que algunas, inevitablemente, remitan a la específica relación y posición de alimentista y alimentantes, como ocurre en el caso de la privación de patria potestad)». En la doctrina, sobre esta cuestión, vid. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Madrid, 2002, pág. 587.

«Los hechos que comentamos —dice la Audiencia— encuentran previsión típica en la causa de desheredación 2.^a del artículo 853 del Código Civil: el maltrato de obra o injuria grave de palabra. La doctrina entiende que los términos del precepto no deben entenderse según una rígida asimilación a los conceptos jurídico-penales; también ha entendido que no es preciso que ni los malos tratos ni las injurias hayan sido objeto de previa condena penal. En este caso, al margen del tono general de las relaciones paterno-filiales que la citada resolución pone de manifiesto, contamos con una expresa condena del padre por agresiones y amenazas al hijo. Debe, por consiguiente, estimarse que concurre la causa que exime de la deuda alimenticia del artículo 152-4.^o en relación con el artículo 853-2, ambos del Código Civil».

En este apartado tiene su encaje también un caso que tuvo gran repercusión social y fue dado a conocer por los principales medios de comunicación. Se trata de la tan comentada sentencia del JPI, número 2 de Ejea de los Caballeros, de 3 de septiembre de 1999 (78), que declara la cesación de la obligación de alimentos por incurrir los alimentistas —hijos mayores de edad que conviven con sus progenitores— en alguna causa de desheredación —maltrato de obra e injurias a sus ascendientes— (art. 152.4.^o del Código Civil) y en conducta negligente —falta de aplicación al trabajo y desinterés en su formación por causa imputable— (art. 152.5.^o del Código Civil), debiendo al mismo tiempo abandonar el domicilio familiar, retirando los objetos de su exclusiva propiedad. Ante la situación insostenible de convivencia con los hijos y al estar en peligro su propia integridad física, los padres acudieron a los Tribunales para que fuese declarada la extinción de la obligación de alimentos que la ley les impone respecto a los hijos mayores de edad. La sentencia considera que de la prueba practicada debe considerarse acreditada «tanto una causa, es decir, la mala conducta de los alimentistas que han maltratado de obra e injuriado a sus ascendientes, como su falta de aplicación al trabajo y desinterés en su formación por causa que sí les es imputable (art. 142, párrafo 2.^o). Efectivamente, de la documental aportada en autos, Informe de Policía Local, Informe del Servicio Social de base del Ayuntamiento, sentencias y denuncias relativas a los hermanos... queda acreditada la mala conducta de éstos que han llegado a injuriar y amenazar gravemente a sus progenitores e incluso a la agresión física respecto de la madre. La jurisprudencia viene manteniendo que no se exige la existencia previa de una condena penal, no consta en la ley y por lo demás, no tiene el mismo alcance la necesidad de prueba para condenar por un delito que la necesidad de prueba para acreditar un acto repudiable de quien se pretende que cese la obligación de alimentar. Por otro lado, queda claro, también, a través de los

(78) AC, núm. 1.423.

expedientes académicos de los demandados, y las referencias de la empresa en que ha trabajado uno de ellos, su falta de interés por completar su formación y por conseguir un trabajo estable».

IV. CONCLUSIÓN FINAL

1. EL VERDADERO ALCANCE DEL ARTÍCULO 853.2.^a DEL CÓDIGO CIVIL Y SU POSIBLE APLICACIÓN A LOS CASOS DE FALTA DE CONSIDERACIÓN Y ABANDONO SENTIMENTAL

La lectura de la jurisprudencia debe servir de estímulo para meditar sobre un tema clásico del Derecho de sucesiones, pero no tan analizado como en un principio pudiera parecer (79) y del que tampoco puede perderse de vista su estrecha relación con el sistema de legítimas (80). Interesa ahora en particular

(79) Posiblemente porque la desheredación es muy poco aplicada en la práctica, por varias razones: sus requisitos tan concretos y herméticos la hacen desaconsejable, si hay varios hijos puede reducirse la porción del que se pretendía desheredar a la legítima estricta —utilizándose la libertad de disposición del tercio libre y del tercio de mejora para sancionar la falta—, se utilizan otras vías distintas para lograr el mismo resultado —desheredación de hecho—, etc.

(80) La desheredación, junto a la mejora, flexibiliza la rigidez del sistema de herederos forzosos que impone al testador el Código Civil; la mejora permite graduar las cuotas legitimarias y la desheredación privar de ellas al legitimario que ha observado una conducta que la ley considera acreedora de tal castigo. La relación entre desheredación y sistema de legítimas la plantea SÁNCHEZ ROMÁN, F., *op. cit.*, pág. 1095, en los siguientes términos: «La desheredación, en cuanto constituye un modo legal de privar de su legítima al heredero forzoso mediante justas, expresas y verdaderas causas predeterminadas en la ley, por acto de la última voluntad, ordenada con arreglo a Derecho por el testador, es un lógico corolario del sistema de legítimas».

La desheredación cobra, pues, pleno significado en aquellos sistemas sucesorios en que la legítima da derecho a percibir una porción determinada de bienes hereditarios; sobre la justificación de las legítimas, vid. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar», en *ADC*, 1966, págs. 3 y sigs. Y en nuestro Código Civil, como ha dicho ALONSO PÉREZ, M., *Meditaciones de fin de siglo sobre el Derecho vigente en la España del 98 y sus fundamentos ideológicos*, Salamanca, 1998, pág. 102, existe un Derecho de sucesiones «que perenniza la propiedad individual (art. 667 del Código Civil) y es instrumento de cohesión *post mortem* de la familia burguesa (legítimas generosas)».

Por todo ello, la desheredación correrá la misma suerte que las legítimas, y en este sentido conviene dejar apuntado que existe un debate, abierto ya hace algún tiempo, en el que por algunos se postula un Derecho sucesorio más libre, en el que tiendan a desaparecer instituciones limitativas de la libre disposición del testador; a este respecto, son bastante expresivas las reflexiones de ÁLVAREZ-SALA WALTHER, J., «El Derecho civil del siglo XXI», en *RDN*, 1989, enero-marzo, pág. 33: «La sucesión forzosa fue históricamente el expediente técnico que resolvió el problema de los hijos afligidos por la muerte de su padre o madre, en una etapa en que —en la mayoría sociológica de los casos— los hijos

destacar que algunas sentencias son merecedoras de crítica y al mismo tiempo hacer desaparecer la impresión de que hay cuestiones que parecen haber recibido una respuesta definitiva.

El aspecto concreto al que nos referimos es la negativa de los Tribunales, en algunos casos, a entrar a valorar las circunstancias que rodean la relación entre padres e hijos, que constituyen, sin duda, el trasfondo de la desheredación dispuesta por el testador. Con la excusa de que pertenecen al campo de la moral, se evita su valoración jurídica y se obstaculiza el recurso a la causa de desheredación por malos tratos. Se descarta, de entrada y sin análisis alguno, la posibilidad de que esa ruptura de relaciones haya provocado en el padre o ascendiente un sufrimiento tal que pueda ser catalogado como malos tratos psíquicos. Puede que también contribuya a este estado de cosas la forma en que los herederos demandados plantean la prueba de los hechos que motivan la desheredación, al no incidir en el menoscabo psíquico sufrido por el testador.

La posición a adoptar debe ser, en cambio, aquella que analice los motivos que han determinado la ruptura de las relaciones, lo cual significa examinar a quién es imputable dicha ruptura; una correcta interpretación de esta causa de desheredación exige atender y valorar esos actos de desprecio, de actitud hostil, de abandono sentimental, de burla, de ausencia de interés en relación con los asuntos del padre, de no permitir la relación con otros familiares —nietos, en particular—, etc., cuyo colofón final suelen ser la no asistencia a la última enfermedad y al entierro (81). En la medida en que el padre

eran todavía menores de edad, necesitados así de un mínimo y rígido amparo legal como el que la legítima les procuraba. Hoy en día, sin embargo, por la prolongación de la vida humana (gracias a los avances de la técnica), los hijos que heredan a sus padres son normalmente adultos, y el padre o la madre, cuando mueren, ancianos. La posición débil, necesitada del reforzamiento legal, no va a ser entonces la de los hijos, presuntos herederos, con una vida ya económicamente organizada, sino la de los padres ancianos, quizá abandonados o no atendidos suficientemente en su vejez (...) La libertad testatoria, suprimidas las legítimas, puede ser entonces el instrumento jurídico de poder más eficaz que le permita al anciano procurarse el mimo, las atenciones, la compañía o los cuidados de los hijos o de cualquier otra persona que le asista suficientemente y supla su debilidad». Nótese que este planteamiento se relaciona también, de modo muy directo, con facilitar la institución de herederos de quienes cumplen, pública o privadamente, esas funciones de asistencia y a los que es perfectamente lógico que el causante quiera beneficiar, pero esto ya nos situaría en otro debate.

(81) No hay que descartar la posibilidad de aplicar la subcausa de injurias del artículo 853.2.^a del Código Civil en algún caso puntual, como el de las burlas o el desprecio exteriorizado en actitudes degradantes. Ni tampoco la aplicación del artículo 853.1.^a del Código Civil —negativa de alimentos— en los casos de desatención y descuido, aunque la jurisprudencia se ha mostrado también reacia a esta vía, como vemos más adelante en el texto.

Sobre la no asistencia a la última enfermedad del testador y al entierro, hay que hacer alguna matización. No puede considerarse que esta conducta es irrelevante por ser poste-

o ascendiente haya sufrido, sin culpa suya, por esos actos, existe la posibilidad de que se les considere constitutivos de maltrato psíquico, incardinable en la causa de desheredación establecida en el artículo 853.2.^a del Código Civil, pudiendo el testador, en consecuencia, sancionar esta conducta. Con ello, no estamos diciendo que siempre que exista una falta de comunicación y de relación afectiva, tienen los padres abierto el camino a la desheredación; tan sólo se trata de dejar constancia de lo equivocado de la posición jurisprudencial, que no entra a valorar estos hechos, que sí pueden desembocar, si se constata un maltrato psíquico, en una desheredación justa. Por ello, como ya hemos apuntado, los herederos demandados deben acreditar ante el Juez aquellos hechos o circunstancias que pueden constituir esta clase de maltrato.

No puede justificarse la negativa a tomar en consideración este tipo de situaciones recurriendo al argumento de la interpretación restrictiva de las causas de desheredación, como así ha ocurrido en alguna sentencia (82). Partimos

rrior a la desheredación. Se trata, en cambio, de una actuación que debe englobarse, como una más, en la actitud adoptada por el desheredado en su conjunto y tiene, además, una gran trascendencia, porque es uno de los mayores desprecios que pueden hacerse a los padres. La SAP de Teruel, de 2 de julio de 1997 (*EDJ* 1997/4875), precisa que no atender al testador en su última enfermedad ni asistir a su entierro, si bien es cierto que no pueden estimarse causa de desheredación por ser posteriores al otorgamiento del testamento e incluso a su fallecimiento, «tales hechos, como bien dice la juzgadora *a quo*, son el colofón y corroboradores de toda su actuación». La SAP de Guadalajara, de 14 de noviembre de 1994 (*AC*, núm. 1.994), afirma, por su parte, que «singular gravedad, encierra sin duda, el que los ahora demandantes y desheredados reconozcan paladinamente que no asistieron al entierro de su propio padre y que no le visitaron en su última enfermedad, no obstante cuando menos José vivía en práctica inmediatez y que la localidad de Fuenemillan, en que tuvo lugar el óbito y sepelio, es de reducidísimo vecindario y que por lo tanto, referido comportamiento, como es notorio en el ambiente tradicional de Castilla respecto a tales ocasiones, es evidente que se tiene, como afrentoso por constituir uno de los mayores desprecios respecto al padre y en este caso causante...».

(82) Cabe citar, entre los fallos más recientes, las SSAP de Valencia, de 12 de febrero de 2002 (*AC*, núm. 1.196), y Vizcaya, de 26 de febrero de 2002 (*AC*, núm. 1.374).

En la doctrina, hace ya tiempo que se puso en tela de juicio este planteamiento, lo que demuestra que este tema de la interpretación restrictiva es uno de los puntos conflictivos de la desheredación. A este respecto, se ha dicho que si bien es cierto que el Código Civil establece un número cerrado de causas de desheredación, ni en el texto del Código ni en sus antecedentes históricos se encuentra motivo alguno para inclinarse por la interpretación restrictiva de cada una de las causas de desheredación —con otras palabras: las enumeraciones establecidas con carácter exhaustivo, y que, por ello, no permiten su ampliación por analogía, no suponen que haya de interpretarse restrictivamente el alcance de cada uno de los supuestos enumerados—. Se entiende que no es adecuado calificar como odiosa la limitación impuesta por la legítima al testador para disponer libremente de sus bienes, por lo que tampoco resulta apropiado para la desheredación adjetivarla de odiosa, sobre todo si tenemos en cuenta que el legislador español ha optado por una fórmula equilibrada que palía la obligatoriedad de la legítima con la facultad de desheredar en un intento de dar cabida a dos principios respetables de piedad familiar: el de la protección del futuro del hijo y el del debido respeto a los padres. Se concluye así que no cabe un cómodo refugiarse en la regla —que no principio general del derecho— *odiosa sunt*

de un concepto de malos tratos que al referirse tanto a la violencia física como a la psíquica permite valorar todos aquellos actos que puedan dar lugar a maltrato de uno u otro tipo. La posición que aquí se mantiene, en el sentido de que por maltrato de obra debe considerarse toda aquella acción u omisión tendente a causar un menoscabo físico o psíquico (83), tiene a su favor la existencia de muchos precedentes en los que la interpretación que se ha hecho no está dentro de la estricta literalidad de la ley. Sin salirnos del artículo 853 del Código Civil ni de la causa 2.^a, hemos visto que se incluye la injuria grave por escrito y la calumnia, y cuando existía la causa 3.^a, «haberse entregado la hija o nieta a la prostitución», la mayoría de la doctrina entendía que las palabras «hija o nieta» se extendían a los descendientes de ulterior grado (84); en otro ámbito, muy próximo, como es el de la indignidad, tenemos también claros ejemplos, como la interpretación amplia dada al término «abandono» (85) con relación al artículo 756.1.º del Código Civil. Estos ejemplos vienen a poner de manifiesto que es inaceptable una interpretación literal que conduzca a una solución opuesta al sistema o institución —en este caso la desheredación— en que la norma está encajada (86).

restringenda para rechazar sin más los casos en que el supuesto de hecho a valorar no encaja de modo exacto en el sentido literal de la ley. Resulta, en cambio, aconsejable atender a la razón de ser de cada una de las causas de desheredación y no sentirse esclavos de su envoltura léxica, del sentido usual de las palabras usadas. Este planteamiento, que acabamos de resumir, es el que se encuentra en C.B., «Desheredación-Declaración unilateral de voluntad-Repudiación del desheredado (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1975)», en *ADC*, 1976, págs. 562 y sigs.; y, más recientemente, en LLEDÓ YAGÜE, F., *op. cit.*, págs. 321-322.

(83) Esta misma definición es la de la SAP de Palencia, de 20 de abril de 2001 (*Act.civ.*, @ 632).

(84) En este sentido, MANRESA Y NAVARRO, J. M., *op. cit.*, pág. 229; PUIG PEÑA, F., *op. cit.*, pág. 543; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (art. 853 del Código Civil)*..., cit., pág. 573; LLEDÓ YAGÜE, F., *op. cit.*, pág. 339; ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. / DE CASTRO GARCÍA, J., en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia (art. 853)*, dir. ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., Madrid, 1995, pág. 1049.

Con relación a esta misma causa, se postulaba también la inclusión en ella de los casos de prostitución masculina, por ser también una realidad. Vid., a este respecto, LLEDÓ YAGÜE, F., *op. cit.*, pág. 339; ÁLVAREZ-CAPEROCHI, J. A., *Curso de Derecho hereditario*, Madrid, 1990, pág. 192.

(85) Frente a la interpretación estricta —abandono significa «exposición» del hijo o la conducta tipificada penalmente como delito de abandono de familia—, la doctrina dominante y la jurisprudencia (entre otras, STS de 3 de diciembre de 1946, *RAJ*, núm. 1.407) consideran que esta causa tiene por fundamento el desamparo de los hijos sujetos a la patria potestad, como consecuencia del incumplimiento de los deberes de asistencia que respecto a ellos corresponden a los padres. Sobre el tema, vid. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., *op. cit.*, pág. 63.

(86) El artículo 3.1 del Código Civil sirve de argumento para sostener que la interpretación de una norma no debe basarse únicamente en el puro elemento gramatical. Una correcta interpretación de la normativa reguladora de la desheredación debe atender «fundamentalmente al espíritu y finalidad».

La posición que adopta esta línea jurisprudencial no atiende, por otra parte, al verdadero fundamento y finalidad de esta causa de desheredación (87). Este fundamento lo ha descrito en fechas recientes, con acierto, la SAP de Palencia, de 20 de abril de 2001 (88), concretándolo en el respeto que deben guardar los hijos respecto a los padres: «...el fundamento de la institución de la desheredación no es sino moderar los efectos del sistema de legítimas, dando al testador medios de castigar la infracción de aquellos deberes, más trascendentales y precisos para la existencia de la misma, entre los que está y así se refiere en el artículo 155 del Código Civil, el de guardar respeto los hijos a los padres, artículo que aunque de aplicación a la institución de la patria potestad debe de extenderse también cuando se haya extinguido dicha situación de patria potestad a las relaciones paterno-filiales...», pero ya lo había puesto de manifiesto la importante STS de 4 de noviembre de 1904 (89), que hablaba de «los deberes de sumisión y respeto en el hijo, de que no es dable prescindir en las relaciones del derecho, aunque por el mismo hayan sido olvidados».

Tanto las injurias graves de palabra como el maltrato de obra constituyen, a nuestro juicio, incumplimientos del deber de respeto que «siempre» se debe a los padres (art. 155 del Código Civil), que son elevados por el legislador a la categoría de causas de desheredación (90).

Habrà también que recordar que nuestra doctrina más clásica veía en la desheredación un medio de evitar que por el principio de la herencia forzosa vayan los bienes de una persona a quienes no lo merecen por su conducta con el causante, y que las reglas que autorizan la desheredación constituyen un estímulo para el cumplimiento de los deberes familiares existentes de un modo recíproco entre los herederos forzosos (91).

(87) La interpretación debe guiarse también, como se ha dicho en la anterior nota, por estos elementos.

(88) Act.civ., @ 632.

(89) JC, núm. 43.

(90) Es de obligada cita también la STS de 16 de julio de 1990 (RAJ, núm. 5.886). Aprecia la existencia de causa de desheredación por injurias graves, señalando que las hijas desheredadas «no guardaron el debido comportamiento con su padre ni el respeto (que el art. 155 del Código Civil previene) pronunciando e infiriendo contra don Emilio C. F., su padre, palabras injuriosas e insultos...».

(91) Así, en concreto, DE BUEN, D., *Derecho civil español común*, vol. II, Madrid, 1931, págs. 341-342.

Los razonamientos en los que descansa el fundamento de la desheredación no han variado de manera sustancial con los años. Por ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, t. II, Barcelona, 1991, págs. 554-555, se manejan los dos siguientes: a) Evitar el absurdo de obligar a una persona a favorecer a alguien que por su conducta reproble respecto de aquél no es digno de ser favorecido; y b) Una razón de disciplina doméstica o familiar, pues es conveniente robustecer la autoridad doméstica, facultando para sancionar una conducta reproble, siendo de esta forma la desheredación un resorte que beneficia el normal cumplimiento de los deberes que la sangre y el parentesco imponen y sirve, por tanto, de estímulo al buen comportamiento de los hijos y al mantenimiento de las

Las situaciones de falta de relación afectiva y abandono sentimental pueden representar una infracción por parte del hijo del deber de respeto hacia el padre. De igual modo, existirán casos en que no constituyan esa infracción del deber de respeto, porque el culpable de la situación sea el propio padre —casos de conducta irresponsable, desordenada y desacertada—. Esto exige una valoración de las circunstancias del caso, debiendo los Tribunales apartarse de formulaciones vacías de contenido real y entrar en el examen de los motivos que han desembocado en la situación de falta de comunicación y relación afectiva entre padre e hijo. No es de recibo que se diga en la STS de 28 de junio de 1993 (92) —y a partir de ésta, en un apreciable número de sentencias de las Audiencias Provinciales, tanto si la causa de desheredación es la negación de alimentos como los malos tratos o las injurias— que la ausencia de interés, el abandono sentimental, la falta de relación afectiva y de comunicación «son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al ámbito de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica, y que, en definitiva, sólo están sometidos al Tribunal de la conciencia». Deben, por el contrario, ser objeto de valoración jurídica estos hechos y no hacerlo supone desconocer el verdadero fundamento y finalidad de la causa 2.^a del artículo 853 del Código Civil; hay que tomarlos en consideración, porque hay un grave conflicto de relación personal y el abandono sentimental supone violación del deber de respeto que puede traducirse en un sufrimiento del padre o ascendiente, constitutivo de un maltrato, como lógicamente también lo es la agresión física y el insulto, y no merece heredar quien demostró una —injustificada— ausencia de interés sobre todo lo concerniente a los asuntos del padre y se presenta posteriormente para informarse de todos los asuntos concernientes a la herencia, en algún caso, como hemos visto, a los dos días del fallecimiento (93) —sólo en este preciso momento tiene en cuenta el desheredado los lazos familiares—. Es una conducta reprobable y no sería racional obligar al testador a favorecer al hijo.

La ausencia de relaciones, el abandono sentimental, el conflicto familiar, en definitiva, están, como es lógico y natural, en el fondo de muchos de los casos de desheredación que hoy se plantean ante nuestros Tribunales a través de la causa segunda del artículo 853 del Código Civil, por ser una norma en

buenas relaciones y afectos parentales. Y para SERRANO ALONSO, E., *Manual de Derecho de Sucesiones*, edición revisada y puesta al día por SERRANO GÓMEZ, E., Madrid, 2002, pág. 229, «el fundamento de la desheredación es una razón de lógica: no tiene sentido que reciba una parte de la herencia del causante quien ha tenido hacia él una conducta irrespetuosa o incluso delictiva, contraria al sentimiento de afectividad y de respeto que se presupone debe existir en quien va a suceder a otro».

(92) *RAJ*, núm. 4.972.

(93) Así sucede en la SAP de Jaén, de 26 de mayo de 1999 (*AC*, núm. 5.315).

la que en principio pueden encajar estos hechos (94), si se interpreta adecuadamente la expresión «maltrato de obra» y no se la restringe a la violencia física. Debería el Juez o Tribunal ahondar en los motivos por los que se produjo esa ruptura de la relación, que ha desembocado en una falta de comunicación. Solamente tras examinar esa circunstancia, podría darse una respuesta correcta en torno a si la desheredación es justa o no. Por ello, la posición de algunas sentencias, que siguen la estela de la STS de 28 de junio de 1993, es merecedora de crítica, aunque puedan acertar en la solución de fondo, porque no entran a valorar estas circunstancias —que ciertamente sí interesan en estos procedimientos— y se limitan a repetir una fórmula que nos parece, por las razones vistas, desacertada. Hay, además, base suficiente para enderezar el rumbo, porque otras sentencias, con la finalidad de solucionar el auténtico problema que se está planteando en la realidad social, sí interpretan correctamente el artículo 853.2.^a del Código Civil, atendiendo a su verdadero concepto y fundamento, como es el caso de la SAP de Palencia, de 20 de abril de 2001, que estima la existencia de maltrato de obra cuando el hijo ejercita contra la madre una acción judicial sin ninguna justificación y le origina, por el devenir de los acontecimientos, un evidente quebranto psicológico, que pone de manifiesto «una falta de respeto».

En la jurisprudencia encontramos ejemplos en los que se examinan las relaciones entre padres e hijos y no se relegan «al campo de la moral» por estar sólo sometidas «al Tribunal de la conciencia». Es el caso de la SAP de Valencia, de 14 de junio de 2000 (95), que declara la nulidad por simulación absoluta de las cesiones y transmisiones de dos inmuebles, efectuadas por los difuntos padres del actor a favor de sus hermanos, al considerar que el contrato de cesión a cambio de alimentos supone una tácita desheredación del demandante. Analiza la sentencia el contexto familiar y temporal en el que se produce la formalización del contrato, que es el de la ruptura total de relaciones entre la madre y el hijo ahora demandante, provocadas de modo unilateral por la madre que mostró su rechazo, público y notorio, a su hijo como con-

(94) Un ejemplo reciente lo proporciona la SAP de Pontevedra, de 7 de febrero de 2002 (*EDJ* 2002/11829). El testador había desheredado a sus hijas con apoyo de los números 1 y 2 del artículo 853 del Código Civil, no probándose en el juicio la existencia de negativa de alimentos, ni los malos tratos o las injurias. Dice la Audiencia que «la actividad probatoria encaminada a poner de manifiesto que quien, en los últimos días de vida del testador, le acompañó en sus visitas y estancias hospitalarias fue la hija demandada y no las demandantes, es absolutamente inocua, inatínente a lo que es objeto del pleito. No es esta conducta la que importa a las causas invocadas como de desheredación, sino otras de contenido y sentido distinto. Lo único que interesa como materia de la actividad probatoria es la que atiende a acreditar de modo riguroso que las hijas desoyeron la petición de alimentos del padre o que le maltrataron de obra o le injuriaron gravemente de palabra».

(95) *EDJ* 2000/28401.

secuencia de su separación matrimonial y posterior divorcio de la que era su esposa y celebración de nuevo matrimonio con otra mujer. «Desde su separación y posterior divorcio —dice la sentencia— se deterioraron las relaciones hasta el extremo de su ruptura, no llegando, siquiera, a visitar a sus padres debido a la decisión materna de impedir su entrada en el domicilio, hecho que cobra evidencia cuando al fallecer su padre pudo ver su cadáver en el cementerio por la gestión efectuada por un Concejal ante la Consellería de Sanidad». Junto a otras circunstancias —básicamente el que la necesidad alimenticia no fue determinante de la cesión, al percibirse ingresos por otros conceptos—, toma el Tribunal en consideración estos hechos (96), en los que no se desprende causa imputable al hijo en la ruptura de las relaciones con la madre, para declarar que el contrato de cesión de inmuebles por alimentos está sustentado en una causa falsa e ilícita cuya única finalidad perseguida ha sido la de perjudicar al hijo en sus derechos hereditarios (97).

Otro ejemplo, ya fuera del Derecho sucesorio, nos lo proporciona la jurisprudencia en materia de Derecho de daños, cuando no considera como perjudicado al hijo que no mantuvo relación alguna con el padre y pretende ahora el cobro de la indemnización por causa de muerte (98).

(96) «El rechazo, totalmente acreditado en las actuaciones, de don Fernando G. por parte de su madre, doña María, acontecido a consecuencia de su separación matrimonial, divorcio, y celebración de nuevo matrimonio, ocurridos en el período comprendido entre diciembre de 1987 y febrero de 1992, se encuentra íntimamente ligado a la finalidad perseguida en el contrato de cesión de inmuebles a cambio de alimentos».

(97) «...el contrato de cesión a cambio de alimentos supone una tácita desheredación del demandante, y ello constituye una causa prohibida por ley, además de reputarla inmorral, pues de la extensa prueba practicada no se desprende causa imputable al mismo para provocar la ruptura de las relaciones con su madre. Es evidente que doña María, por las razones que fuera, no aceptó la separación matrimonial de su hijo y posterior matrimonio, y ello le supuso un distanciamiento forzado de su familia hasta el punto de que decidiera no acudir al domicilio paterno por el rechazo continuo al que se le sometía. El Código Civil regula de forma pormenorizada la desheredación como causa de pérdida de los derechos hereditarios, especialmente la legítima, sometiénolas a un tratamiento restrictivo y a la necesidad de declarar la causa de la misma. Especialmente, en el artículo 853-1 del Código Civil, se contempla como causa de desheredación de los hijos el haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda, exigiendo la jurisprudencia para su eficacia que sean reclamados y que no exista motivo legítimo para negarlo. Así, mediante la escritura de cesión de inmuebles se ha conseguido una finalidad prohibida por la ley, por cuanto la inexistencia de bienes relictos convierte en superfluas las disposiciones hereditarias y la institución de herederos a favor de los cuatro hijos por partes iguales, y aunque se acredita la existencia de un pequeño local de 47 metros, que constituye la finca registral 13.858, al concurrir los cuatro hermanos por partes iguales, reduce a la nada sus derechos hereditarios».

(98) Sobre la distinción entre perjudicados y herederos, vid., entre lo más reciente, VICENTE DOMINGO, E., en *Lecciones de Responsabilidad Civil*, coord. REGLERO CAMPOS, L. F., Pamplona, 2002, págs. 84-85.

Lo que hemos dicho conlleva indudablemente una relectura, con nuevos resultados, de la desheredación *ex* artículo 853.2.^a del Código Civil, dándole un aspecto moderno que sea susceptible de aplicación práctica (99). Son también casos muy graves y anómalos, que justifican la privación de la legítima, aquellos en los que se materializa una violencia psíquica hacia el testador, y no puede el Juez o Tribunal observar con distancia la falta de relaciones entre padres e hijos, como si no concerniese a la desheredación, sino que, por el contrario, debe indagar en las causas de la ruptura y verificar si existen malos tratos psíquicos; se trata, en definitiva, de apreciar la prueba debidamente (100).

2. LA SITUACIÓN ACTUAL RESPECTO DEL ARTÍCULO 853.1.^a DEL CÓDIGO CIVIL

En muchos de los casos en los que está en juego la posible aplicación de la causa de desheredación del artículo 853.1.^a del Código Civil, esto es, «haber negado, sin motivos legítimos, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda», también se ha planteado el problema de la convivencia entre padres e hijos. Aflora, al hilo de la discusión sobre la negativa a prestar alimentos (art. 853.1.^a del Código Civil), el conflicto familiar, el distanciamiento y la falta de relación afectiva.

La SAP de Jaén, de 1 de diciembre de 1995 (101), viene a indicar que «cualquiera que fueran las razones, las motivaciones personales o las circunstancias por las que el testador vivió en soledad en los últimos años de su vida alojado en una residencia cuyos gastos sufragaba él mismo, no cabe asimilar el concepto de alimentos, ni equiparar la negación de éstos a la falta de cariño, de calor humano, de atenciones al padre o de desconsideración a las

(99) El artículo 853.2.^a del Código Civil tiene como característica a destacar la concreción, que puede determinar que raramente coincidan los hechos, privando a esta causa —tanto si son malos tratos de obra como injurias graves de palabra— de efectividad práctica. Por ello sería aconsejable un sistema de causas más amplias, que permitan encajar al Juez la variedad de hechos semejantes que pueden plantearse en la realidad.

(100) La prueba se facilita en aquellos casos en que haya sido preconstituida de forma adecuada.

Una situación en particular merece ser objeto de atención. No olvidemos que son cada vez más los supuestos de hostilidad de relaciones entre padres e hijos que tienen su origen en crisis matrimoniales. El conflicto ya se produce con niños o con menores adolescentes —muchas veces manipulados por el progenitor que tiene la custodia, aunque esto sea de difícil prueba—, siendo después imposible reestablecer cualquier régimen de comunicación. En este supuesto al que nos referimos, todo lo sucedido en torno al régimen de visitas —y en particular, la diligencia de exploración del menor, cuando manifiesta no querer ver para nada al padre o a la madre que no tiene la custodia— puede servir de base para valorar la conducta posterior.

(101) AC, núm. 2.368.

necesidades de la edad, pues como señalaba la sentencia del TS de 28 de junio de 1993, que parece escrito para el caso de autos, “la falta de relación afectiva y de comunicación entre los hijos y el padre, el abandono sentimental sufrido por éste, la ausencia de interés demostrado por los hijos en relación con los problemas del padre, son circunstancias y hechos, que de ser ciertos o no justificados, corresponde al campo de la moral que escapa de la valoración y la apreciación jurídica y que en definitiva sólo están sometidas al tribunal de conciencia”».

La SAP de Las Palmas, de 18 de febrero de 1998 (102), afirma que no basta una desatención a los deberes de alimentar en sentido amplio, sino que es preciso, tal y como exige el artículo 853 del Código Civil en su punto primero, que exista una negativa aún tácita por parte del obligado a prestar los alimentos, lo que no se ha probado. Lo que sí resultó acreditado fue la nula relación entre padre e hijos —provocada por la previa separación del padre respecto de su esposa y madre de los demandantes—, y sólo en los últimos días dos de los hijos y dos de las hijas acudieron a verlo cuando estaba enfermo e ingresado en el hospital. El padre vivió sus últimos años en una casa de huéspedes, contando con una pensión para atender sus gastos.

En la SAP de Barcelona, de 18 de noviembre de 1999 (103), las demandadas sostienen que hay que dar al término alimentos «un contenido amplio, comprensivo no sólo de lo que materialmente pueda entenderse como alimentación, sino toda clase de ayudas y cuidados de orden ético y afectivo que puedan contribuir al desarrollo de la comunidad de vida entre los parientes, y como quiera que quedó interrumpida toda relación entre padre e hija desde el momento de la separación, acaecida hace más de veinte años, se ha producido esta situación de abandono y necesidad, de carácter afectivo y físico que integra la relación de alimentos, habiendo sido insensible la hija a estas necesidades, incluso de orden material y de asistencia médica por la que pasó el causante». Para la Audiencia, en cambio, «frente a esta interpretación debe propugnarse, como se ha dicho, la restrictiva, de modo que no puede considerarse suficiente una alegación, incluso acreditada, de ruptura física y afectiva entre causante y legitimaria. El incumplimiento ha de concretarse al específico deber de alimentos tal como viene configurado en el artículo 1 de la Ley 10/1996, de 29 de julio, de la Generalitat de Catalunya, de Alimentos entre Parientes, cuyos términos vienen a coincidir también con los del artículo 142 del Código Civil. Deben entenderse, pues, como alimentos todo lo indispensable para el mantenimiento, la vivienda, el vestido y la asistencia médica del alimentista».

(102) *EDJ* 1998/4476.

(103) *AC*, núm. 8.280.

En la misma línea, la SAP de Barcelona, de 4 de abril de 2000 (104), decide sobre un caso de desheredación *ex* artículo 853.1.^a del Código Civil —se dice en el testamento que deshereda «por haberle abandonado y negado alimentos y atenciones»— en el que las relaciones entre padre e hijos estaban muy deterioradas, habiendo echado el padre —viudo a los 37 años— del domicilio a sus hijos menores de edad en muchas ocasiones, siendo recogidos en casa de otros familiares. En lo que se refiere al supuesto abandono del padre en su última enfermedad, consta la declaración testifical del facultativo que lo venía atendiendo que «los hijos se interesaron por su padre y fueron a la consulta e incluso le preguntaron al testigo si podía interceder para que pudieran ver a su padre», lo que la Audiencia entiende suficiente a efectos de considerar que no sólo no se ha probado el abandono, sino que en realidad no lo hubo. Y en lo que se refiere a la ruptura de relaciones, «no es causa suficiente para entender que se ha producido abandono alguno, siendo constante y reiterada la jurisprudencia del TS (vid. sentencia de 28-6-93) que considera que estas cuestiones son extrañas al ámbito jurídico e incardinables tan sólo dentro de la esfera de la moral, por lo que debe desestimarse en este extremo el recurso y confirmar la decisión de la instancia...».

Tampoco prospera la desheredación, basada en la negativa de alimentos y existiendo desavenencias entre ascendientes y descendientes, en SAP de Badajoz, de 26 de abril de 2000 (105) y, al parecer, en la SAP de Asturias, de 18 de diciembre de 1999 (106).

Mención aparte merecen, sin duda, las SSAP de Murcia, de 11 de junio de 1999 (107), y Valencia, de 8 de marzo de 2001 (108), por manejar criterios que son distintos a los de las anteriores sentencias.

En la SAP de Murcia, de 11 de junio de 1999, se declara justa, con base en el artículo 853.1.^a del Código Civil, la desheredación de los hijos que no habían cuidado al testador en su última enfermedad. Dice la Audiencia «que la obligación de prestar alimentos comprende, según el artículo 142 del Código Civil, todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. En el presente caso consta que, en el año 1992, cuando el padre de los litigantes salió de su internamiento hospitalario a consecuencia de la grave enfermedad que padecía (cáncer) se planteó en una reunión entre todos los hermanos cómo y en qué forma y lugar se prestaría al mismo la debida atención, dando lugar dicha situación a que lo llevara a su domicilio la hoy demandada, donde permaneció hasta su fallecimiento, impidiendo a

(104) *EDJ* 2000/20103.

(105) *AC*, núm. 1.823.

(106) *AC*, núm. 2.464.

(107) *AC*, núm. 7.153.

(108) *EDJ* 2001/8475.

partir de entonces a sus hermanos, incluso después del óbito, la entrada en su domicilio». Es una decisión que invita a la reflexión, puesto que se da importancia a la asistencia que debe prestarse al padre en su última enfermedad, algo que evidentemente no hacen los hijos cuando se ha roto toda relación de afecto y comunicación.

En la SAP de Valencia, de 8 de marzo de 2001, la desheredación *ex* artículo 853.1.^a no prospera, por no acreditarse la existencia de esta causa concreta. Para la Audiencia, la hija ahora demandada tenía motivos legítimos para negar alimentos a la madre, ya que ésta tenía medios suficientes para satisfacer personalmente sus propias necesidades. Lo que a nosotros, en particular, nos interesa del fallo es la relación de hechos del primer fundamento jurídico, ya que pone de manifiesto una falta de relación entre madre e hija, de la que en absoluto era culpable la hija; al trastorno mental de la madre se añade la actuación de un hermano, que hizo todo lo posible para alejarlas y para conseguir la desheredación de la hermana (109).

JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Alicante

(109) La demandante había sufrido un trato desigual de su madre, con respecto a otros dos hermanos, debido a los trastornos mentales de la madre, que exigieron un internamiento en centro psiquiátrico; a pesar de su corta edad, se responsabilizó del cuidado de su madre y de su hermano, de las tareas domésticas y del quiosco situado en el domicilio familiar, todo sin ayuda del otro hermano, que trabajaba por cuenta ajena y nada aportaba de su trabajo, manteniéndose, en cambio, de los ingresos del negocio familiar. La madre no recuperó la salud mental y con los ingresos del quiosco compró una vivienda, que disfruta el hijo desde su matrimonio, mientras que la hija nunca recibió ayuda económica y tuvo que comprar una vivienda y gravarla con hipoteca. Cuando contrajo matrimonio la hija, siguió atendiendo a su madre y regentando el quiosco, hasta que cerró por falta de rentabilidad, por lo que a partir de entonces no pasaba tantas horas al cuidado de la familia materna. Posteriormente, la madre sufrió caída y rotura de cadera, siendo trasladada por la hija al hospital, culpándole su hermano de lo sucedido, por lo que le impidió visitar a la madre y le retiró la llave de la vivienda. El hermano, con el fin de conseguir la desheredación de su hermana, trasladó a su madre a su propio domicilio y la instó para que requiriera notarialmente alimentos a su hija, sabiendo que la situación económica de su hermana le impedía hacerlo y que debía prestarlos él mismo, ya que él disfrutaba de los bienes de la madre, porque vivía en una casa de la madre y sin pagar renta. Valiéndose del ascendiente que tenía frente a su madre, consiguió que excluyera de la herencia a la hermana. Conseguido este propósito, devolvió a su madre a su domicilio, pese a conocer que necesitaba la atención constante de una persona. El hermano se limitó a demandar de los Servicios Sociales que una asistenta social se encargara de su cuidado; las asistentes sociales no pudieron realizar su trabajo de forma eficaz, pues el hermano no se ocupaba siempre de abrirles la puerta de la vivienda, y tampoco les facilitó la llave, por lo cual la madre vivió postrada en la cama y en condiciones inhumanas.

El valor de los bienes en la colación

SUMARIO: I. LA COLACIÓN DE LOS BIENES DONADOS EN VIDA: CONCEPTO Y FUNDAMENTO JURÍDICO.—II. EL VALOR QUE DEBE OTORGARSE A LOS BIENES EN LA COLACIÓN: BIENES *IN NATURA* O SU EQUIVALENTE EN METÁLICO U OTRO TIPO DE VALOR.—III. LA COMPUTACIÓN DE LAS DONACIONES COLACIONABLES EN LA PARTICIÓN HEREDITARIA: DONACIONES A LOS NIETOS EN VIDA DE SUS PADRES; DONACIONES HECHAS A LOS ASCENDIENTES; DONACIONES AL CÓNYUGE.—IV. DETERMINACIÓN DEL TERCIO DE LIBRE DISPOSICIÓN Y DISPOSICIÓN EFECTIVA DEL TERCIO MEDIANTE LEGADO.

I. LA COLACIÓN DE LOS BIENES DONADOS EN VIDA: CONCEPTO Y FUNDAMENTO JURÍDICO

Pocos institutos jurídicos, en el ámbito del derecho sucesorio, han dado lugar a tantas disquisiciones doctrinales de carácter conceptual como la colación. Especialmente a la hora de distinguir, en el sistema dogmático de conceptos, entre las operaciones de computación (de cuotas de la herencia), imputación (de donaciones *inter vivos* y contribuciones patrimoniales *mortis causa* a cuotas hereditarias) y colación; y en el orden exegético e interpretativo, entre los supuestos (con alusión al concepto de colación) de los artículos 818 y 1.035 y siguientes del Código Civil.

La doctrina mayoritariamente entiende que existe un *concepto estricto* de colación plasmado y regulado en los artículos 1.035 y siguientes, para los que la colación, como operación consistente en traer a la masa hereditaria los bienes o valores que el heredero forzoso hubiere recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición, es una operación que actúa únicamente entre herederos forzosos, en el sentido de herederos legitimarios, y con la finalidad de igualar su posición como tales legitimarios dentro de la correspondiente cuota hereditaria.

Simultáneamente, se reconoce la existencia de un *concepto más amplio*, o gramatical de colación —que algunos reputan como *computación* en la cuenta de partición de la imputación de donaciones en la correspondiente cuota hereditaria para constatar si son inoficiosas— plasmado en el artículo 818, que determina el cómputo de las donaciones recibidas por cualquier tercio de la herencia, sea el de la legítima, sea el de mejora o el de libre disposición, a los que se refiere el artículo 808 del Código Civil.

Sumando ambos conceptos, amplio y estricto de colación, resulta innegable la obligación para el heredero forzoso o legitimario, de traer idealmente, para computarlo en la cuenta de la partición y hallar o determinar cada una de las cuotas hereditarias, el valor de cuanto, por vía de donación recibieron en vida del causante.

Esta consideración conjunta de ambos conceptos de colación resulta especialmente justificada después de la reforma del Código Civil operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que, simultáneamente, modificó el régimen de valoración de las donaciones colacionables del artículo 1.045, sustituyendo la referencia al valor que tuvieran las cosas donadas al momento de la donación por la del valor que tengan al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, y modificó también el régimen de las donaciones colacionables del artículo 818, que en su anterior redacción también especificaba que al valor líquido de los bienes hereditarios se agregaría el valor que tuvieran todas las donaciones colacionables del testador *en el tiempo en que las hubiere hecho*, para suprimir esa referencia temporal, limitándose a prescribir que al valor líquido de los bienes hereditarios *se agregará el de las donaciones colacionables*, con lo que de forma implícita se produce una remisión de este supuesto llamado amplio de colación al régimen de la colación estricta de los artículos 1.035 y siguientes del Código Civil, estableciéndose que el cómputo del *donatum* se producirá, en ambos casos, por referencia al valor que tuviera lo donado al tiempo de la partición.

Y, es aquí, en el régimen de valoración de las donaciones colacionables y el modo de proceder a efectuar la colación, donde vamos a centrar el trabajo investigador, aportando argumentos doctrinales y jurisprudenciales que expliquen la evolución y adaptación legislativa a los nuevos cambios sociales; si bien antes es necesario ahondar en los problemas históricos y doctrinales del concepto de colación y en los antecedentes y ambigüedades del sistema de preceptos que el Código Civil dedica a la figura en el artículo 818, de una parte, y los artículos 1.035 y siguientes, de otra (1).

(1) A título de recuerdo, el artículo 818 del Código Civil determina que *para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador... Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables*; y el artículo 1.035 del Código Civil: *El heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación u*

Los precedentes legislativos del artículo 818 del Código Civil se encuentran en el artículo 648 del Proyecto de 1851, como el artículo 803 del Anteproyecto de 1882-1888, GARCÍA GOYENA (2) fundamentaba el apartado segundo de dicho artículo en la circunstancia de que la donación fuera una verdadera enajenación, y poco importa que la cosa fuese mueble o inmueble; se donó y dio por lo que entonces valía: éste es el hecho. Y esta idea fue reflejo fiel en la redacción del artículo 818 del Código Civil, aunque añadió el calificativo de colacionables al mencionar las donaciones hechas por el testador.

MUCIUS SCAEVOLA (3) opinó respecto del párrafo segundo del artículo 818 que, para determinar qué son las donaciones colacionables hay que acudir a los artículos 1.035 y siguientes, y señala que al patrimonio relicto han de ser añadidos los bienes que salieron del patrimonio del causante y que sean colacionables por naturaleza.

SÁNCHEZ ROMÁN (4) pretendía independizar el cálculo de la legítima y de porción disponible limitando la colación, en su sentido amplio, al interés de los herederos forzosos.

MANRESA (5) sostuvo una interesante polémica al considerar que donaciones colacionables a los efectos del artículo 818, apartado segundo, son las que señalan los artículos 1.035 y siguientes, es decir, sólo las donaciones hechas a los legitimarios, que en ningún caso se computan las donaciones hechas a extraños; éstas simplemente se compararán con el valor obtenido de la manera señalada para ver si lo superan, en cuyo caso deberán ser reducidas.

Esta teoría fue muy criticada por MORELL Y TERRY (6), DE DIEGO (7), RIVAS MARTÍNEZ (8), CASTÁN VÁZQUEZ (9), VALLET DE GOYTISOLO (10), entre

otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición.

(2) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, por la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, 1974, págs. 252 a 258. El Proyecto de 1851 en el artículo 648, párrafo 2.º, hablaba de donaciones, pero en ningún caso se referían a las colacionables, sino a todas las donaciones.

(3) MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*. Tomo IV, Madrid, 1944, pág. 457.

(4) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*. Madrid, 1910, págs. 2024 y sigs.

(5) MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*. Tomo VI, Madrid, 1973; «*Más sobre donaciones colacionables a efectos de fijar la legítima*», en *RGLJ*, 1901, págs. 331 a 352.

(6) MORELL Y TERRY, «Donaciones colacionables a efectos de fijar la legítima», en *RGLJ*, 1998-99, págs. 288 a 307 y 320 a 330.

(7) DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil*, tomo III. Madrid, 1959, pág. 410.

(8) RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones, común y foral*, Madrid, 1987, pág. 733.

(9) CASTÁN VÁZQUEZ, *Derecho Civil español, común y foral*. Tomo VI, Madrid, 1989, págs. 375 y 376.

(10) VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios de Derecho Sucesorio*. Madrid, 1982, pág. 485 y sigs. «Computación, imputación y reducción de donaciones en los principales ordenamientos del Occidente europeo», en *RIDC*, 1954, págs. 45 y sigs.

otros muchos comentaristas, manteniendo que los artículos 818 y 1.035 se movían en órbitas distintas y que no servían para interpretarse mutuamente. Hay que tener en cuenta todas las donaciones efectuadas por el causante, incluidas las realizadas a extraños; y que el término colación ha de interpretarse de una forma más amplia que viene suscitada por el contenido del artículo 818, y otra más estricta, que se refiere sólo a los legitimarios, la mantenida en el artículo 1.035 del Código Civil.

Por consiguiente la incoherencia en el uso de la palabra en ambos preceptos debe interpretarse en un doble sentido. Hay un concepto de colación que corresponde al de reunión ficticia o computación para cálculo de legítima y de la porción libre que dispone el artículo 818, y otro concepto especialísimo y estricto de colación, basado en la presunta voluntad del causante, aplicable exclusivamente en las relaciones de los herederos forzosos entre sí, regulado en los artículos 1.035 y siguientes. Es decir, la colación en sentido estricto (art. 1.035), es aplicable exclusivamente a las relaciones entre herederos forzosos, pero la colación en sentido amplio del artículo 818 del Código Civil sirve para determinar también la cuota de libre disposición.

Si se atiende a la Jurisprudencia de nuestros Tribunales, una de las primeras sentencias que presupone la distinción entre ambos conceptos de colación asignando el más amplio al artículo 818 como exigencia de cómputo del valor de lo donado, sea o no entre herederos forzosos, para hallar el valor de cada uno de los tercios de la herencia es la del Tribunal Supremo, de 4 de mayo de 1899. De forma más expresa, la distinción se resume en la sentencia de 16 de junio de 1902; y lo más significativo para abordar el problema de deslindar las esferas de los artículos 818 y 1.035 del Código Civil se aborda en la memoria de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 1902.

Más, recientemente, la sentencia de 19 de julio de 1982 (11), deja claro el sentido amplio de la colación sentado sobre el artículo 818 del Código Civil y que sirve para determinar las cuotas o tercios de la herencia.

La sentencia de 21 de abril de 1990 (12) establece con absoluta claridad ya el principio interpretativo que, de acuerdo con toda la doctrina científica venimos manteniendo que no es otro que mientras el artículo 1.035 del Código Civil habla de colación en sentido estricto, el artículo 818, apartado segundo, aun cuando gramaticalmente emplee este término, se refiere a la computación a los efectos de determinar si todas las donaciones hechas en vida del causante perjudican o no a la legítima.

(11) *RJ* 1982/4256.

(12) *RJ* 1990/2762.

Por otra parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 2001 (13), aclara lo siguiente:

«Ante todo hay que partir del concepto de la colación, utilizado en el Código Civil para el cálculo de la legítima en el artículo 819 y para la determinación, en consecuencia, de si existe inoficiosidad en las donaciones hechas por el causante (arts. 636 y 654), y más específicamente en los artículos 1.035 y siguientes como operación particional. Como operación distinta ha de considerarse la imputación de las donaciones a la cuota del legitimario previo cómputo con arreglo al artículo 818 para hallar dicha cuota (art. 819). Estrictamente la colación es una operación particional, cuya finalidad no es la protección de las legítimas, sino determinar lo que ha de recibir el heredero forzoso por su participación en la herencia, que puede ser mayor que la que le corresponde por su legítima, si el causante le ha dejado más. En suma, la colación se refiere a la cuenta de participación de heredero forzoso en la herencia. Por otra parte, en nuestro sistema legitimario, el testador puede dejar la legítima “por cualquier título”, sin excluir ninguno, por tanto *inter vivos* o *mortis causa*. Así lo dispone el artículo 815 del Código Civil. La sentencia de esta Sala, de 20 de febrero de 1981, declaró que el heredero forzoso, a quien en vida haya hecho alguna donación su causante, no puede considerarse desheredado ni preterido, y sólo puede reclamar que se complete su legítima al amparo del artículo 815. La testadora, en la cláusula transcrita del testamento antes referenciado, hace referencia a dos atribuciones a título gratuito; los gastos para una carrera profesional (de magisterio en el presente caso) y los regalos de boda (“el ajuar cuando se casó”, dice el testamento). La primera, según el artículo 1.042 del Código Civil no es colacionable “sino cuando el padre (la madre en el presente caso) lo disponga”, en cuyo caso se calculará el mayor gasto de tal carrera profesional, respecto a si se hubiera limitado a vivir en la casa de los padres, como dispone su último inciso. La segunda sí es colacionable y el artículo 1.044 del Código Civil le da un trato de favor a efectos, exclusivamente, de reducción por inoficiosidad.

En dicha cláusula, cuando la testadora dispone que no le deja nada por testamento, porque ya se lo dio en vida, está imponiendo la obligación de colacionar ambas donaciones: la de gastos de carrera profesional, artículo 1.042, y la de regalos de boda, artículo 1.044.

(13) *RJ* 2001/1484. En igual sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 20 de marzo de 2001 (*AC* 2001/1146).

Existen, pues, dos atribuciones a título gratuito colacionables, que se computan para la fijación de la legítima, se imputan a la legítima demandante en su legítima y constituyeron una atribución en pago de la legítima.

TERCERO.—En consecuencia, la demandante doña Pilar M. P. recibió como legítima dos atribuciones a título gratuito que sí son colacionables por disposición expresa de la testadora, la primera, y por imperativo legal la segunda...

CUARTO.—...Las dos atribuciones a título gratuito que declara la testadora haber hecho a su hija, la demandante doña Pilar, son colacionables; al no haberlo considerado así, las sentencias de instancia han infringido el artículo 1.042; asimismo, tales atribuciones a título gratuito, con la naturaleza de donaciones, se imputan a la legítima de la misma y al no considerarlo así, las sentencias de instancia infringen el artículo 819 del Código Civil...»

Por tanto, la solución que aportamos como nota aclaratoria de esta impresión terminológica que utiliza el Código Civil es la siguiente:

- Cuando la colación aparece como agregación numérica a la herencia del valor de todas las donaciones hechas por el testador, a los efectos de señalar la legítima y de determinar la oficiosidad o no de lo donado, estaremos ante el contenido del artículo 818.
- Cuando la colación aparezca como agregación de ciertos bienes o valores recibidos por algún heredero forzoso que concorra con otra u otros, estamos ante los principios del artículo 1.035 y siguientes.

Conocida y aclarada la distinción que subyace de la normativa jurídica que existe sobre el término colación, precisamos *el fundamento* de dicho instituto.

La doctrina con gran acierto atribuye un doble fundamento a la colación: de una parte, la presunción de voluntad de que el causante, al atribuir ciertos bienes gratuitamente a un heredero suyo, lo hace como anticipo de lo que en la herencia le correspondería; y de otro, la voluntad del legislador que quiere, objetivamente, que todos los herederos forzosos tengan iguales expectativas sobre el patrimonio familiar.

Desde este momento es preciso destacar que el régimen de la colación de los artículos 1.035 y siguientes del Código Civil posee una función igualatoria respecto de las atribuciones patrimoniales efectuadas por el testador a favor de sus herederos forzosos, aún sin tratarse de un instituto de protección de la legítima, como se ubica del artículo 818 del Código Civil. La función normativa de la colación no se agota en la protección imperativa del derecho legitimario (art. 818), sino que es capaz de presuponer y determinar

un régimen coherente de cálculo de las porciones o cuotas hereditarias sobre la base de lo dispuesto en el artículo 808 del Código Civil, a salvo la determinación en contrario de la voluntad del testador, en el que no cabe referirse arbitrariamente a entidades o masas distintas el tercio de legítima —o los dos tercios, según sea legítima corta o larga, y el tercio de libre disposición.

Tiene importancia destacar desde este momento que por encima de cualquier consideración jurídico-formal, la justificación más importante de todo efecto sucesorio es la voluntad del testador conforme a los artículos 658 y 675 del Código Civil, y ésta es la que impera en el momento de computar la colación en la partición hereditaria (14).

No obstante, el concepto de igualdad debe estar también latente en la institución de la colación (15), pues si el fin inmediato es que el colacionante *tome de menos* cuanto recibió, tras ese fin se esconde otro mediano, el de *igualar* al colacionante con los demás sucesores beneficiarios de la colación.

Este es el sentir del Tribunal Supremo en sentencia de 17 de marzo de 1989 (16): *la colación tiene como finalidad procurar entre los herederos legitimarios la igualdad o proporcionalidad en sus percepciones por presumirse que el causante no quiso la desigualdad de trato, de manera que la donación otorgada a uno de ellos se considera como anticipo de su futura cuota hereditaria* (17).

La Audiencia Provincial de Segovia en sentencia de 31 de julio de 1999 (18) sostenía que: *el expreso deseo del Código Civil de que todos los coherederos reciban en supuesto de colación cuotas equivalentes, a través incluso de compensación específica* (arts. 1.045, 1.047 y 1.048).

(14) CASTÁN sostiene que «*Si la obligación de colacionar depende, pues, en último término, de la voluntad del donante, es indudable que el fundamento de la colación no es objetivo, sino puramente subjetivo. Se reduce a una presunción de que las donaciones hechas en vida a los herederos forzosos se hacen con carácter de anticipos de su cuota hereditaria*». «Derecho civil, español, común y foral...», *op. cit.*, pág. 383.

(15) ALBALADEJO, *Derecho Civil*, tomo V, vol. I, Barcelona, 1979, pág. 411.

(16) *RJ* 1989/2161. O, más recientemente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 29 de marzo de 2001 (AC 2001/2169): «TERCERO: ...debe indicarse que la colación es una institución de Derecho Sucesorio que persigue una finalidad igualitaria ordenando, para lograrla, se traigan a la masa hereditaria los bienes recibidos por cualquiera de los herederos forzosos del causante de la herencia y en vida de éste...». La Audiencia Provincial de Asturias, de 26 de enero de 1998 (AC 1998/3013): «la finalidad de la colación es defender la intangibilidad de la legítima y así lograr la igualdad entre los legitimarios...». Y el Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de junio de 1978 (1978/2357): «y en este caso la voluntad del causante es que haya igualdad entre los legitimarios...».

(17) Anteriormente, la sentencia de 19 de julio de 1982, decía: *la colación implica una ordenación... basada en criterios de equidad tendentes a evitar desigualdades en la distribución de la herencia*.

(18) AC 1999/1957.

Y, la Audiencia Provincial de Alicante en sentencia de 24 de enero de 1995 (19): *A la vista de los hechos que se estiman probados, hay que precisar que no es de aplicación al presente caso el párrafo primero del artículo 819 del Código Civil, sino el párrafo segundo del artículo 818, que se complementa con lo dispuesto en el artículo 1.035 del mismo Código Civil y ello, como indica la sentencia de 16 de junio de 1902, para mantener la igualdad de los hijos en la sucesión de los padres.*

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO (20) mantiene una postura contraria a este sentir, considera que el fundamento de la colación se encuentra en la *voluntad de la ley* de mantener la igualdad sucesoria de los legitimarios, voluntad puesta al servicio de la función divisoria y desvinculadora de la sucesión hereditaria.

Admitir esta solución como única es presumir que el causante quiso una desigualdad de trato, y que el principio de autonomía de la voluntad del causante quebrase dada la posibilidad reconocida por el Código de que el testador ordene que no se colacione, artículo 1.036.

Por tanto, resulta difícil deslindar la prevalencia de ambos aspectos, voluntad presunta del causante e igualdad entre los herederos para establecer el fundamento de la colación, lo que hace pensar que ambos criterios deben quedar interrelacionados. Pues, en el fondo, el ordenamiento jurídico establece como principio que la regulación de la colación debe estimarse sobre criterios de justicia e interés general, de equilibrio al momento de repartir los bienes considerando también los donados en vida, siempre en tanto en cuanto el testador no disponga otra cosa.

Por tanto, el fundamento de la colación debe gobernarse sobre los criterios:

- 1.º Voluntad presunta del causante.
- 2.º Igualdad y proporcionalidad entre herederos.
- 3.º Interés familiar.
- 4.º Anticipo de la herencia (21).

La colación se basa, pues, en la voluntad presunta del causante, que quiere que la donación hecha a favor de un heredero forzoso sea conside-

(19) AC 1995/193.

(20) GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa», en ADC, 1995, pág. 1105.

(21) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, puesta al día por RAMS ALBESA: *La doctrina le atribuye un fundamento doble: de una parte, la presunción de voluntad de que el causante, al atribuir ciertos bienes gratuitamente a un heredero suyo, lo hace como anticipo de lo que en la herencia le corresponderá; de otra, la voluntad del legislador que quiere, objetivamente, que todos los herederos forzosos tengan iguales expectativas sobre el patrimonio familiar.* Madrid, 2001, pág. 138.

rada como un anticipo de todo o parte de lo que pueda corresponderle por herencia (22).

II. EL VALOR QUE DEBE OTORGARSE A LOS BIENES EN LA COLACIÓN

La finalidad de la colación es hacer una distribución igualitaria o proporcional de las cuotas que corresponden a cada heredero forzoso del causante, y por tanto cabe preguntarse: *¿Cómo se consigue llevar a cabo la colación para obtener este resultado proporcional?*

El Código Civil determina que la colación es una operación que sirve a la vez para el cálculo de la legítima y para contar en la partición, como anticipo, lo donado a los legitimarios por el causante.

El Tribunal Supremo mantuvo esta propuesta en su sentencia de 19 de junio de 1978 (23) para defender la intangibilidad de la legítima, y con ello la igualdad entre legitimarios. Y es que, para calcular el importe de la legítima es necesario traer los bienes donados colacionables, pues todas las donaciones que realizó el difunto —operación que se denomina reunión ficticia— deben ir al caudal relicto.

En nuestro derecho anterior al Código Civil, la colación se podía hacer aportando los bienes *in natura* —*in medio adducendo*— como tomando de menos los que se han recibido anteriormente por donación —*tantum minus accipendo*—. Es decir, de forma material, por la aportación de los cuerpos donados *in natura*, o de forma ideal, por toma de menos o imputación (24). En este segundo caso se atendía al valor de los bienes donados en el momento de la muerte del causante, exceptuándose los aumentos extrínsecos, debido a industria del donatario, de igual modo que se excluían las desmejoras o pérdidas debidas a su culpa o dolo (25).

(22) Esta teoría se mantiene en la doctrina italiana, francesa y alemana. Vid. PACIFI-MAZONI, *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, edición de 1923, Firenze, 1914; DEgni, *Lezioni diritto civile*, «*La Successione a causa di morte*», Padova, 1937; LAURENT, *Principes de droit civil française*, París, 1893; COLIN Y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, traducido, Madrid, 1927; BINDER, *Derecho de Sucesiones*, traducido por Lacruz Berdejo. Barcelona, 1953.

(23) RJ 1978/2357.

(24) VALLET DE GOYTISOLO, «Estudios de Derecho Sucesorio...», *op. cit.*, pág. 511.

(25) En el Derecho romano la colación aparece en el Derecho pretorio en un primer momento, distinguiendo según que los hijos fueran *sui iuris* o *alieni iuris*, de forma que los primeros, como emancipados, tenían bienes recibidos con antelación del padre. Para evitar esta desigualdad, se exigía para heredar la obtención del pretor de la *bonorum possessio*, y está quedaba supeditada a que se debería aportar a la masa hereditaria los mismos bienes recibidos en vida del padre, y así formar parte integrante de la masa hereditaria, produciéndose una aportación *in natura* por los hijos emancipados. Más tarde,

Fue el Anteproyecto de 1851 (26) el que impone de forma expresa la obligación de colacionar por imputación en nuestro derecho: criterio que pasará a nuestro vigente Código Civil que, como hemos dicho, únicamente reconoce *la colación por la toma de menos en el caudal hereditario*.

El criterio de imputación quedaba claro, sin embargo no lo estaba tanto con respecto al valor que debería otorgarse a los bienes colacionables. El artículo 1.045 del Código Civil hablaba del *valor nominal de la cosa al tiempo de la donación*. Este contenido provocó por parte de la doctrina (27) críticas fundadas, pues se dejaba a beneficio o perjuicio exclusivo del donatario el riesgo de una posible inflación o deflación de los bienes donados. La depreciación monetaria es un fenómeno incurable que hay que tener presente, y con este modo de evaluar era notable que se producirían injusticias.

La doctrina (28) intentó dar una solución y pensó como fórmula adecuada aplicar el concepto de *deuda de valor* —que atribuye al acreedor el derecho a obtener el valor en toda su integridad, cualquiera que sea la suma de dinero necesaria para satisfacerlo—, en contraste con la *deuda pecuniaria* —sujeta al principio nominalista y a las consecuencias de la depreciación—. De este

se impone la obligación de colacionar entre los hijos prescindiendo de cualquier condición personal, pero el que hubiera recibido bienes a título gratuito en vida del causante, deberá traer a la masa hereditaria la misma cosa recibida. Hay que esperar al Derecho de Justiniano para que la colación pueda hacerse *in natura* o por compensación del valor. En el Fuero Juzgo, Fuero Real y las leyes de Estilo, a colación debía traerse el bien donado. En el Derecho antiguo de Castilla la colación se admitía de distintos modos: *per liberationem*, cuando lo que se debe colacionar estuviera prometido, pero no traído ni pagado; *in medium adducendo*, es decir, aportando *in natura*, si estaba traído y satisfecho; y, *tantum minus accipiendo*, mediante toma de menos, en igual supuesto de haberse pagado y traído. LÓPEZ GREGORIO, *Glosa a la Ley 3, t. XV, Partida 6.ª*, Imp. Benito Monfort, Valencia, 1767.

(26) Artículo 887, párrafo 1.º del Anteproyecto de 1851: *No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas o dadas en dote, sino el valor que tenían al tiempo de la donación o dote, aunque no se hubiere hecho antes su justiprecio*. El artículo 888: *El donatario tomará de menos en la masa hereditaria otro tanto como lo que ya tiene recibido, o los coherederos percibirán otro tanto más en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad, en cuanto sea posible*; artículo 889: *No pudiendo verificarse la indemnización e igualdad con arreglo al artículo anterior, si los bienes donados fueren inmuebles, los coherederos tienen derecho a ser igualados en metálico, y no habiéndolo en la herencia, se venderán bienes de la misma en pública subasta, hasta cantidad necesaria. Cuando los bienes donados fueren muebles, los coherederos sólo tendrán derecho a ser igualados en los otros muebles de la herencia, a su libre elección, por el justo precio*.

(27) LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*. Tomo 7. Madrid, 2001, pág. 447: «Algunos autores advirtieron del grave desajuste que producía y la minusvaloración que implicaba para el sistema de colación que, siendo sumamente complejo, acaso no mereciera ser mantenido si a los bienes colacionables se le aplicaban criterios de valoración inspirados en el principio nominalista».

(28) NÚÑEZ LAGOS, «La colación: Historia y crítica de los problemas de valoración», en *RGLJ*, tomo 2, 1946, págs. 722 y sigs.

modo se entendió que el valor que la cosa donada tuviera en el momento de la donación no iba a corresponder con el precio o cifra que entonces se le asignó, por tanto habría que estimar el valor con arreglo a las circunstancias monetarias del día del fallecimiento del causante.

Otro sector doctrinal (29) admitía que el valor que tenía lo donado en el día de la donación podía resultar poco equitativo; por lo cual debería atenderse a las circunstancias especiales de cada caso, para aplicar el criterio que conforme a ellas fuera más adecuado.

ESPINAR LAFUENTE (30) resolvía la cuestión de la siguiente manera:

1.º Si conserva la cosa donada u otra subrogada en su lugar, ha de regir el valor al tiempo en que se efectúe la partición de la herencia.

2.º Si la hubiere enajenado a un tercero de buena fe, debe atenderse al valor real de la cosa, en el tiempo en que se enajenase.

3.º Si hubiere perecido por culpa suya, ha de colacionar su valor en el momento de su pérdida, pero si ocurrió por caso fortuito, nada ha de colacionar el donatario.

La solución, no obstante, vino dada por la nueva redacción del artículo 1.045 del Código Civil con la reforma por Ley 11/1981, de 13 de mayo: *No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios.*

Esta versión ha venido a consagrar legislativamente la solución más justa con la que estaba más conforme la doctrina (31). Y es que es de justicia material este sentir manifiesto por los legisladores con la reforma, porque en nuestro mundo real las cosas son variables en el tiempo, y esta variación que es algo natural debe acomodarse siempre al intento de librar cualquier incertidumbre sobre la entidad del futuro caudal relicto del donante, evitándose, además, un ineficaz aprovechamiento y eliminando al tiempo posibles conflictos entre los coherederos y los terceros adquirentes.

El Tribunal Supremo en sentencia de 17 de diciembre de 1992 (32) en sus Fundamentos de Derecho admite como valor aplicable a los bienes colacionables el que los mismos tuvieran al tiempo de realizar su tasación:

(29) VALLET DE GOYTISOLO, «Apuntes de Derecho Sucesorio. Posición y derechos de los legitimarios en el Código Civil», en *ADC*, 1955, pág. 590.

(30) ESPINAR LAFUENTE, *La herencia legal y el testamento*, Barcelona, 1956, pág. 348.

(31) CASTRO LUCINI, «Comentarios a la sentencia de 19 de julio de 1982», en *RCDI*, enero-febrero 1983, pág. 235.

(32) *RJ* 1992/10696. En igual sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1988 (*RJ* 1988/3284): «ha de primar el precepto específico del artículo 1.045 que concreta cómo ha de hacerse traer el valor de lo donado, pero atendiendo, según la redacción actual del artículo 1.045 del Código Civil, al valor de los bienes al tiempo de su evaluación...», párrafo cuyo sentido corrobora el fallo al decir, entre otras cosas: «...de-

«En el caso presente, el único motivo articulado dirige su impugnación casacional contra el Auto del Tribunal de Apelación, dictado el 31-5-1990, al declarar, entre otros pronunciamientos, que en la participación rectificadora “se incluirán los bienes colacionables por el valor que los mismos tuvieran al tiempo de realizar su tasación y como se especifica en el cuarto de los razonamientos jurídicos de esta resolución, debiendo de incorporarse a los bienes hereditarios de don Jesús María G. R. Y al hacerse la partición rectificadora por muerte del mismo, las cantidades respectivamente adeudadas por los demandados de 3.750.000 y cincuenta millones de pesetas”.

La clave de la controversia, por insistir en la misma, es la determinación del tiempo en que debe efectuarse la evaluación de los bienes colacionables y concretamente la finca denominada “Huerta de San José” —antes “Huerta Miranda”, en el término de Granada, que fue donada al padre del recurrente, don Jesús María G. R. (fallecido el 5-6-1980), por su madre doña Victoria Rodríguez Marín en escritura de 1-8-1931.

La cuestión ya ha sido resuelta por esta Sala mediante sentencia de 28-4-1988, en la que se declaró que las frases contenidas en la resolución firme que se ejecuta (dictada por el Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Granada, el 16-1-1984) y *que dicen “por el valor al tiempo de practicar la valoración actualizada” y “valor actualizado”, han de referirse necesariamente al momento en que se practique la tasación, en el cual se determinará el valor de dichos bienes, objeto de la colación hereditaria en contienda, es decir, se*

biendo colacionarse dichos bienes donados en la herencia materna por su valor actualizado». La sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de febrero de 1995 (RJ 1995/2773): «no han de traerse a colación las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios...». Y de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 15 de junio de 2001 (AC 2001/1587): «dado el tenor del artículo 1.045 del Código Civil, en el que se establece como regla el sistema de aportación por imputación, que lo que procede traer a colación no es la vivienda, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios». O la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 13 de octubre de 1998 (AC 1998/7401): «se atienda al valor real actual, máxime si se tiene en cuenta que al evaluar el haber hereditario, todos los bienes se computan por su actual cotización, con lo que se discriminaría el valor de los colacionables en beneficio del donatario y detrimento del resto de coherederos...». Y la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, de 15 de noviembre de 1997 (AC 1997/2269): «pues de acuerdo con esta última regulación, la valoración de los bienes traídos a colación en una sucesión hereditaria ha de hacerse en atención al tiempo en que se evalúen los bienes... tratándose de derechos relativos a la herencia ha de ser de aplicación la legislación vigente en el momento del fallecimiento del causante, por lo que se ha de atender al valor que tenían los bienes al tiempo de la donación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.045 del Código Civil vigente tanto al tiempo de realizarse la donación como al abrirse la sucesión del causante».

hace referencia tanto al tiempo futuro como al acto —práctica de la tasación—, en el cual ha de producirse la concreción de dicho tiempo al contarse entonces con una fecha precisada.

El mandato de la Sala es imperativo y ley obligada para las partes y juzgadores de la instancia, por lo que la tramitación ejecutoria debe cumplir en todo caso y con la debida lealtad jurídico-procesal dicha declaración.

En el presente recurso se plantea una variación que se aportó como novedosa en apelación y respecto a lo que se discutió y decidió en el proceso contencioso. *Consiste en presentar la cuestión desde la óptica de haberse producido mutación de la finca donada, cada vez que se argumenta que la misma pasó de ser rústica a tener naturaleza urbana, con el consiguiente incremento de su valor económico y, en consecuencia, la tasación actualizada debería de referirse al estado de la finca en el momento en que tuvo lugar su donación, respetándose la naturaleza y características que tenía entonces.*

La sentencia referenciada de esta Sala de 28-4-1988, contiene una declaración bien precisa, terminante y clara, en cuanto dice “los bienes”, en términos generales y amplios, sin matización o especificación alguna por razón de su destino actual, es decir, en relación a los que debe de proyectarse la colación decretada y con total independencia al estado que presentaban al tiempo en que fueron cedidos gratuitamente.

El artículo 1.045 del Código Civil, en su párrafo segundo, establece la particularidad que de producirse aumento o deterioro físico posterior a la donación y aun su pérdida total causal o culpable, será de cargo y riesgo o beneficio del donatario en su caso...

En estos casos el citado párrafo segundo del artículo 1.045 y todas estas circunstancias coyunturales, por no ser precisamente aumentos o deterioros físicos, han de correr a cargo y beneficio de la masa partible y, asimismo, cuando se produce la alteración del valor, como en el caso de autos, por consecuencia de una actuación administrativa y no de forma constatada por la propia actividad decisiva, exclusiva y determinante del recurrente.

Lo anteriormente analizado se refuerza teniendo en cuenta que nuestro Código Civil rechaza la colación in natura, salvo pacto entre los coherederos a favor de la colación por imputación que consiste en adición contable a la masa hereditaria del valor de lo donado, conforme a lo ya expuesto y deferida a favor de los herederos legitimarios (sentencia de 17-3-1989), produciéndose de esa forma un incremento en el activo a repartir, con la consecuencia de

una “toma de menos” en el mismo por parte del donatario que colaciona, conforme al artículo 1.047, *lo que tiene su complemento con la procura de lograr una situación de equivalencia para los coherederos*, en cuanto éstos, y de ser posible, han de percibir, integrando su cuota hereditaria particional, bienes de la misma naturaleza, especie y calidad de los que fueron objeto de donación, así se deduce de la filosofía del Derecho Sucesorio en cuanto se ha de buscar la obtención de igualaciones cuantitativas y cualitativas, que el Código Civil decreta en su precepto 1061».

Y de la Audiencia Provincial de Segovia, de 31 de julio de 1999 (33), en su considerando

«CUARTO.—Concretamente que *sea el valor del mercado a la fecha del fallecimiento del causante, el que deba computarse para la totalidad de los integrantes del as hereditatis, en aras de la determinación adecuada del importe de la legítima y en su consecuencia la oficiosidad o inoficiosidad de las disposiciones testamentarias del causante.*

Alega la parte recurrente, la aleatoriedad y variabilidad de los precios de mercado.

Sin embargo, pese a las aseveraciones de esta parte recurrente, el criterio establecido por el Juzgador, además de obedecer a estrictos criterios de justicia materias y equidad, corresponden al mandato del actual artículo 818 del Código Civil, conforme a la redacción que le otorgó la Ley 11/1981, de 13 de mayo, precisamente para evitar las injusticias, obviando el criterio nominalista que el texto de la norma y la jurisprudencia, con alguna excepción como la sentencia de 19-7-1982, establecían; en definitiva, evitar que la cuota legitimaria resulte afectada por fenómenos económicos inflacionarios.

Además, dicha reforma intentaba dar debida congruencia a esta norma con el nuevo texto que se otorgaba al artículo 1.045, en conexión con el criterio instaurado (afirmaba la enmienda que en su trámite parlamentario propició el actual texto) tendente a considerar las estimaciones del valor referidas a la fecha de las liquidaciones correspondientes (arts. 1.359, 1.360 y 847).

Es decir, en ningún caso *un valor predeterminado, o nominalmente establecido en momento anterior a la liquidación* (de ahí que se suprimiera en la referida reforma de 1981, del párrafo segundo

(33) AC 1999/1957.

del art. 818 el criterio de valoración de las donaciones colacionables al tiempo en que se hubieran hecho); y obviamente con utilización del mismo criterio en todas las valoraciones.

La necesidad de que sea idéntico el criterio de valoración de los diferentes bienes de la herencia, tiene idéntica justificación que la aceptación del criterio valorista; el expreso deseo del Código Civil de que todos los coherederos reciban en supuesto de colación cuotas equivalentes, a través incluso de compensación específica (arts. 1.045, 1.047 y 1.048).

Valoración al tiempo de la liquidación, que en aras de esa equivalencia de las cuotas se predica tras la reforma (modificando el criterio anterior expresado en las SSTs 25-6-1946, 9-11-1962, que atendía a la fecha de la muerte del *de cuius*, no sólo de los bienes colacionables, sino también del *relictum*; conforme al criterio unánime de la actual doctrina, como consecuencia del mandato expreso y terminante del artículo 847 en su redacción de 1981: *Para fijar la suma que haya de abonarse a los hijos o descendientes se atenderá al valor que tuvieron los bienes al tiempo de liquidarles la porción correspondiente, teniendo en cuenta los frutos o rentas hasta entonces producidos. Desde la liquidación, el crédito metálico devengará el interés legal.*

Es cierto que la sentencia recurrida establecía como data de ponderación de la valoración de los bienes, la fecha de la muerte del causante; pero la corrección necesaria a esa concreta pauta por la normativa actual no puede entenderse *reformatio in peius*, en cuanto, este extremo integraba uno de los concretos motivos de impugnación de la otra parte recurrente, que impugnaba la desequilibrada valoración de los bienes, como ya expusiera en su demanda».

Está claro que la actual versión del Código Civil atiende, en líneas generales, al sentir de nuestra doctrina y jurisprudencia.

Pero, los planteamientos no acaban aquí, está claro que el modo de efectuar la colación es atendiendo al valor de lo donado evaluado al tiempo actual. Por tanto, hemos de interpretar: *¿Qué no es necesario traer a colación los mismos bienes donados?*

La doctrina científica (34) de la interpretación del artículo 1.045 del Código Civil mantiene que no es necesaria la colación *in natura* de los bienes donados, no obstante no excluye la posibilidad de traer a colación los mismos, si los interesados están de acuerdo en ello.

(34) LASARTE ÁLVAREZ, «Principios...», *op. cit.*, pág. 446.

En igual sentido, la Jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, en sentencia de 17 de diciembre de 1992 (35) dice: *Lo anteriormente analizado se refuerza teniendo en cuenta que nuestro Código Civil rechaza la colación in natura, salvo pacto entre los coherederos, a favor de la colación por imputación que consiste en adición contable a la masa hereditaria del valor del bien donado.*

Pero la sentencia de 17 de marzo de 1989 (36) resolvía la cuestión determinando que lo que ha de traerse a colación y partición, no son las mismas cosas donadas, sino su valor, consistiendo la modificación operada de este artículo (art. 1.045) en referir el tiempo del avalúo al momento en que se tasan los bienes hereditarios. *Las compensaciones tienen que efectuarse adicionando contablemente valores al activo partible, compensando, en su caso, las diferencias en metálico, pero en ninguna forma con la aportación de bienes in natura, no contemplada por ningún precepto.*

Este criterio de la Jurisprudencia de nuestros Tribunales sirve para justificar aquellos supuestos en que no es posible que los demás coherederos tomen el equivalente en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad, tal y como reconoce el artículo 1.047 del Código Civil. El precepto lo que busca es la más completa igualación entre los coherederos, no sólo cuantitativa sino cualitativa, en armonía con el principio general recogido por el artículo 1.061 del Código Civil. Así, si lo donado fuera una finca rústica de regadío y quedan otras en la herencia de características similares, estas mismas serán las que se incluyan en los lotes de los demás coherederos para equipararlos al donatario, sin que baste con la adjudicación de fincas de secano superiores en superficie pero iguales en valor a la donada (37).

Puede ocurrir que sea imposible igualar a los herederos en metálico o valores mobiliarios al tipo de cotización, es decir, a bienes de la misma especie, naturaleza y calidad, en este caso el artículo 1.048 determina: *No pudiendo verificarse lo prescrito en el artículo anterior, si los bienes donados fueran inmuebles, los coherederos tendrán derecho a ser igualados en metálico o valores mobiliarios al tipo de cotización; y, no habiendo dinero ni valores cotizables en la herencia, se venderán otros bienes en pública subasta en la calidad necesaria.*

(35) RJ 1992/10696.

(36) RJ 1989/2161.

(37) VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de Sucesiones. II Perspectiva Dinámica*: nos advierte que el adverbio equivalente es referido a la expresión tanto como ya hubiese recibido, y se dice que debe ser compensado en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad. Es decir, el equivalente se refiere a lo recibido y debe ser compensado en especie en igual cantidad (tanto) y de la misma calidad. En este caso, habrá de atenderse al estado físico de lo donado (en naturaleza, especie, calidad y cantidad) en la fecha de su donación, sin tenerse en cuenta su valor dinerario. La compensación se hace *in natura*, en bienes que puedan compensarse directamente —de cosa a cosa— sin necesitarse la mediación de unidades monetarias. Madrid, 1984, págs. 799 y 780.

Cuando los bienes donados fueren muebles, los coherederos sólo tendrán derecho a ser igualados en otros muebles de la herencia por el justo precio, a su libre elección.

Este precepto tiene carácter subsidiario, y tiene lugar sólo si es imposible, además necesita acuerdo unánime de los coherederos, pues como bien dice LACRUZ BERDEJO (38): *la compensación específica de los artículos 1.047 y 1.048, y en especial el 1.049, supone una igualdad de valor entre la liberalidad y los bienes que de la misma especie existen todavía en la herencia y no una igualdad dineraria, nominal tan sólo, y calculada para éstos en momento distinto que para aquélla.* El autor pretende ajustarse al principio de equidad, que es el fin perseguido por el instituto de la colación.

SARMIENTO RAMOS (39) considera que el artículo 1.048 del Código Civil otorga a los coherederos la posibilidad *de elección*; si se trata de bienes muebles los bienes donados, sólo se permite a los coherederos elegir entre los bienes muebles hereditarios restantes, siendo inmuebles se presupone el derecho de elección sobre todos los integrados en la masa partible, sean de la naturaleza que fueren.

El carácter restrictivo que se otorga por el ordenamiento jurídico a los bienes muebles, en este precepto, obedece a que estos tienen menor importancia económica que los inmuebles, no obstante si no hubiera muebles en la herencia sino sólo inmuebles, es indudable que el derecho de los coherederos a elegir entre éstos los que igualen la donación; pero no pueden imponer, en ningún caso, su venta y cobrarse con el metálico obtenido, porque así se deduce de la propia exclusión que hace el precepto legal de no permitir la enajenación a los bienes muebles, y otorgar exclusivamente la enajenación o venta en subasta pública a los bienes inmuebles.

Está claro que estas reglas sólo habrán de observarse si no hay acuerdo entre los herederos implicados en la colación.

Pero, ¿qué ocurre si en el relictum no quedan bienes suficientes para que los herederos favorecidos por la colación resulten igualados? ¿O si el donatario recibe más de lo que le corresponde heredar?

Una parte de la doctrina (40) mantiene la necesidad de restituir a la masa hereditaria el exceso, otros (41) sin embargo, consideran que de la regulación

(38) LACRUZ BERDEJO, *Notas de Binder al Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1953, pág. 260.

(39) Vid. *Comentario del Código Civil*, Madrid, 1991, tomo I, págs. 2462 y 2463.

(40) Los precedentes históricos y específicamente el de la Ley 29 de Toro, se inclinan en pro del deber de colacionar el exceso de lo donado respecto de la cuota del donatario. Esta ley concedió opción al heredero forzoso entre traer íntegramente a colación y partición las donaciones causales, si aceptare la herencia, o bien apartarse de la herencia para quedar exento de colacionar y autorizado para imputar lo donado a su legítima, quinto y tercio, reduciéndose solamente en el exceso que resultare inoficioso.

(41) DE LOS MOZOS, *La colación*, Pamplona, 1965, pág. 204.

del instituto de la colación no se desprende que el donatario tenga que pagar a los coherederos, es decir, que la colación se queda sin hacer por el resto; el coheredero, que debía colacionar, no participa en absoluto en la comunidad hereditaria, y los otros coherederos legitimarios reparten entre sí los bienes asignados al grupo como si el colacionante no existiera.

Es cierto que el artículo 1.047 del Código Civil no determina acerca del destino del exceso de valor que las donaciones colacionables tienen sobre la cuota hereditaria del colacionante; ni ningún precepto del Código ordena la reducción de las donaciones no inoficiosas pero que excedan de la cuota colacionante. Pero, el artículo 1.036, que regula conceptualmente la colación, ordena traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiera recibido del causante de la herencia en vida de éste para computarlo en la cuenta de la partición.

Por tanto si el donatario ha de percibir la parte que le corresponde en el reparto o partición, y sus coherederos han de tener derecho a exigir íntegra su participación, es necesario que cuando la donación exceda del importe de la cuenta hereditaria, éste (el donatario) colacione materialmente el exceso, o entregue en metálico a sus coherederos la diferencia. Devolución en metálico como consecuencia de aplicar el criterio de la colación de valor del artículo 1.045 del Código Civil.

Este criterio sólo es posible mantenerlo cuando el heredero forzoso acepta concurrir a la herencia, pues si repudia la herencia por aplicación del artículo 1.036 del Código Civil el donatario no puede sufrir reducción alguna de lo que le fue donado en cuanto no resulte inoficioso.

¿Qué ocurre con los frutos de los bienes colacionables? El artículo 1.049 del Código Civil, en armonía con el artículo 1.063 del mismo Código, declaran el carácter común de los frutos e intereses de los bienes hereditarios en el momento de proceder a la partición. El primero determina que *los frutos e intereses de los bienes sujetos a colación no se deben a la masa hereditaria sino desde el día en que se abra la sucesión.*

Para regularlos, se atenderá a las rentas e intereses de los bienes hereditarios de la misma especie que los colacionados.

Y, el segundo: *Los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios, las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos y los daños ocasionados por malicia o negligencia.*

De ambos artículos se desprende claramente que los frutos e intereses de los bienes donados han de traerse al cómputo de la masa hereditaria, porque es justo que si el donatario va a participar en los frutos que durante el período de indivisión produzcan los bienes relictos que se adjudiquen a sus coherederos, justo, es también, que éstos se beneficien de los que en igual período deriven de los bienes donados a aquél. Sin embargo, el artículo 1.049

especifica que esta obligación sólo se debe desde el día en que se abra la sucesión. Esta regla requiere cierta matización, porque no podemos olvidar que la donación produce en el donatario los efectos propios de ser propietario de la cosa donada, le asiste el derecho de enajenar, gravar, consumir, etc. Pero, aún cuando por donación adquiriera la propiedad, los bienes y frutos están limitados a agregarse aunque sea ficticiamente a la masa hereditaria para la cuenta particional.

BONET RAMÓN (42) con acierto justifica: «si no es incompatible la propiedad de las cosas donadas con el deber de llevarlas a colación, no es incompatible tampoco la propiedad de sus frutos con el deber de aportarlos a la masa, puesto que tampoco han de ser materialmente aportados sino ficticiamente». Recordemos que el Código Civil interpreta la colación con la *toma de menos* por el donatario, artículo 1.045.

Quizá cabe interpretar que no se trata tanto de traer a colación los posibles réditos del valor colacionado, como el valor de los propios frutos y rendimientos del bien donado, no siendo aplicable la norma cuando se trata de bienes que fueran improductivos (por ejemplo, una joya, una obra de arte).

Imaginemos que la cosa donada se perdió, ya sea de forma fortuita o culpablemente, en el tiempo intermedio entre la donación y el fallecimiento del causante, ¿hemos de interpretar que el donatario queda libre de colacionar los frutos que podía haber percibido de no acontecer el suceso?

SARMIENTO RAMOS (43) considera que no está el donatario exento de colacionar los frutos que podía haber percibido, si bien el autor no lo dice expresamente, entendemos que tal opinión obedece a la aplicación analógica del artículo 1.045, apartado segundo: *El aumento o deterioro físico posterior a la donación y aun su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario*. Pero BONET RAMÓN (44) estima que no hay obligación de abonarlos porque aun cuando la ley no distingue e impone el perjuicio de esa pérdida al donatario, parece que éste habrá de aportar a la masa común los frutos posibles. SANTAMARÍA (45) entiende que acaso fuera más adecuado estimar que se abonará como frutos, desde que se abra la sucesión hasta que se termine la partición, el importe del interés legal del dinero por el valor colacionable.

Podríamos alegar, como solución, que no se responde de los frutos en caso de pérdida, por puras razones de justicia material, ya que es difícil estimar cuantitativamente unos frutos que, en modo alguno, pueden existir.

(42) Vid. *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, 1956, tomo VII, págs. 672 y 673.

(43) Vid. «Comentario del Código Civil...», *op. cit.*, pág. 2463.

(44) Vid. «Comentarios...», *op. loc.*, pág. 673.

(45) SANTAMARÍA ANSA, *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 1958, pág. 973.

No obstante, somos conscientes que esta afirmación atentaría contra la obligación del artículo 1.045 que en relación con el artículo 1.049 contempla una base de cálculo específica de valoración. En derecho comparado (46) se libera al donatario de la obligación de colacionar cuando la cosa ha perecido o perdido simplemente por su culpa.

Supongamos que la cosa donada fuera un *derecho de usufructo* constituido en su favor por el causante, o una renta o un censo, en este caso habría de colacionarse los frutos producidos, los cánones o rentas percibidos; si fuera un derecho de crédito pagadero a un número de años, sólo se consideran frutos colacionables la parte de intereses comprendida en los pagos que hayan de efectuarse durante el período de indivisión.

Del artículo 1.049 parece entenderse que la colación, por lo que se refiere a los frutos, debe efectuarse *in natura, de la misma especie que los colacionados*, pero no señala que sean de la misma naturaleza y calidad (art. 1.047), lo que plantea la cuestión de que ocurre si existen bienes similares en la herencia, pero con distintas características, o incluso, aún más allá, sino hubiera cosas de la misma especie. La solución vendría determinada por aplicar la adición ideal y toma de menos establecida en el artículo 1.045 y 1.047 del Código Civil, pues todo propietario debe responder de sus frutos (art. 354 del Código Civil).

III. COMPUTACIÓN E IMPUTACIÓN DE LAS DONACIONES COLACIONABLES EN LA PARTICIÓN HEREDITARIA

El principio que fundamenta todo efecto sucesorio es la voluntad del testador conforme a los artículos 658 y 675 del Código Civil. Es evidente que en la *mens testatoris* se mantiene la estructura sucesoria de dividir el patrimonio hereditario en tercios, legítima estricta, mejora y libre disposición, pues la herencia es la suma del activo del caudal, deducido del pasivo, y agregadas después las donaciones.

La doctrina se plantea si para *computar las donaciones en el haber hereditario, éstas se determinan en la parte de las legítimas o pueden corresponder a la de libre disposición*.

No todos los comentaristas han entendido que la distinción entre la masa relicta y la masa formada por la acumulación de *relictum* y *donatum* pueda dar lugar al resultado de ampliar la legítima a percibir de lo relicto, pero no en cambio a la ampliación de la parte de libre disposición con respecto a los bienes relictos.

(46) Así, vid., en el Código italiano de 1942, artículo 744; Code civil française, artículo 855.

Lo cierto es que la computación es aquella operación de mera contabilidad por la cual se calcula el valor del haber hereditario, para deducir el correspondiente a la legítima. La computación supone la adición puramente ideal al patrimonio relicto líquido de todas las donaciones verificadas por el causante. Realizada la suma, una simple división por tres del valor total nos determinará el correspondiente a cada uno de los tercios de la herencia. Dicho, así se propugna por VALLET DE GOYTISOLO el *cómputo unitario de los tercios de legítima y libre disposición sobre la base de sumar relictum y donatum*. Son tercios o partes idénticas de una misma herencia, que ha de sumar los tres tercios en que se distribuye sin que ninguna de las partes pueda comprender algo que no esté comprendido en el todo, ni, viceversa, el todo (*donatum* más *relictum*) pueda comprender lo que no está en la suma de cada una de las partes (el tercio de libre disposición si se calcula sólo sobre los bienes relictos).

Además, el instituto de la colación se asienta sobre el artículo 818 del Código Civil, que obliga a traer a la cuenta de la partición todas las donaciones hechas por el causante hasta para determinar el tercio de libre disposición, entendiendo que cada tercio de libre disposición cuantitativamente es un mismo tercio de una misma herencia, de modo que si *relictum* y *donatum* tienen que sumarse para integrar la base sobre la que hallar el tercio de legítima, también habrán de sumarse (lo relicto y lo donado como anticipo de legítima) para hallar la base de cómputo del tercio de mejora y el tercio de libre disposición.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo mantiene este criterio en algunas sentencias, comenzando por la de 4 de mayo de 1899:

«En cuanto al recurso deducido por doña Isabel Álvarez Montes, Duquesa de Castro Enríquez, que el derecho de los herederos forzosos a que se cuente como parte de la herencia de su causante, imputable a la cuota hereditaria de libre disposición el valor de las donaciones hechas por el mismo a personas extrañas, expresamente declarado en los artículos 818 y 819 del Código Civil, lo estaba virtualmente en la legislación anterior; puesto que prohibidas las donaciones inoficiosas, o sea las hechas en perjuicio de la legítima debida a los herederos forzosos, que había de quedar a salvo aun para después de la muerte del donante, preciso *era computar el importe de lo donado, cargándolo a la cuota hereditaria de libre disposición* para que a su vez quedara a salvo la cuota destinada a legítima; siguiéndose de ello que la circunstancia de haberse fundado y dotado por la Marquesa Viuda de Valderas, el asilo de la Santa Espina bajo el imperio de la antigua legislación, no se opone a que el valor de esa liberalidad se colacione a su herencia...».

Y la sentencia de 16 de junio de 1902:

«Conviene distinguir para la más acertada inteligencia de los preceptos legales referentes a la colación de las donaciones, las que deben traerse a la partición para computarlas en la legítima, y los que deben comprenderse en la masa, para saber si son inoficiosas o no, para computarlas, en su tercio libre o en la mejora...».

O la sentencia de 21 de abril de 1990 (47):

«La doctrina científica predominante, al interpretar el precepto del artículo 818 del Código Civil, viene entendiendo que *para el cálculo de legítima, mejora y tercio de libre disposición de la herencia deben sumarse a lo relicto líquido todas las donaciones no exceptuadas de computación por razón de sus circunstancias*, como pueden ser, entre otras, las remuneratorias, onerosas y modales, usuales, las de frutos y en particular algunas otras entre las que no se encuentran las del supuesto que nos ocupa, y que así se desprende de la interpretación conjunta de los artículos 808 y 818 del Código Civil, preceptos de los cuales el primero determina las cuotas que constituyen la legítima, señalando la proporción, mientras que el segundo indica el modo de determinar el montante de una de esas cuotas ideales, estableciendo la base a la que debe aplicarse aquélla, así como de la de los artículos 819 y 820, cuya interpretación conjunta con el 818 hace palpable la evidencia de que las donaciones hechas a extraños deben ser computadas a todos los efectos, agregándose, finalmente, que, si tal y como el artículo 636 afirma, ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que puede dar o recibir por testamento, tendremos que convenir que, o bien hay que formar, al menos contablemente, una masa única con todo lo relicto y lo donado, para aplicar el módulo correspondiente a la suma, o bien habrá que formar dos masas distintas para aplicar a cada una de los mismos módulos, de modo tal que habría una legítima, mejora y tercio de libre disposición de lo relicto y otras tantas partes de lo donado, duplicidad que es desestimada por el artículo 820.1.º, al disponer que se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima reduciendo y anulando, si necesario fuese, las mandas hechas en testamento... *De acuerdo con tal cuerpo de doctrina, habremos de concluir que las resoluciones de instancia, al computar las donaciones hechas a los hijos por el causante para*

(47) RJ 1990/2762.

calcular el montante total de la herencia, y de ahí llegar al de los tercios de legítima, mejora y libre disposición, interpretó correctamente el artículo 818 del Código Civil, entendiendo el término colacionables en un sentido amplio que permite incluir en el mismo todas las donaciones hechas, sin perjuicio de que pudiesen o no resultar inoficiosas, para cuya declaración es preciso, como paso previo, el cálculo del montante total hereditario».

Este criterio jurisprudencial se mantiene por la doctrina actual, de tal manera que no existe duda de que la masa hereditaria la comprende la suma del *relictum* y *donatum*, y que afecta tanto a las legítimas (estricta o mejora) como a la de libre disposición. No ocurre lo mismo con la doctrina anterior al Código Civil. SÁNCHEZ ROMÁN (48) independiza el cálculo de la legítima y el de la porción disponible, y entiende que los herederos forzosos están protegidos contra las liberalidades *inter vivos* del causante con dos instituciones que se complementan: la colación y la reducción. Según su tesis, la colación tiene un doble significado: uno estricto al que se refieren tanto el artículo 1.035 como el 818 del Código Civil, y otro menos propio, aplicado al cómputo previo al ejercicio de la reducción de las liberalidades no colacionables en sentido estricto.

Considera que la colación en sentido estricto —es decir, la del art. 1.035, que es también, a su juicio, la que se refiere el art. 818— se verifica únicamente para fijar la legítima en provecho exclusivo de los herederos forzosos, no para ampliar el caudal líquido hereditario en provecho de herederos voluntarios y de legatarios. Con lo que, sin duda, significa que la parte libre del caudal relicto sólo se calcula con relación al activo líquido sin agregar, ni aun contablemente, el valor de donación alguna, y que, por tanto, no se aumenta su valor, cualquiera que sea el importe de lo colacionado por los herederos forzosos.

Esta tesis fue criticada por VALLET DE GOYTISOLO (49) en los siguientes términos: «La crítica fundamental a esta tesis estriba en su desarmonía con las normas de la imputación de las donaciones específicamente otorgadas como anticipo de legítima. ¿Es que estas donaciones sólo se imputan para el cómputo de la legítima complementada que deba cubrirse por la acción de reducción? No creemos que sea así. Lo donado precisamente como anticipo de la legítima debe limitar la porción relicta correspondiente al legitimario a quien fue otorgada y no sólo el derecho a su complemento. *Puede, por tanto, ampliar la porción relicta de libre disposición.* Recordemos la vieja argumentación de AYERBE DE AYORA: Si el padre pudo en vida satisfacer íntegramente

(48) Vid. «Estudios de Derecho Civil», *op. cit.*, edición 1899, pág. 708.

(49) Vid. «Estudios de Derecho Sucesorio...», *op. cit.*, págs. 343 y sigs.

la legítima a sus hijos mediante donaciones —sin perjuicio de la irrenunciabilidad del derecho al posible suplemento—, resultaría anómalo que estos mismos *hijos tuvieran derecho a una segunda legítima* respecto los bienes que restaran al causante a su fallecimiento, y, además, sería de peor condición el padre que anticipó en vida la legítima a sus hijos, que el que nada les dio hasta la muerte».

SERRANO BERNARD: «Como imputar es atribuir, y para hacerlo es menester suponerlas incluidas (las donaciones) en dicho tercio, sumadas a todo lo que en él ha de tener cabida, *se llega al absurdo de declarar, sin querer, que están comprendidas en el tercio sin estarlo en total*. ¡Como si en la parte pudiera estar comprendido algo que no esté en el todo!»

MORELL: «Si el tercio no puede sufrir aumento, los otros dos tercios, parte del mismo, no pueden sufrirlo tampoco; si a estos se aumentasen algunas donaciones, ya no serían las dos terceras partes de los bienes existentes al fallecimiento del testador sin más». «El artículo 636 lo que afirma con respecto al padre, es que, así como no puede dejar a extraños en testamento más que el tercio de sus bienes, tampoco puede donarles más que un tercio». Y «el artículo 654, ni trata de determinar cómo se fija la legítima y la parte libre, ni trata de mandar que no se tenga nunca en cuenta el importe de las donaciones...»

La argumentación que nosotros propugnamos a esta cuestión es defender la *computación unitaria*, *relictum más donatum, tanto de lo donado a legitimarios como de lo donado a extraños, para calcular el tercio de legítima, mejora y libre disposición*. Y ello porque los artículos 808 y 818 del Código Civil deben interpretarse en recíproca conexión para establecer la computación en el cálculo de las legítimas. La herencia es la suma del activo del caudal, deducido del pasivo, y agregadas después las donaciones.

Junto a la computación aparece como complemento de las legítimas y partes disponibles de la herencia *la imputación de todas las liberalidades*. La imputación es una operación contable referida tanto a la legítima como a la porción libre, así lo expone la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1982 (50): «*La imputación, precisa para determinar las legítimas, se impone incluso sobre la voluntad del testador, como se deduce del artículo 1.036 del mismo Código Civil*».

Esta sentencia se manifiesta a favor de concebir la imputación en su sentido más amplio, viene a ser la operación contable que se realiza para encasillar todas las donaciones en la cuenta correspondiente del haber partible, que se efectúa independientemente de que exista o no reclamación por parte de los legitimarios (51). Por tanto, afecta tanto a la parte de la legítima como a la porción disponible, y actúa como complemento de la computación.

(50) RJ 1982/4256.

(51) VALLET DE GOYTISOLO, «Estudios...», *op. cit.*, pág. 314.

Esta acepción es la que recoge el artículo 819: *Las donaciones a los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima. Las donaciones hechas a extraños se imputarán a la parte libre de que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad.*

En conexión con el artículo 825: *Ninguna donación por contrato inter vivos, sea simple o por causa onerosa a favor de sus hijos o descendientes, que sean herederos forzosos, se reputará mejora, si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar.*

La aplicación de ambos preceptos nos lleva a considerar que el heredero forzoso, que a su vez ha sido donatario o legitimario, debe imputar en su legítima todo lo donado o legado, recibido del causante, y únicamente se imputará como mejora aquellas donaciones que expresamente vengan determinadas por la voluntad del causante.

Pero, ¿qué ocurre cuando se trata de imputar donaciones hechas a los nietos en vida de sus padres, o incluso que premueran al abuelo? El Código Civil vigente en la redacción otorgada al artículo 1.038, apartado segundo: *También colacionarán lo que hubiese recibido del causante de la herencia durante la vida de éste, a menos que el testador hubiere dispuesto lo contrario, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad si no perjudicare a la legítima de los coherederos.* La aplicación de este precepto genera dudas, incluso manifiesta VALLET DE GOYTISOLO (52), su aplicación podría originar una solución anómala e injusta, pues nos encontramos ante una donación que al otorgarla el donante a un descendiente no heredero forzoso, la debió considerar precisamente como mejora *latu sensu*. No puede, pues, perder ese carácter porque se dé el supuesto que el hijo premuera a éste (abuelo). Debiéndose así limitar al párrafo segundo del artículo 1.038, en relación con lo que el abuelo donó al nieto después de muerto el padre, no imputándose a la legítima, en principio, lo donado directamente a ellos en vida del padre o madre. Es decir, el autor entiende que la imputación de las donaciones hechas a los nietos en vida del padre o madre, aunque éste premuera al abuelo, se hallan fuera de la órbita del artículo 825 del Código Civil.

Por tanto, las donaciones colacionables hechas a los nietos no se imputan a la mejora, sino a su legítima estricta.

Las donaciones hechas a los ascendientes no vienen reguladas por el Código Civil, entendemos que se les debería aplicar por analogía lo dispuesto en el artículo 819 para los descendientes, es decir, se le imputaría lo donado a su legítima (53). Lo mismo ocurre si se trata de donaciones hechas al cónyuge, debería aplicarse a su legítima correspondiente o cuota viudal. Con

(52) VALLET DE GOYTISOLO, *La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una producción*. Tomo VII, AAMN, Madrid, 1954, pág. 95.

(53) LACRUZ BERDEJO, «Notas a Binder. Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 308.

respecto a la cuota viđual, VALLET DE GOYTISOLO (54) presume que el causante que donó a su cónyuge lo hizo con ánimo de liberalidad independiente de su cuota legal, salvo que hubiera manifestado lo contrario o pudiera desprenderse de una ponderada interpretación de su voluntad. Es decir, la imputación se aplicaría a su legítima, salvo manifestación expresa del causante.

Las donaciones hechas *a extraños* se imputarán al tercio de libre disposición y se reducirán si son inoficiosas, el artículo 819 no deja la menor duda.

En definitiva, diremos que la imputación es un complemento de la computación de todas las liberalidades, tanto *mortis causa* como *inter vivos* otorgadas por el causante, de forma que su aplicación viene establecida por lo dispuesto en los artículos 819, 825 y 828 del Código Civil, que en íntima conexión preceptúan que las donaciones hechas a descendientes, hijos o nietos, ascendientes se imputan a su legítima y sólo a la mejora si quedó expresado por el causante, respecto del cónyuge, salvo que el difunto disponga otra cosa se aplicaría a su legítima o cuota viđual, y por último, los extraños se imputarían al tercio de libre disposición.

IV. DETERMINACIÓN DEL TERCIO DE LIBRE DISPOSICIÓN Y DISPOSICIÓN EFECTIVA DEL TERCIO MEDIANTE LEGADO

Se trataría de distinguir entre la determinación del tercio de libre disposición y la determinación del legado del tercio de libre disposición, como si ambas pudieran ser, eventualmente, cosas distintas. Esto es, de modo que el tercio de libre disposición, como cuota disponible, pudiera ser un tercio igual al de la legítima, calculado, por tanto, sobre la base de integrar *relictum* y *donatum*; y, en cambio, la atribución o disposición efectiva de ese mismo tercio en forma de legado (de parte alícuota), o de institución hereditaria, pudieran ser sólo del tercio del *relictum* sin el *donatum*, presuponiendo que el testador, al legar, no ha querido agotar la totalidad de la cuota disponible correspondiente al tercio de libre disposición (resultante de dividir por tres *relictum* más *donatum*), sino limitar su atribución patrimonial a un tercio de los bienes relictos a su fallecimiento sin colacionar o computar las donaciones a favor de los legitimarios.

En nuestro Derecho posterior al Código, la consistencia cuantitativa del tercio de libre disposición ha de ser la misma que la del legado cuyo objeto es todo el tercio de libre disposición. VALLET DE GOYTISOLO trata de mantener la posible distinción entre la mejora como cuota disponible y la mejora como disposición efectiva. Convirtiéndolo en un problema interpretativo de aque-

(54) Vid. «Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales de Albaladejo», en RDP, Madrid, 1982, pág. 282.

llos a los que, en última instancia, cabe reconducir todo el derecho sucesorio de carácter dispositivo sobre la base del principio voluntarista del artículo 675 del Código Civil.

La cuestión sería ésta: determinar si el testador que dispone del tercio de mejora o del tercio de libre disposición quiere disponer del tercio de *relictum* más *donatum* o sólo del tercio de *relictum*. Si en el derecho histórico podía presumirse la voluntad de disposición del tercio del *relictum* (porque otro era el modo de computar o colacionar las donaciones), después del Código Civil no sólo desaparece esa presunción, sino que los artículos 818 y 1.035 del propio Código, interpretados por una constante jurisprudencia, abonan exactamente la presunción contraria: tercio disponible y tercio dispuesto deben coincidir, salvo que sea otra la voluntad expresada del testador, y cuando se ordena un legado del tercio de libre disposición debe entenderse comprendido dentro del mismo la totalidad del tercio disponible determinado por la división en tres partes de la suma de *relictum* y *donatum*.

VALLET DE GOYTISOLO (55) sostiene: *Con la promulgación del Código Civil quedó derogada formal y sustantivamente la Ley 25 de Toro, tanto en cuanto a su texto como a su contenido. Ha desaparecido, por tanto, la presunción establecida en ella para la determinación de la masa de cálculo de las atribuciones de cuota hechas por el testador como mejora o a su favor de extraños. Pero el problema de la interpretación de su voluntad real queda en pie, en su exacto medio, sin el influjo de presunción iuris tantum alguna.*

Por lo tanto, el tercio de mejora y el tercio de libre disposición, lo mismo que el de legítima estricta, abarcan la tercera parte de la suma del líquido y lo donado por el causante, *pero la mejora de un tercio o el legado del de libre disposición pueden ser referidos por el causante exclusivamente al líquido relicto.*

La interpretación no siempre será fácil, y creemos que *en caso de duda*, no habiéndose recogido en el Código Civil la doctrina de la Ley 25 de Toro, *deberá tomarse como masa de cálculo la total suma de lo relicto y lo donado.*

La principal dificultad interpretativa depende, sin duda, de la imprecisión terminológica con que se usan ciertas expresiones, como «el tercio de mis bienes», «la tercera parte de mi herencia», etc. No obstante, hay casos que, a nuestro juicio, son claros; por ejemplo: cuando el testador dispone «que deja la tercera (o la enésima) parte de los bienes que tenga a su fallecimiento» es evidente que sólo se refiere al tercio de su caudal relicto líquido; mientras que si dispone de «toda la parte de libre disposición» (y casi siempre cuando alude genéricamente al tercio de la libre disposición) se refiere a

(55) VALLET DE GOYTISOLO, «Computación, imputación. Colación de donaciones *inter vivos*...», *op. cit.*, págs. 365 y sigs.

la totalidad de su cómputo posible, es decir, a la masa formada con la suma del líquido relicto y de todas las donaciones realizadas por el causante.

Un amplio sector de la doctrina (56) casi con unanimidad, mantiene esta posición. Hay que indagar siempre cuál ha sido la verdadera intención del testador, atendiendo a sus palabras si son claras, si ofrecen dudas, debe discernir cuál resulta ser su intención según el tenor del testamento, artículo 675 del Código Civil, o por aplicación analógica del artículo 1.289 del Código Civil para la interpretación de los contratos (cuando absolutamente sea imposible resolver las dudas si el contrato fuere gratuito se resolverán a favor de la menor transmisión de intereses). Por lo cual tratándose de sucesiones *mortis causa*, parece que esta norma es trasladable analógicamente entendiendo la disposición en el sentido que produzca menor gravamen para los hijos y herederos del testador.

Así, cuando en un testamento se dice: «la tercera parte de mi herencia», está claro que no hay un indicio de cuál sería la voluntad del testador, se debería aplicar el criterio dominante de carácter heterónomo sobre integración de *relictum* y *donatum* para hallar el tercio de libre disposición (igual al tercio de legítima estricta o a la mitad de la legítima larga). Nuestro criterio es mantener que en el Código Civil está claro que el tercio de libre disposición ha de determinarse en su valor, computando las donaciones colacionables en la cuenta de la partición de la herencia, entonces el legado de todo el tercio de libre disposición de la herencia tiene que representar el mismo valor y extenderse a todo el tercio de libre disposición (respetando únicamente las donaciones efectuadas *inter vivos* por el testador como anticipo de la legítima, aunque excedan de la cuota legitimaria).

MARÍA PAZ POUS DE LA FLOR

(56) MORELL, LACRUZ BERDEJO, ESPINAR LAFUENTE, CASTÁN TOBEÑAS, ESPÍN CÁNOVAS, PASCUAL MARÍN PÉREZ, PUIG PEÑA, PUIG BRUTAU, GARCÍA-BERNARDO LANDETA, BONET RAMÓN, CASTRO LUCINI, ALBALADEJO, DE LOS MOZOS, DíEZ PICAZO-GULLÓN y GARCÍA VALDECASAS, entre otros.

La capacidad mental del testador: problemática jurídica (*)

SUMARIO: INTRODUCCIÓN AL TEMA.—LA CAPACIDAD PARA TESTAR: ANÁLISIS Y PROBLEMÁTICA JURÍDICA: REFERENCIA A LOS INTERVALOS LÚCIDOS.—SUPUESTOS ESPECÍFICOS EN LOS QUE LA JURISPRUDENCIA NIEGA LA CAPACIDAD TESTAMENTARIA.—SUPUESTOS EN LOS QUE LA JURISPRUDENCIA HA ADMITIDO LA CAPACIDAD TESTAMENTARIA.—EL PRINCIPIO DEL *FAVOR TESTAMENTI* Y SUS RELACIONES CON LA INCAPACIDAD DEL TESTADOR.—REFERENCIA A LA CAPACIDAD DEL TESTADOR EN TESTAMENTOS OLÓGRAFOS.—LA INCAPACIDAD MENTAL DEL TESTADOR: PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA ENFERMEDAD MENTAL.—REFERENCIA A LA APRECIACIÓN NOTARIAL DE LA CAPACIDAD DEL TESTADOR.—REFERENCIA A LA INTERVENCIÓN DE LOS FACULTATIVOS.

INTRODUCCIÓN AL TEMA

El artículo 663.2 de nuestro Código Civil declara incapacitado para testar al que «habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio».

El precepto, como puede observarse, si bien es sucinto, deja la puerta abierta a la polémica y, en cierta medida, a la incertidumbre: ¿Se presume la capacidad de una persona para testar o, al contrario, hay que demostrar que la persona que ha testado se encontraba, en ese momento tan importante en la vida, en su cabal juicio, es decir, con sus facultades mentales en perfecto estado, de modo que pudiera, desde el punto de vista jurídico, realizar un acto tan trascendental y personalísimo?

A través de diversas sentencias dictadas en nuestro país sobre este tema, he intentado arrojar un poco de luz sobre esta interesante y apasionante problemática, que paso a desarrollar a continuación.

(*) Dedicatoria: A Maribel Carmé Cabeza, que sabe mucho de este estudio. A mi compañero José María Vázquez Martín, con afecto.

LA CAPACIDAD PARA TESTAR: ANÁLISIS Y PROBLEMÁTICA JURÍDICA: REFERENCIA A LOS INTERVALOS LÚCIDOS

El artículo 663.2 del Código civil, ya transcrito anteriormente, suscita una primera cuestión importante: La persona que no se halla en su cabal juicio, en principio y desde un punto de vista práctico, no puede emitir una declaración de voluntad plenamente consciente. Sin embargo, este precepto plantea, asimismo, tal como ya LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA apuntaban (1), una medida: Para testar es necesario que el juicio de quien ordena su sucesión sea cabal, es decir, que quien dispone ha de tener no sólo capacidad, sino, además, capacidad suficiente de entender y querer precisamente sus disposiciones, y de apreciar los motivos para hacerlas, sin que baste hallarse en un umbral de conocimiento, en un estado de obnubilación que, sin embargo, permite asentir y firmar, o simplemente con una capacidad mental tan disminuida que las manías y las obsesiones eliminen la claridad de juicio y la libertad de la decisión.

OSSORIO MORALES apuntaba, a mi juicio con pleno acierto (2), que el mayor grado de consciencia exigible para disponer *mortis causa* frente al requerido para los actos *inter vivos* resulta de comparar el artículo 663.2 con el 1263.2: «No pueden prestar consentimiento: ...2.º Los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir».

En efecto, al tipificar la incapacidad natural para testar, fundada en la falta de discernimiento, el legislador emplea una expresión más amplia que la que utiliza al referirse a la incapacidad para contratar, pues ésta sólo afecta a «los locos o dementes», al paso que está impedido para disponer *mortis causa* cualquier persona que no se halle en su cabal juicio, lo cual, como parece lógico, abarca muchos más supuestos.

De todo ello se deduce que el legislador ha estimado que el testamento es un acto más relevante, desde el punto de vista jurídico, que el hecho en sí de contratar.

El defecto de juicio íntegro, según el tenor literal del mencionado artículo 663, incapacita al sujeto para otorgar testamento, tanto si es habitual como si es accidental, por lo que resulta evidente que no es necesario o no es requisito ineludible que el otorgante esté propiamente loco o demente para quedar incurso en esta causa de incapacidad, sino que bastará, para que el sujeto no pueda testar, que se encuentre en una situación de anomalía psíquica o de trastorno patológico transitorio lo suficientemente grave como para que pueda asegurarse que no se halla en su cabal juicio, es decir, que no está en razonables condiciones de entender o querer, aunque no se le pueda cata-

(1) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, tomo V, *Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1981.

(2) OSSORIO MORALES, citado por LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA.

logar como un verdadero enfermo mental (antigua terminología, ya desfasada, por fortuna, de «loco» o «demente»).

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, con arreglo a esta tesis, mantenían que quedará incurso en esta causa de incapacidad aquella persona que se encuentre en un estado de total embriaguez, o bajo los efectos de una influencia hipnótica, o de un narcótico, o del delirio febril o el sonambulismo.

Hay que tener en cuenta que la facultad de testar, también denominada testamentifacción activa, es, en la actualidad, un derecho de naturaleza privada, que puede ejercitar toda persona física o natural. Es ésta la regla general, que, como toda regla general, admite excepciones. Estas excepciones constituyen las incapacidades para testar, que toman su justificación, tal como resaltó LUIS ROCA-SASTRE MUNCUNILL (3), de razones de orden estrictamente privado y natural, no de consideraciones de carácter público y civil, como se hacía en el Derecho romano y de otros Ordenamientos.

Efectivamente, desde el punto de vista histórico, en el Derecho romano eran numerosas las incapacidades para testar. En este sentido, los esclavos, por ejemplo, no tenían personalidad ni capacidad alguna. Tampoco los peregrinos en situación del *capitis diminutio*, es decir, los que carecían de *status civitatis*. Los *alieni iuris* o *in patria potestate* carecían también de la *testamenti factio*, aun con el consentimiento del *pater familias* y aunque, más tarde, fuesen *sui iuris*, ya que no gozaban del *status familiae* y solamente podía testar el padre, si bien esta incapacidad quedó suavizada más tarde. Los impúberes, los locos, las mujeres en ciertas épocas, los sordos y los mudos en el testamento oral y los pródigos no tenían la testamentifacción activa, por razones de incapacidad natural.

En el Derecho antiguo español surgieron las incapacidades para testar de los religiosos profesos, que subsistió hasta la primera edición del Código Civil, y la de los Arzobispos y Obispos, si bien durante el siglo XIX estas incapacidades, en la práctica, ya no se aplicaban.

La regla general de capacidad para testar contrasta por su amplitud con la mayor rigidez y restricción que presiden la capacidad de realización de actos o negocios jurídicos entre vivos. Así, en la testamentifacción se identifican la capacidad de goce o aptitud para ser titular o sujeto del derecho de testar con la capacidad de obrar o de ejercicio de este derecho, ya que, para el ejercicio del mismo, basta tener una aptitud física o discernimiento natural, no jurídico, sin que, además, quepa accionarla mediante el instituto representacional, ni por suplencia o con complemento, debido a su carácter personalísimo.

En segundo término, el carácter unilateral y no recepticio del acto testamentario y su eficacia *mortis causa* rechazan todo concurso de contrapresta-

(3) ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1997.

ción de equivalentes o reciprocidad de prestaciones, es decir, toda idea de onerosidad en sentido técnico y, en consecuencia, en la facultad de testar o testamentifacción activa está ausente, a diferencia de las incapacidades *stricto sensu* de los actos o negocios jurídicos *inter vivos*, el sentido tuitivo o de protección del testador incapaz, así como la finalidad de protección a terceros, esto último en cuanto se trata de la propia incapacidad para testar no respecto del contenido testamentario, que, en ciertos aspectos y a tales fines, está limitado por la Ley.

De ahí que el testamento otorgado por un incapaz para testar sea nulo de pleno derecho o, mejor dicho, inexistente, por falta de aptitud o discernimiento natural, que impide ser titular o sujeto de la facultad de testar o *testamenti factio*, tal como ha destacado PUIG FERRIOL (4).

Nuestro Código Civil se alinea entre las tendencias modernas, proclamando que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad es la excepción, de forma que ésta sólo existe en los casos taxativamente determinados por la Ley, respondiendo este criterio de *numerus clausus* a la lógica construcción de la facultad de testar como elemento inherente a las prerrogativas fundamentales del hombre o persona natural, derivado del derecho a la propiedad privada y a la herencia, reconocidos en el artículo 33 de nuestra Constitución.

La regla general de capacidad para testar se reconoce, efectivamente, en el artículo 662 del Código Civil, al disponer que «pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente». En este sentido, hay que destacar que las sentencias de 18 de marzo y 26 de septiembre de 1988 declararon que la capacidad de las personas se presume siempre y la incapacidad ha de ser, en cambio, acreditada de modo evidente y completo.

El Código Civil se refiere, asimismo, a las denominadas incapacidades absolutas para testar, referibles a toda forma testamentaria y establecidas en el artículo 663: 1) Los menores de catorce años de uno y otro sexo. Esta edad debe computarse, no de momento a momento, sino de acuerdo con el artículo 315.2 del Código Civil, que dispone que «para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento. 2) El que habitual o accidentalmente no se hallase en su cabal juicio. Aquí, sí pueden plantearse problemas y, de hecho, en la práctica, se presentan. ¿Qué hay que entender por «cabal juicio»? Algunos autores han defendido la tesis de que por «cabal juicio» hay que entender un grado de conciencia mayor que el que debe postularse para otros actos o negocios jurídicos. No bastaría, por tanto, hallarse en el umbral del conocimiento, en un estado de obnubilación que, sin embargo, permita asentir y firmar o, simplemente, con una capacidad

(4) PUIG FERRIOL, *Comentarios*, XXVII, 2, 1978; «La capacidad para testar en Cataluña después de la compilación», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1969.

mental tan disminuida que las manías y las obsesiones eliminan la claridad de juicio y la libertad de decisión.

Según MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (5), se exagera el valor de la terminología empleada por el artículo 663 del Código Civil, sobre todo si se tiene en cuenta que nuestro *corpus* civil no se caracteriza por la precisión de su tecnicismo. Así, los estados de obnubilación, aunque permitan una vaga conciencia de lo que se hace, no deberían reputarse suficientes para proclamar la validez del acto, sea o no un testamento, otorgado por la persona que se encuentra en uno de esos estados. No obstante, por lo que respecta a las manías y obsesiones, habría que ser más cautos antes de pronunciarse por la nulidad del acto. En cualquier caso, no se ve muy bien por qué hay que distinguir entre los testamentos y los demás actos jurídicos si, con carácter previo, no se han definido ni elaborado, con precisión, las teorías relativas a determinados estados patológicos o cuasipatológicos, como las manías y obsesiones, las fobias, los estados transitorios de excitación mórbida.

Habrán de ser, en todo caso, la Psiquiatría y la Psicología, las ciencias que deben definir estos conceptos y términos, porque, al fin y al cabo, el Derecho no ha de hacerlo, sino ajustarse, en estas cuestiones, a tesis que provienen de otras ciencias no jurídicas.

A mi juicio, es el testamento un acto jurídico trascendental y personalísimo, por lo que me parece demasiado abierta la postura mantenida tanto por el legislador, a la hora de admitir testamentos de personas que rozan el límite entre la cordura y lo propiamente patológico. De ahí que me parecen muy permisivas, en este aspecto, algunas sentencias dictadas en nuestro país, como por ejemplo, la dictada el 20 de febrero de 1975, al afirmar que, aunque en el caso pudiera parecer «casi segura» la incapacidad mental de la testadora, «esa casi seguridad no constituye la fijeza y seguridad que la doctrina legal exige».

Es evidente que la capacidad debe apreciarse en el momento de testar, tal como lo establece el artículo 666 del Código Civil, de modo que, con arreglo al artículo 664, el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido.

Ante los preceptos del Código Civil vuelven a plantearse las dudas, pues, como ha quedado expuesto, la «casi seguridad» de que una persona no se halla en su cabal juicio, no limita su capacidad para testar. Esa seguridad, en consecuencia, parece que ha de ser completa, absoluta, sin posibilidad de duda o de falta de certeza alguna.

La expresión «cabal juicio», según ROCA-SASTRE MUNCUNILL (6), significa capacidad natural, o, en otras palabras, suficiente discernimiento del testador

(5) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Principios de Derecho Sucesorio», en *La Ley*, Madrid, 1999.

(6) ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho de Sucesiones*, citado en nota 3.

acerca de la finalidad, contenido y trascendencia del negocio testamentario. Carece de esta capacidad el menor de catorce años, el declarado incapaz o el que se somete a curatela en atención a su grado de discernimiento, ex artículos 200 y 287 y concordantes del Código Civil. Pero, asimismo, carecen de esta capacidad el no declarado incapaz, siéndolo, así como quienes, sin ser su enfermedad mental habitual, sufren trastornos mentales de manera circunstancial o accidentalmente, en el acto de otorgar testamento, que les priven de ese discernimiento que se reputa necesario para su validez.

Según dispone el artículo 666 del Código Civil, «para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento», por lo que «el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido», tal como establece el artículo 664. Naturalmente, la capacidad —que, como ya ha quedado expuesto, es el tema más controvertido, porque el *corpus* civil no es muy preciso en este punto tan importante— ha de tenerse durante todo el tiempo del otorgamiento.

Hay que hacer, asimismo, una precisión importante, y es que no debe confundirse la capacidad para testar de la libertad de la voluntad testamentaria, por estar viciada de error, dolo, violencia o intimidación. Son, como fácilmente puede apreciarse, facetas distintas que, en definitiva, pueden afectar al negocio testamentario. La voluntad testamentaria o el consentimiento testamentario puede ser libre y consciente, pero el testador puede ser incapaz para testar, o viceversa. El testador debe querer testar y debe discernir o entender lo que quiere testar. Son dos momentos diferentes, pero que han de confluír en un solo acto.

La capacidad es requisito *sine qua non* para otorgar testamento válido, por lo que, en los testamentos notariales, el artículo 685 del Código Civil ordena al Notario y a los testigos que «procuren» asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar, dando fe de ello el Notario en el testamento o, en otras palabras, ha de ser el fedatario la persona competente para asegurarse de que el testador tiene la capacidad legal necesaria para realizar un acto jurídico tan importante como lo es el testamento. De esta circunstancia, en la práctica, es el mismo Notario el que da fe de ello, cerciorándose de la capacidad del testador, en definitiva, de que éste es capaz de otorgar testamento válido. No obstante, el precepto es criticable, a mi juicio, pues no se comprende cómo pueda el Notario cerciorarse de que una persona tiene o no capacidad. En algunos supuestos es claro que será fácil cumplir con este precepto civil. Pero, en ocasiones más dudosas, hay que reconocer que quedará en el vacío, pues el fedatario no es un experto en Psiquiatría ni en Psicología y no está capacitado para discernir cuándo una persona está en su cabal juicio y cuándo no lo está.

A propósito de esta problemática, una sentencia, ya muy antigua, de 23 de marzo de 1944, declaró que en modo alguno podía el Notario exigir la

previa instrucción de un expediente para acreditar la capacidad dudosa, antes de autorizar el testamento.

Hay, por tanto, desde mi punto de vista, una clara presunción de capacidad para testar válidamente, presunción que, en muchas ocasiones, será difícil destruir mediante prueba en contrario, porque muchas formas de demencia y muchos trastornos mentales son solapados, no evidentes, lo cual abre una vía, sin duda demasiado amplia a la problemática de la validez de los testamentos.

Efectivamente, ya MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ reseñaba que la Jurisprudencia española tiende a dar un gran valor al juicio de capacidad del Notario, hasta el punto de que hace falta una prueba muy completa para deshacer esa presunción. La intervención de facultativo —que es la única persona competente, en realidad, para discernir el grado de capacidad del testador— sólo se exige cuando se trata de un incapacitado judicialmente, de suerte que, aun si se trata de una persona que padece una enfermedad mental, puede bastar la afirmación del Notario y de los testigos que reputaron al testador con el grado de discernimiento necesario (7), tal como establecieron las sentencias de 25 de marzo de 1940 y 30 de septiembre de 1966. Una doctrina, si cabe aún más exagerada, se observa en la sentencia, algo más reciente, de 20 de febrero de 1975, al afirmar que aun en el caso de que pudiera ser casi segura la incapacidad mental de la testadora, «esa casi seguridad no constituye la fijeza y seguridad que la doctrina legal exige», con cuyo razonamiento se dejó sin heredar a quienes casi seguramente quería el causante que le sucedieran, designados en testamento anterior, para entregar el caudal a quienes casi seguramente no quiso instituir el causante. Si se excluye la «casi seguridad», o «casi certeza», pocas serán las personas que, aun no estando en su cabal juicio, se verán privadas de hacer testamento.

El Tribunal Supremo, no obstante, en una sentencia de 19 de septiembre de 1998, anuló, por incapacidad mental de la testadora, un testamento otorgado por una persona que no había sido declarada judicialmente incapaz, internada en un sanatorio psiquiátrico, pese a que el Notario, juiciosa y sensatamente, había requerido como testigos a tres médicos del propio centro que, como es lógico, estimaron que, a su juicio, la otorgante tenía la capacidad legal necesaria para testar. El Tribunal Supremo entendió que esta afirmación quedaba desvirtuada por el examen pericial posterior.

En la primera edición del Código Civil se establecía que el Notario «debería asegurarse» de la capacidad mental del testador, revelando el cambio de redacción posterior que no se exige una aseveración de capacidad con absoluta certeza ni la intervención facultativa, sólo necesaria en el caso previsto en el artículo 665 del Código Civil (intervalos lúcidos).

(7) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Principios de Derecho Sucesorio», *ob. cit.*, en nota 5.

Por tanto, mientras no se demuestre de manera inequívoca, que el testador, en el momento de otorgar testamento, tiene enervadas sus potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera y clara elección, dentro de un horizonte mental corriente, se presume la capacidad, no sólo por hallarse amparado el testamento por la fe pública, sino porque toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser, según declaró la sentencia de 25 de abril de 1959.

La Jurisprudencia admite, en consecuencia, la validez del testamento, siempre que no medie una previa declaración de incapacidad y aunque se sospeche cierta falta de lucidez en el testador y, en algunos casos, éstos más alarmantes a mi juicio, llega a admitir la validez del testamento incluso cuando ha comenzado a instruirse el expediente de incapacidad. Así lo hizo, por ejemplo, una sentencia, muy antigua, de 25 de octubre de 1901.

La declaración judicial de incapacidad que sea posterior al acto del otorgamiento del testamento propiamente dicho no alcanza a demostrar que el causante careciese en este solemne momento de un intervalo de lucidez, o incluso de la integridad de sus facultades intelectuales, según la ya citada sentencia de 20 de febrero de 1975, si bien tampoco demuestra que no existiera anteriormente tal incapacidad y sí más bien lo contrario, a juicio de las sentencias de 1 de julio de 1961 y 11 de diciembre de 1962.

En definitiva, existe, en esta materia, una presunción de capacidad y, por ende, la necesidad de probar la incapacidad por quien la alega. En este sentido, voy a detenerme en una interesante sentencia de 26 de septiembre de 1988, dictada por el Tribunal Supremo. Sus Fundamentos de Derecho se reducen a los siguientes:

PRIMERO.—«Los hechos básicos de los que ha de partirse para la adecuada resolución de este recurso son los siguientes: 1.º El día veintinueve de octubre de 1971, don Luciano C. A., de sesenta y un años de edad en dicha fecha, casado y sin descendientes ni ascendientes, otorgó testamento abierto ante el Notario de Santa Cruz de Tenerife, don Juan José Z. G. (...), por el que instituyó por su única y universal heredera, en pleno dominio y libre disposición, a su esposa doña María G. A. y designó sustituto vulgar de la heredera instituida o de los bienes de que ésta no hubiere dispuesto a su fallecimiento por actos inter vivos a título oneroso a su sobrino carnal don Luciano C. G., hijo de su hermano don José. 2.º El referido testador don Luciano falleció el día veinte de enero de mil novecientos setenta y nueve.

SEGUNDO.—Sobre la base de los expresados hechos, el diecisiete de enero de mil novecientos ochenta y seis, el ya citado don Luciano C. G. promovió en el Juzgado de Primera Instancia de Granadilla de Abona, contra doña María G. A., juicio de menor cuantía, en petición de declaración de la nulidad del también ya mencionado testamento, por entender, alternativamen-

te, que no era firma auténtica de don Luciano C. A., la que, como del mismo, aparece estampada en dicho testamento o que el referido señor C. A. carecía de capacidad para su otorgamiento, por causa de enfermedad mental, en cuyo proceso, tanto la sentencia de primer grado como la de apelación desestimaron totalmente la demanda y absolviéron de la misma a la demandada doña María G. A. Contra la segunda de las citadas sentencias (...), el demandante don Luciano C. G. interpone el presente recurso de casación (...).

SEXTO.—Por el cuarto y último de los motivos, formulado por el cauce procesal del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurrente denuncia violación de la norma que sobre el *onus probandi* contiene el artículo 1.214 del Código Civil, para lo cual aduce, en esencia, que habiendo probado que el testador don Luciano C. A. padecía en el año 1971 una grave enfermedad, era la otra parte (la que sostiene la validez del testamento litigioso) a la que incumbía y sobre la que gravitaba la carga de probar que dicho testador se hallaba en plena capacidad mental en el momento del otorgamiento del expresado testamento abierto, cuya tesis es totalmente inaceptable, pues, esta Sala tiene declarado que toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, por consecuencia, ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción *iuris tantum* que se ajustan a la idea tradicional del *favor testamenti* y que imponen el mantenimiento de la disposición en tanto no se acredite con la seguridad precisa que el testador estaba quejado de insania mental (...), así como que la aseveración notarial respecto de la capacidad de otorgante del testamento adquiere una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario (...), con arreglo a cuya doctrina aparece evidente que la carga de la prueba de la incapacidad mental del testador en el momento del otorgamiento del testamento cuestionado corresponde al que sostiene la existencia de dicha incapacidad y, con base en ello, postula la nulidad del mencionado testamento, por lo que la sentencia recurrida, al entenderlo así y estimar, tras una valoración conjunta de la prueba practicada, que no aparece probada la incapacidad mental de don Luciano C. A. cuando otorgó el testamento litigioso, no ha incidido en infracción alguna del artículo 1.214 del Código Civil, del que ha hecho correcta y adecuada aplicación, procediendo, en consecuencia, el rechazo de este motivo».

Como puede observarse, a la vista de esta sentencia, el Tribunal Supremo, en nuestro país, viene exigiendo una prueba plena y convincente, es decir, que no deje lugar a dudas, de la incapacidad del testador. En este aspecto, la Jurisprudencia existente es muy abundante. En cualquier caso, tal como ex-

presan LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (8), el referido pronunciamiento suele realizarse para confirmar sentencias de instancia que desestiman demandas de nulidad de testamento y, ulteriormente, que la amplitud de criterio de los Tribunales, sin duda excesiva, tal como estos autores resaltan y con cuya tesis estoy de acuerdo, no llega a dar por válido el testamento de personas que, aun pudiendo firmarlo y teniendo un atisbo de consciencia, no alcanzan un grado suficiente de lucidez. Tal fue el caso de la sentencia de 27 de junio de 1977, de una testadora que había sufrido un ataque de trombosis cerebral, tras el cual otorgó testamento, falleciendo a los veinte días del comienzo de la enfermedad y que durante ese período se mostró somnolienta y obnubilada, considerando el Tribunal Supremo que en su estado psíquico carecía de capacidad para responder y que no pudo tener intervalos lúcidos.

Con respecto a los testamentos notariales, el artículo 685 del Código Civil dispone que «el Notario (que autorice el testamento) deberá asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar».

Según MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (9), la Jurisprudencia ha tendido a dar un gran valor a ese juicio de capacidad del fedatario, hasta el punto de que hace falta una prueba muy completa para deshacer esa presunción. No obstante, la intervención del facultativo sólo se exige cuando se trata de una persona incapacitada judicialmente, de suerte que aún si se trata de una persona que padece una enfermedad mental, puede bastar la afirmación del Notario y los testigos que reputaron al testador con el grado de discernimiento necesario, tal como ha quedado expuesto en páginas atrás. La sentencia de 16 de febrero de 1945 declaró que «si bien la afirmación de la capacidad en el testador que en cumplimiento del artículo 685 del Código Civil hace el notario que autoriza el testamento alcanza el rango de fuerte presunción *iuris tantum*, con mayor motivo si es coincidente con el informe de los facultativos a quienes haya dado intervención en el otorgamiento —momento al cual ha de referirse el requisito de la capacidad—, la expresada aseveración puede ser destruida por ulteriores pruebas —cumplidas y convincentes— demostrativas de que en aquel acto el testador no se hallaba en su cabal juicio, pues, como tiene establecido la jurisprudencia, la declaración que en este sentido revisorio hagan los Tribunales de Justicia, no pugna con el juicio equivocado que de buena fe pudieran formar el notario y los testigos sobre la dicha capacidad en el acto del otorgamiento». Estas y otras manifestaciones semejantes pueden leerse en otras sentencias, como las de 8 de abril de 1965, 21 de junio de 1969, 8 de marzo de 1972 y 21 de marzo de 1974, en las que los

(8) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, «Elementos de Derecho Civil», tomo V, *ob. cit.*, en nota 1.

(9) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, MANUEL, *ob. cit.*, notas 5 y 7.

Tribunales anulan el testamento notarial pese a la dación de fe del Notario sobre la capacidad del testador.

El problema planteado, asimismo, por los intervalos lúcidos es, en el mismo sentido, complejo y delicado. El artículo 665 del Código Civil admite que el demente puede hacer testamento si se encuentra en un intervalo lúcido. En este caso, sólo previsto para los testamentos notariales, el fedatario ha de designar dos facultativos que, previamente, le reconozcan y no lo autorizará sino cuando respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento que suscribirán los facultativos, además de los testigos.

Es interesante subrayar que existen determinadas enfermedades psíquicas y/o trastornos mentales que, efectivamente, permiten a las personas que los padecen gozar de determinados intervalos lúcidos, intervalos en los que la capacidad de entender y querer, de modo fugaz, transitoriamente, se encuentran indemnes. ¿Qué sucede cuando una persona en este estado hace testamento? ¿Cómo pueden resolverse, en la práctica, estos polémicos supuestos?

Desde el punto de vista histórico, hay que decir que el artículo 665 carece de precedentes en nuestro antiguo Derecho, tanto en el Proyecto de 1851, así como en los Códigos francés e italiano. Su inclusión proviene del Proyecto formulado en 1884 y es síntesis de varios preceptos del Código mejicano.

¿Qué hay que entender por «intervalo lúcido»?

En opinión de BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS (10), por «intervalo lúcido» se entiende aquel estado en el cual el enfermo mental recobra transitoria y completamente sus facultades mentales, bien sea por una remisión natural en la evolución de su enfermedad, bien por el empleo de un tratamiento médico adecuado.

A esta tesis hay que plantear una objeción evidente: si el enfermo mental recobra completamente sus facultades mentales, no es que se haya producido un «intervalo lúcido», porque este concepto es, a todas luces, fugaz, pasajero. Por tanto, en mi opinión, no puede equipararse dicho concepto a la remisión natural de la enfermedad, ni mucho menos con carácter absoluto o completo. Tampoco si esta remisión se consigue a través del correspondiente tratamiento médico para la enfermedad, porque, vuelvo a insistir, estaríamos en este supuesto ante la curación del trastorno mental. Y pienso que, en realidad, el legislador no estaba presuponiendo esa curación al dictar el precepto.

A juicio de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (11), el precepto en cuestión está representando la excepción de una excepción, tratándose de una

(10) BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, «Incapacidad para testar del que habitual o accidentalmente no se halla en su sano juicio», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1963, pág. 247.

(11) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, tomo V, citado en notas 1 y 8.

norma excepcionalísima e infrecuente, aunque amplía la capacidad que, con harta fundamentación, reduce antes el artículo 663.2 del Código Civil. Según la tesis mantenida por estos autores, no cabe hacer caso omiso de su sentido literal y liberar de toda vigilancia médica al testador no incapacitado que «habitualmente no se halla en su cabal juicio», aunque tenga intervalos lúcidos. Tal testador, si no existiera el artículo 665, no podría en absoluto otorgar testamento, con o sin médico y, habiendo tal precepto, que habla, además, de demente y no de incapacitado por demencia, sólo dentro de las condiciones previstas en él podrá declarar su última voluntad, pudiendo acaso pensarse que la incapacitación refuerza la necesidad de testar conforme al artículo 665, de cuya forma no cabrá prescindir hasta el auto de reintegración de la capacidad.

En cualquier caso, no está claro el concepto de «intervalo lúcido» y, asimismo, hay que tener en cuenta que el casuismo, en esta materia es abundante y no es posible generalizar.

Muy interesante, a este respecto, considero que es la sentencia, dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, de 19 de junio de 2002, cuyos Fundamentos de Derecho paso a transcribir:

PRIMERO.—La demanda rectora de la presente litis, promovida por el heredero legitimario don Javier T. V. contra sus hermanas también legitimarias doña Belén y doña María Teresa T. V. y contra el Notario don Francisco R. F., postulaba la declaración de nulidad del testamento abierto otorgado en fecha 13 de febrero de 1999 por don Francisco Javier T. B., fallecido a las 7,15 horas del día 15 de febrero de 1999 en la Clínica Santa Teresa de Castellón, cuya nulidad se fundaba en la falta de las formalidades exigidas por los artículos 696, 686 y 685 del Código Civil para el otorgamiento de testamento abierto y en la falta de capacidad del testador (art. 663 del Código Civil).

La sentencia dictada en primer grado jurisdiccional estimando parcialmente la demanda, tras rechazar lo alegado por el actor falta de observancia de las formalidades establecidas por la Ley para el otorgamiento de testamento abierto declaró nulo el testamento otorgado en fecha 13 de febrero de 1999 por el causante don Francisco Javier T. B. por considerar el Juzgador de instancia que el testador no se encontraba con la capacidad mental necesaria para hacerlo, por lo que declaró la validez del anterior testamento abierto otorgado por el causante en fecha 13 de noviembre de 1981 ante el Notario don Julián C. M., sin hacer pronunciamiento sobre las costas devengadas en la instancia.

Tanto doña Belén y doña María Teresa T. V. como don Francisco R. F., demandados y ahora apelantes, discrepan del criterio desestimatorio de la sentencia de instancia solicitando de la Sala su revocación y el dictado de una nueva sentencia por la que se desestimen íntegramente las pretensiones de la demanda que postulan la declaración de nulidad del testamento abierto otorgado en fecha 13 febrero 1999 por don Francisco Javier T. B., alegando

en apoyo de su pretensión revocatoria, aunque desarrollada a través de diversos motivos de impugnación en que se combaten las reglas sobre la valoración de prueba y los efectos de la declaración de nulidad, una única cuestión litigiosa que no es otra que la aseveración de la capacidad del causante para otorgar testamento íntegro. Solicitud revocatoria que ha sido impugnada por la contraparte, que interesó la íntegra confirmación de la resolución recurrida y la imposición de las costas de la alzada a las partes apelantes».

SEGUNDO.—Intangible por no ser combatido en esta alzada el pronunciamiento desestimatorio de la sentencia de instancia, relativo a la falta de observancia de las formalidades legales en el otorgamiento del testamento abierto de fecha 13 febrero 1999, la única cuestión que se plantea es la capacidad que tenía el testador don Francisco Javier T. en ese momento en cuanto que la sentencia recurrida declaró la nulidad del referido testamento por considerar que concurrió en aquél causa de incapacidad para testar al no hallarse en su cabal juicio (art. 663.2 del Código Civil) al tiempo de otorgar testamento (arts. 664 y 666 del Código Civil).

La doctrina jurisprudencial sobre la capacidad testamentaria ha sido prolija y abundante, no obstante ello podemos resumirla, por ser pronunciamientos reiterados, los siguientes apartados:

La incapacidad o afección mental para testar ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece con exclusión de la conciencia de sus propios actos (STS, Sala 1.ª de 12 de mayo de 1998).

Son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad del testador: 1) la edad senil del mismo, pues no es bastante para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un «anciano decrepito y achacoso», ni el Derecho ni la Medicina consienten, por el solo hecho de llegar a la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad, que se haya de considerar demente al sujeto, pues la inherencia a ésa de un estado de demencia requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones; 2) que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si éstos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón; y 3) no obsta para que se aprecie la capacidad que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonios del Notario y de los testigos (STS, Sala 1.ª, de 27 de enero 1998).

La sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada, pues todo sujeto debe reputarse en su cabal juicio, como atributo normal del ser (STS, Sala 1.ª, de 26 de septiembre de 1988), de modo que, en orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción *iuris tantum*, lo que obliga a estimar que concurre en

el testador capacidad plena y que sólo puede destruirse por una prueba en contrario evidente y completa (STS, Sala 1.^a de 8 de mayo de 1922 y 3 de noviembre de 1951), que ha de resultar muy cumplida y convincente (STS, Sala 1.^a, de 26 de abril de 1995), de fuerza inequívoca y concluyente (SSTS, Sala 1.^a, de 20 de noviembre de 1975 y 27 de noviembre de 1995), cualesquiera que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad, aun en estado latente en el sujeto, pues ante la dificultad de conocer dónde acaba la razón y se inicia la locura, requiere la ley y consagra la jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración (SSTS, Sala 1.^a, de 23 de noviembre de 1944 y 1 de febrero de 1956).

Precisamente por ello, no basta apoyar la incapacidad para testar por ausencia de cabal juicio en simples presunciones o indirectas conjeturas, siendo un ir contra los preceptos reguladores de la sucesión y la jurisprudencia el declarar nulo un testamento por circunstancias morales o sociales, nacidas de hechos anteriores al acto del otorgamiento, por ser un principio de derecho que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte (STS, Sala 1.^a, de 25 de octubre de 1928 y de 12 de mayo de 1998).

Ni la enfermedad ni la demencia, desde la perspectiva del artículo 663.2 del Código Civil, obstan al libre ejercicio de la facultad de testar, cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un momento lúcido (SSTS, Sala 1.^a, de 18 abril de 1916 y de 27 de enero de 1998).

La falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria, y la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador adquiere especial relevancia de certidumbre y es preciso pasar por ella, mientras no se demuestre cumplidamente en vía judicial su incapacidad, destruyendo la «enérgica» presunción *iuris tantum* que revela el acto del otorgamiento, en que sí se ha llenado el requisito de tamizar la capacidad del testador a través de la apreciación puramente subjetiva que de ella haya formado el notario (SSTS, Sala 1.^a, de 23 de marzo de 1944, de 7 de febrero de 1967 y de 12 de mayo de 1998).

La intervención de facultativos no es necesaria en supuestos de otorgamiento de testamento por quien no se halle judicialmente declarado incapaz —lo que no implica que puedan intervenir especialmente si el notario lo prefiere para asegurarse de la capacidad del otorgante—, pues el artículo 665 del Código Civil no es aplicable al caso de quien otorga testamento sin estar judicialmente incapacitado (SSTS, Sala 1.^a de 16 de noviembre de 1918, de 21 de abril de 1965 y de 21 de junio de 1986).

TERCERO.—En el presente caso, y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, el recurso de apelación debe estimarse, porque frente a la presunción de capacidad del testador don Francisco Javier T. B., no declarado

judicialmente incapaz, y a la apreciación del Notario don Francisco R. F. de la capacidad del testador, y aun de las declaraciones de testigos presenciales que afirman la lucidez y cabal juicio del testador el día 13 de febrero de 1999 en que otorgó el testamento abierto (don Vicente Pablo S., empleado de Notaría) (...), y doña María Angeles L. V., testigo testamentario (...), sin objeción ni manifestación alguna a la referida capacidad del testador por quien también fue testigo testamentario don José Antonio M. B. (...) que en su especial condición de médico pudo y debió apreciar el estado y capacidad de don Francisco Javier T., es notoria la falta de prueba de la incapacidad, circunscrita exclusivamente a los informes médicos de don José I. C. (...) y de don Joaquín V. E. T. (...) basados en el estudio del historial clínico unido a la causa los cuales sin llegar a conclusiones evidentes, inequívocas y concluyentes sobre la incapacidad del testador, constituyen meras presunciones o indirectas conjeturas sobre el estado mental de don Francisco Javier T., que no pueden enervar la presunción de capacidad del testador. En este sentido, basta acudir a los extremos del dictamen pericial emitido por el señor E. que abordan específicamente la cuestión de la capacidad del testador, para observar cómo a la pregunta de si puede afirmar que el paciente estuvo en coma y que falleció sin recuperar el conocimiento, informa que (...) «aunque no puede descartarse completamente que pudiera haber existido algún cambio del nivel de conciencia del paciente los días 12 ó 13; con los datos de que disponemos y salvo que se disponga de testimonios personales en dicho momento que aporten información adicional (constan hasta tres testigos presenciales y la aseveración del Notario sobre la conciencia y lucidez del paciente), debemos pensar que lo más probable es que el paciente no recuperara la conciencia (...) o a la cuestión específica de si el paciente estaba consciente y en plenas facultades para otorgar testamento con conciencia de sus actos (...) dictamina el perito médico que “no existen anotaciones médicas el día 12 de febrero en cuanto a la situación clínica y más concretamente al nivel de conciencia del paciente, y las anotaciones de enfermería hacen referencia a la palabra sin novedad”. Por ello, teniendo en cuenta que el presente informe pericial no exploró en el acto a dicho paciente, ni dispone de un informe emitido por un experto médico en dicho momento que analizara el estado de conciencia del paciente, ni datos presentados por testigos presenciales (que sí estén como ya hemos referido) no se puede afirmar con total rotundidad si estaba o no consciente. Ahora bien, existen datos suficientes como para tener la duda razonable de que el paciente no estuviera plenamente consciente, y desde luego no crea que pudiera estar en plenitud de sus facultades mentales como para realizarlo».

En definitiva, el dictamen pericial en que basa su fallo el Juzgador *a quo*, no contiene una prueba concluyente e inequívoca de la incapacidad del testador, como que ante la falta de datos médicos sobre el estado mental de don

Francisco Javier T., sin haber procedido a su examen personal desconociendo la existencia de testigos presenciales que afirman la lucidez, conciencia y cabal juicio del testador, emite opiniones conjeturables o simples presunciones sobre el estado mental del testador, que desde luego no pueden servir para enervar la presunción de capacidad del mismo y las aseveraciones notariales en tal sentido, máxime cuando la voluntad plasmada en el testamento abierto impugnado viene avalada por actos anteriores y coetáneos del testador al momento de otorgarlo, que permiten interpretar que su voluntad en su sano juicio es conforme con la manifestada anteriormente a sus familiares y allegados, y en este sentido cobran relevancia las manifestaciones de don Ramón G. (...) de que lo plasmado en el testamento respondía a la voluntad del testador al que ayudó a confeccionarlo, o las del oficial de Notaría don Vicente Pablo S. (...) de que el testamento estaba ya preparado con anterioridad en la Notaría del señor A., lo que revela una emisión de voluntad del testador en su confección previa al momento mismo de su otorgamiento el día 13 de febrero de 1999, que alejan toda duda sobre la capacidad del testador».

Es evidente que el que alega la falta de capacidad del testador, ha de probar dicha incapacidad. Así se desprende no sólo de esta sentencia analizada, sino de muchas otras. Cabe citar, por su interés e importancia la dictada por el Tribunal Supremo el 26 de septiembre de 1988, ya citada antes, cuyos Fundamentos de Derecho entro a analizar a continuación.

Los hechos básicos de los que partió la demanda para la adecuada resolución de este recurso fueron los siguientes: Don Luciano C. A., de sesenta y un años de edad, casado y sin descendientes ni ascendientes, otorgó testamento abierto ante el Notario de Santa Cruz de Tenerife, don Juan José Z. G., instituyendo a su esposa por su única y universal heredera, en pleno dominio y libre disposición, designando sustituto vulgar de la heredera instituida o de los bienes de que ésta no hubiese dispuesto a su fallecimiento por actos intervivos a título oneroso a su sobrino carnal don Luciano C. G., hijo de su hermano don José. El testador falleció el día veinte de enero de 1979.

Sobre la base de estos Hechos, el ya citado don Luciano C. G. promovió en el Juzgado de Primera Instancia de Granadilla de Abona, el 17 de enero de 1986, juicio de menor cuantía, en petición de declaración de la nulidad del testamento de su tío, por entender que no era firma auténtica la de don Luciano C. A. la que, como del mismo, aparece estampada en dicho testamento, o que el referido señor C. A. carecía de capacidad para su otorgamiento, por causa de enfermedad mental, en cuyo proceso, tanto la sentencia de primer grado como la de apelación, desestimaron totalmente la demanda y absolviéron de la misma a la demandada, doña María G. A. Contra la segunda de las citadas sentencias, el demandante don Luciano C. G. interpuso recurso de casación, articulado a través de cuatro motivos.

El primer motivo denuncia que había habido indefensión, pero no voy a detenerme en el mismo, ya que es ajeno a la problemática que estoy tratando.

El segundo motivo se articula en virtud de denuncia por error en la apreciación de la prueba, que resulta, según el recurrente, de los tres Certificados Médicos que aportó con su demanda y que, según su apreciación, demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

El motivo, como declaró el Tribunal Supremo, «...ha de claudicar, por las siguientes razones: a) “Es doctrina de esta Sala la de que no cabe confundir los documentos con los demás medios de prueba documentados, debiendo entenderse por aquéllos solamente los que se mencionan en los artículos 1.215 del Código Civil y 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...), con arreglo a cuya doctrina no es dable atribuir la calificación de documentos, en el sentido expresado, a los tres certificados médicos que, como prueba preconstituida, el actor, hoy recurrente, acompañó con su demanda (...), y en los cuales, uno de ellos fechado en Santa Cruz de Tenerife el 5 de noviembre de 1985, y el otro en Cádiz el 18 de diciembre de 1985, los respectivos facultativos firmantes de los mismos certifican o manifiestan, sin que expresen con base en qué antecedentes, que en el año 1971 (o sea, catorce años antes) habían reconocido en sus respectivas consultas a don Luciano C. A. y describen el padecimiento que advirtieron en el mismo, no pudiendo corresponder a tales certificados, con la fecha y circunstancias en que aparecen expedidos (el primero a instancia de “su sobrino” —entendiéndose el aquí recurrente, que también es médico de profesión, el segundo a instancia de “su familia” y el tercero a petición de “sus familiares”, una calificación distinta y disociada de la prueba testifical, en la que sus respectivos firmantes han sido examinados en el proceso, como testigos propuestos por la parte actora, aquí recurrente (...). b) Además de lo que acaba de decirse, los expresados certificados, que, por sí solos y sin necesidad de deducciones y sin confrontación con los demás medios probatorios, no patentizan de modo claro y rotundo el error denunciado por el recurrente, ya han sido apreciados y tenidos en cuenta por los juzgadores de instancia en su valoración conjunta de la prueba, lo que ya, por ello, les haría inhábiles para servir de fundamento al motivo que estamos examinando, como igualmente tiene declarado esta Sala —sentencias de 8 de octubre y 30 de diciembre de 1986, 10 de marzo y 12 de noviembre de 1987, entre otras—, sin que sea dable que este tribunal se adentre en una valoración de la prueba, que es lo que, en realidad, pretende el recurrente con la formulación de este motivo, al no ser la casación una tercera instancia, como tantas veces ya se ha dicho».

El cuarto y último de los motivos formulados por el cauce procesal del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es particularmente importante a los efectos del tema que estoy tratando. Efectiva-

mente, el recurrente denunció violación de la norma que sobre el *onus probandi* contiene el artículo 1.214 del Código Civil, aduciendo, en esencia, que había quedado probado que el testador padecía en el año 1971 una grave enfermedad. Hay que tener en cuenta que era la otra parte la que sostenía la validez del testamento litigioso y que el recurrente aducía que a esta parte incumbía y sobre ella gravitaba la carga de probar que dicho testador se hallaba en plena capacidad mental en el momento de otorgar el expresado testamento abierto. Esta tesis es inaceptable totalmente, ya que, como declaró el Tribunal Supremo, en su Fundamento Sexto, «esta Sala tiene declarado que toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, por consecuencia, ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción *iuris tantum* que se ajustan a la idea tradicional del *favor testamenti* y que imponen el mantenimiento de la disposición en tanto no se acredite con la seguridad precisa que el testador estaba aquejado de insania mental —sentencias de 25 de abril de 1959 y de 7 de octubre de 1982—, así como que la aseveración notarial respecto de la capacidad del otorgante del testamento adquiere una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario —sentencias de 25 de marzo de 1957, 7 de febrero de 1967, 21 de junio de 1986 y 10 de abril de 1987—, con arreglo a cuya doctrina aparece evidente que la carga de la prueba de la incapacidad mental del testador en el momento del otorgamiento del testamento cuestionado corresponde al que sostiene la existencia de dicha incapacidad y, con base en ello, postula la nulidad del mencionado testamento, por lo que la sentencia recurrida, al entenderlo así y estimar, tras una valoración conjunta de la prueba practicada, que no aparece probada la incapacidad mental de don Luciano C. A. cuando otorgó el testamento litigioso, no ha incidido en infracción alguna del artículo 1.214 del Código Civil, del que ha hecho correcta y adecuada aplicación, procediendo, en consecuencia, el rechazo de este motivo».

Es evidente que, en nuestro Ordenamiento Jurídico-Civil, corresponde la carga probatoria de la incapacidad del testador a quien sostiene la existencia de dicha incapacidad. Así se reitera en constante Jurisprudencia. A este respecto, es muy interesante la sentencia dictada por nuestro Tribunal Supremo, el 26 de abril de 1995, que, en su Fundamento de Derecho Primero, declara que «...tiene esta Sala igualmente declarado con reiteración (...) que la capacidad del testador es una cuestión de hecho sometida al Tribunal de instancia a cuya apreciación ha de estarse, y también que la afirmación hecha por el Notario autorizante sobre la capacidad del testador, si bien puede ser desvir-

tuada por ulteriores pruebas demostrativas de que en el acto del otorgamiento no se hallaba éste en su cabal juicio, es necesario para ello que dichas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial de que se trata reviste especial relevancia de certidumbre...»

«En este caso, la Sala de Instancia valoró con amplitud y detalle el material probatorio obrante en autos, sin omitir el dictamen pericial emitido por el doctor G. P. (...), obteniendo conclusiones racionales y perfectamente lógicas, por lo que ha de decaer el motivo con solo advertir que precisamente por lo manifestado por el doctor G., en el sentido de que “en el terreno psiquiátrico es prácticamente imposible *a posteriori* determinar el grado de lucidez de una persona que ha sido diagnosticada previamente de demente senil. Referido a una fecha concreta (certificado de 6 de noviembre de 1983), aún menos”, y atendiendo a que el curso clínico de la demencia senil es de evolución progresiva en cuanto al deterioro de la personalidad, la Sala estimó que cobraban mayor realce los informes “del doctor A. (único facultativo, que, como psiquiatra-neurólogo, diagnosticó, calificó y trató la patología del señor C. Y, además, en las épocas en que éste otorgó los testamentos impugnados) y la apreciación de capacidad que hicieron los Notarios en su momento”, debiendo puntualizarse ahora, en relación a los informes referidos, que se trata, en realidad, de un certificado médico oficial, expedido el día 17 de mayo de 1983, en que consta que “don José C. S., de setenta y cinco años de edad y vecino de Castriz-Santa Comba, La Coruña, se trata en esta clínica, desde el pasado 25 de octubre de 1982, por padecer una Insuficiencia Vascular-Cerebral que se traduce clínicamente en una Demencia Senil. En la actualidad, continúa con el tratamiento y control médico”. Y otro, de fecha 6 de noviembre de 1983, expresivo de que el señor C. “se viene tratando en la clínica que dirijo desde el día 25 de octubre de 1982 y si bien iniciaba un síndrome de demencia senil por una insuficiencia vascular cerebral, creo que el día 14 de diciembre del mismo año fecha en la que fue al Notario aún era capaz de regir sus bienes ya que dicho paciente no tenía un síndrome demencial totalmente instaurado, sino que lo iniciaba y por lo tanto tenía lucidez”, así como un informe dirigido al Juzgado por el mismo doctor A., en 15 de abril de 1988, según el cual “el señor C. padecía unos temblores involuntarios de miembros superiores en las manos y se interpretó dicho cuadro como un Parkinson secundario a una encefalopatía vascular cerebral por insuficiencia... El paciente psíquicamente estaba orientado en espacio-tiempo, consciente y no tenía signos de deterioro psíquico, pero estaba iniciando una insuficiencia vascular cerebral”, todo lo cual, como bien concluye la Audiencia, no permite extraer de los informes periciales “con la imprescindible certeza de la existencia de un estado de insanidad mental en el señor C. S. cuando otorgó el testamento y donación cuestionados”, en 3 de noviembre y 14 de diciembre de 1982, respectivamente. Por último, ha de recordarse que

la sentencia impugnada contiene otros sólidos argumentos en apoyo de su decisión, como son que “la capacidad mental del señor C. S. —que se recuerda, no estuvo nunca judicialmente declarado incapacitado— para testar y donar como hizo en las fechas indicadas, fue constatada por dos Notarios diferentes de dos ciudades distintas en un lapso temporal de poco más de un mes, los cuales dejaron sentada una apreciación de capacidad para llevar a cabo aquellos actos que tiene, por motivos obvios, una dimensión muy específica”, y que “en el proceso no existen, realmente, otros fehacientes testimonios directos y contemporáneos a las fechas en que aquellos actos fueron realizados en torno al concreto estado mental del señor C.”.

Se deja sentado, como puede apreciarse, que, en nuestro Ordenamiento Jurídico-Civil existe una presunción de capacidad del testador —presunción *iuris tantum*—, en tanto no se demuestre que tenga alteradas sus facultades mentales. Esto, a mi juicio, quiere decir que la capacidad para testar es la regla, siendo la incapacidad para tan esencial acto jurídico la excepción. Cuando se aportan elementos probatorios que demuestran la incapacidad del testador, se abre el camino para solicitar su impugnación. En cualquier caso, es interesante destacar que, en nuestro Ordenamiento Jurídico, no se exige, *a priori* ni *a posteriori*, una aseveración de la capacidad del testador que tenga una certeza absoluta. En este sentido, hay que subrayar la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, el 21 de junio de 1986, cuyo Fundamento de Derecho Segundo indica que «análoga suerte desestimatoria habrá de seguir el segundo motivo (...), al denunciar la infracción por violación, consecuencia de no aplicación del artículo 685 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que cita, en relación con el artículo 687 del propio cuerpo legal, violado en el mismo sentido, y ello porque pese al carácter eminentemente formalista de las disposiciones testamentarias, extremo que esta Sala tiene proclamado con reiteración, lo que no cabe a las partes en el procedimiento es sobrepasar tal normativa formal, extendiéndola a extremos que la Ley no exige, que es lo pretendido por la recurrente, al entender que el testamento incide en causa de nulidad si en el mismo no se consigna el juicio de los testigos instrumentales sobre la capacidad de la testadora, dado que tal requisito no se establece en el artículo 685 del mentado Código, teniendo declarado esta Sala que “si bien con arreglo a tal precepto, deben el Notario y los testigos instrumentales asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad necesaria para testar”. Ese deber se cumple cuando el Notario y los testigos conocen de antemano al testador y el primero da fe de hallarse éste en la integridad de sus facultades mentales, sentencia de 30 de septiembre de 1901, y si bien es cierto que tanto los testigos como el Notario “han de asegurarse de la capacidad del testador, la determinación de la misma constituye una cuestión de hecho, solamente combatible en casación por la vía del error”, sentencias de 27 de junio de 1908 y 19 de junio de 1925;

correspondiendo únicamente al Notario tal constatación de capacidad en la escritura de otorgamiento, pero sin que la misma se exija de forma expresa respecto de los testigos, siendo suficiente que así lo corrobore el fedatario, como claramente se deduce de la sentencia de 25 de marzo de 1940; apareciendo del propio contenido de la escritura de testamento que el Notario bajo fe dice “cuenta con plena capacidad testatoria”, y tras transcribir las manifestaciones de la testadora, y concluye, “leo este testamento en voz alta e inteligible, sin usar los presentes el derecho de leerlo ellos que les indiqué, lo aprueba y ratifica el testador y lo firman todos”, lo que viene claramente a poner de relieve que los propios testigos corroboran y ratifican la declaración de capacidad inicial hecha por el Notario autorizante; todo ello aparte de que, expresión “procurarán asegurarse”, que entraña un juicio de capacidad, ha venido a sustituir a la antigua expresión del precepto “deberán asegurarse”, lo que según mantienen las sentencias de 25 de marzo de 1940, antes citada, y la de 30 de septiembre de 1966, “indica que no se exige una aseveración de capacidad con certeza absoluta”».

La constatación de la capacidad del testador corresponde, efectivamente, al Notario autorizante, pero hay que resaltar que el fedatario no es —ni tiene por qué serlo— un experto en Medicina, Psiquiatra o Psicólogo, por lo que su apreciación será, en todo caso, un juicio previo que emitirá fundándose en la experiencia general que puede tener cualquier persona. En ningún modo, estimo, hay que entender este juicio hecho por el Notario como esencialmente determinante de que el testador se halla en su cabal juicio para otorgar testamento válido. De ahí que, como ya ha quedado reseñado anteriormente, surjan los problemas y las dificultades *a posteriori*.

Hay ocasiones en las que se observa que el testador estaba en su cabal juicio, sin que esta apreciación ofrezca dudas de ningún tipo. Así he podido comprobarlo, por ejemplo, en una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, de 25 de mayo de 2001, en la que la parte recurrente solicitaba la revocación de la sentencia apelada y el dictado de otra que declarase la nulidad del testamento impugnado, alegando, en apoyo de su petición, que las premisas sentadas en la resolución impugnada son correctas, pero que no lo era el hilo conductor que ha llevado a la desestimación de la demanda. La apelante entendía que la presunción de que el testador se encontraba con facultades para otorgar el testamento al haberlo hecho ante dos testigos, médicos de profesión, quedaba desvirtuada por la prueba consistente en el parte de ingreso en la Clínica por otro padecimiento, donde se reflejaba que se encontraba «muy demenciada», debido a una demencia senil arterioesclerótica, pareciéndole increíble al recurrente que, sabiéndose la testadora en el lecho de muerte por una pancreatitis, conociera el número de los Documentos de Identidad de sus sobrinos y el número del Registro de cada una de las fincas.

El Fundamento Jurídico Segundo de esta sentencia —sin duda, interesante, por lo que puede aportar a la problemática que estoy estudiando— declaró que «la impugnación que la parte recurrente realiza es puramente de la valoración de la prueba, y opone a una muy fundamentada sentencia dos argumentos francamente bastante endebles. Si comenzamos por el segundo, no ya una persona en un hospital, afectada de pancreatitis y con una salud francamente deteriorada, sino también otra en perfecto estado de salud, con el título de licenciado en Derecho y en la Notaría, es muy difícil, por no decir imposible, que sepa de memoria los números de los documentos de identidad de sus sobrinos y la descripción registral de las fincas de su propiedad; éstos son detalles técnicos que el Notario autorizante se procura buscando las fuentes ordinarias de información para cumplir la formalidad de la escritura pública, bastando con que la testadora identifique a sus sobrinos con sus simples nombres de pila e indique las fincas que quiere legar, de modo que al Notario le resulte suficientemente identificativo para confeccionar el documento en que se contendrá su voluntad para después de su muerte. Frente a la valoración genérica del internista del padecimiento de demencia senil arterioesclerótica, lo que llevó a la citada a su incapacitación en el año 1994, cuando otorgó el testamento, el informe del internista doctor M. y del neuropsiquiatra doctor C. L., que intervinieron como peritos-testigos en el testamento, ratificado verbalmente en la prueba testifical y por escrito mediante los oportunos informes, que la testadora tenía capacidad en aquel momento para realizar tan extraordinario acto de disposición, opinión con la que coincide el también neuropsiquiatra doctor A., quien asimismo reconoció a la finada a petición de sus familiares, y además de esto, obra también la presunción de capacidad para testar de quien no ha sido formalmente incapacitado, pues, sabedor de lo que estaba ocurriendo con la salud de su tía, se pregunta la Sala por qué motivo no intentó el ahora recurrente la incapacidad de su tía, estando en el grado más próximo de parentesco para haber podido instar dicha declaración».

Incide esta sentencia, de nuevo, en la problemática que ya ha quedado planteada en páginas atrás: si no hay una incapacitación previamente declarada, con todos los requisitos legales a este respecto, toda persona, en principio, puede otorgar testamento válido. El hecho de estar incurso en un proceso arterioesclerótico no es causa suficiente, según la Jurisprudencia, para no poder otorgar testamento válido, a menos, naturalmente, que ese proceso degenerativo vascular interfiera, de una manera grave y profunda, en las facultades mentales.

Es evidente que lo importante —lo esencial— es la condición psíquica del causante en el instante preciso de otorgar testamento. Esta es la idea perfectamente consolidada en la Jurisprudencia, lo cual no podía ser de otra manera, vistos los términos del artículo 666 del Código Civil. Así lo declararon, entre

otras muchas, las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1982, 10 de abril de 1987 ó 30 de noviembre de 1991.

Hay que resaltar, no obstante, que sólo quien tiene una conciencia convenientemente conformada comprenderá, a juicio de IZQUIERDO TOLSADA (12), las consecuencias de sus declaraciones de voluntad, pues un testador necesita saber qué es un testamento y cuál es la trascendencia de una disposición testamentaria, valorar la oportunidad de su otorgamiento en una u otra forma de las previstas por la Ley, valorar sus afectos y desafectos, etc. Si la falta de juicio proviene del engaño, la violencia o la intimidación, estaremos ante un concurso de normas impugnatorias, pues habrá falta de capacidad testamentaria, pero también vicio del consentimiento, ex artículo 673 de nuestro Código Civil.

Una ya vieja sentencia del Supremo, de 11 de diciembre de 1962, declaró que el Código Civil, por lo que respecta al requisito del «cabal juicio», no tiene aquí pretensiones científicas «y aun cuando el término cabal es sinónimo de lo completo, justo, acabado o exacto (...) en tal sentido no parece que pueda predicarse de la salud mental, que, como la física, es raramente perfecta (...) La ley emplea la expresión «refiriéndose a que el acto de testar reúna los requisitos del acto verdaderamente humano, caracterizado por que se realice con inteligencia o conocimiento de su significado y alcance y con voluntad propia de querer lo que con el mismo se persigue, voluntad que la falta de inteligencia vicia de por sí, por no poderse querer verdaderamente lo que no es antes conocido, por ello, el estado patológico mental por vía de amencia o demencia impide al testador hallarse en ese cabal juicio (...)».

En esta línea, la Medicina Legal considera que un proceso patológico grave como es la esquizofrenia con alteración de la personalidad, así como las demencias avanzadas, impedirían la testamentifacción. En este sentido, la Jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse negando la capacidad testamentaria en una variada tipología de supuestos: enfermedad de Czeutzfeldt-Jakob, que degeneró en una encefalitis espongiiforme (STS de 22 de junio de 1992); arterioesclerosis avanzada con trombosis sobrevenida (STS de 27 de junio de 1997); oligofrenia consecutiva a enfermedad de Lawrence-Moor-Barder y Brelde (STS de 11 de diciembre de 1962); trombosis vascular encefálica (STS de 16 de noviembre de 1972), etc.

También en la jurisprudencia menor se encuentra alguna sentencia interesante: en la de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 19 de junio de 1993, por ejemplo, se apreció la falta de capacidad mental de la testadora, que sufría al tiempo de otorgamiento una arterioesclerosis cerebral avanzada, así como la enfermedad de Parkinson, deficiencias psíquicas progresivas e incurables,

(12) IZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *La planificación hereditaria: el testamento*, Ponencia del Congreso «La Herencia», Puerto de Santa María, noviembre de 2003.

dada su edad, que no le permitían gozar del raciocinio y voluntad suficientes para disponer por sí misma de verdadera capacidad de elección, en cuyo estado se produjo el testamento abierto de 2 de abril de 1984.

En cualquier caso, parece que lo menos importante es la denominación del mal padecido. Así, la interesante sentencia de 11 de diciembre de 1962, ya citada anteriormente, se encarga de precisar que lo que importa es la incidencia del mal sobre la capacidad de entender y querer. Por otra parte, a los efectos de determinar si se tiene o no capacidad para testar, no solamente faltará ésta en el enfermo mental, sino en quien se halle en situaciones de falta de consciencia provocadas por causas que no son permanentes, como puede suceder en un caso de delirio febril o de embriaguez.

Pero, en todo caso, ha de partirse de la inicial presunción general de capacidad, que no se ve destruida por el hecho de haberse dado casos de enfermedad mental en la familia del testador, tal como declaró la sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 10 de abril de 1944.

El principio del *favor testamenti* determina que si a todo individuo se le presume que está en su cabal juicio, su incapacidad deberá ser probada de modo evidente y completo, tal como enuncian diversas sentencias del Supremo que serán analizadas más adelante.

Más aún: la apreciación notarial sobre la concurrencia de capacidad de testar conlleva un indicio de incertidumbre que solamente puede abatirse con la indubitada prueba contraria (SSTS de 16 de abril de 1959, 7 de febrero de 1967 y 21 de junio de 1986). Pero esto no significa que la fe pública notarial ampare la realidad de la capacidad mental del testador, pues el Notario, propiamente, no da fe de un acto concluido por él, sino que emite una apreciación subjetiva con base en una impresión personal. A tenor de la sentencia del Supremo de 21 de junio de 1969, «la fuerza probatoria del testamento notarial se extiende a lo que el notario presencia, pero no a lo que opine, ni a la verdad intrínseca de las declaraciones que en el mismo se hagan».

La casuística ofrece maneras de aportar esa prueba contraria. Por ejemplo, una declaración de incapacidad posterior a la fecha del otorgamiento del testamento puede constituir un indicio de que la anomalía mental ya existía al tiempo anterior de otorgarse el testamento (STS de 11 de diciembre de 1962), pero, por sí sola, no tiene virtualidad suficiente para demostrar que el testador careciese de su cabal juicio al tiempo de testar (STS de 24 de febrero de 1981).

Existen numerosos casos en los que la Jurisprudencia ha entendido que existía capacidad para otorgar testamento. Así, por citar algunos ejemplos destacados, la edad avanzada, por sí sola, no determina la incapacidad, porque, como ya dijo la sentencia, muy antigua, de 25 de octubre de 1928, dictada, asimismo, por el Tribunal Supremo, «la historia ofrece múltiples justificaciones de (...) personas que alcanzaron la edad que dicho señor tenía cuando otorgó el discu-

tido testamento, aun bajo la influencia de las debilidades, con las melancolías y los padecimientos orgánicos que suelen acompañar a tal grado de longevidad, realizaron actos que son gloria para la Humanidad».

Tampoco tiene por qué afectar a la capacidad el padecer una enfermedad neurasténica, según la sentencia de 28 de diciembre de 1928. La sentencia del Supremo, de 7 de octubre de 1982, trató el supuesto de una persona que sufría delirio de persecución. En esta sentencia, el Tribunal entró a tratar este difícil supuesto, pues el testador sufría una psicosis del tipo de delirio de persecución con evolución hacia la esquizofrenia, pero sin que se apreciara que la alteración psíquica hubiera llegado a ese límite: «Antes de alcanzar la última fase de total deterioro o demencia es posible que el paciente tenga intervalos lúcidos y por lo tanto que haga lícito ejercicio de la testamentifacción».

Hay que resaltar que el artículo 665 de nuestro Código Civil establece que «siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de la capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad».

Este precepto ha permitido que el Tribunal Supremo declare, para un caso de enfermedad paranoica de persona sujeta a curatela, que era factible el otorgamiento con la intervención de facultativos, según la sentencia de 20 de mayo de 1994.

Según la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 1 de octubre de 1991, una depresión no es criterio determinante para negar la capacidad para testar, ni siquiera por mucho que el testador se suicidara unos días después: un estado depresivo no afecta necesariamente a la capacidad testamentaria, y «no puede inferirse que la persona que pone fin a su vida lo haga siempre por no hallarse en su cabal juicio. Tal conclusión sería contraria a las enseñanzas de la psiquiatría e incluso al común sentir de las civilizaciones que tenemos por clásicas...».

No hay inconveniente para que el Notario que dude acerca de la capacidad de un testador que no está judicialmente incapacitado, reclame la intervención de los facultativos, por más que el artículo 665 del Código Civil solamente se refiera al caso del incapacitado. Todo será bueno al objeto «de asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar», según el artículo 685 del citado *corpus* legal. En este sentido, expresa la sentencia del Supremo, de 11 de diciembre de 1952, que tal cosa, no sólo no está prohibida por la Ley, sino que se trataría de «una loable cautela del Notario».

Naturalmente, habría que preguntarse si, efectivamente, «estas loables cautelas» se llevan a buen término, si se realizan en la práctica, sobre todo si atendemos al conglomerado de asuntos y expedientes que suelen atiborrar las Notarías.

Otro asunto, íntimamente relacionado con éste que he apuntado, estriba en qué responder cuando se pregunta al Abogado por la capacidad testamentaria, por ejemplo, del anciano que tiene serios problemas psíquicos, pero no ha sido incapacitado por sentencia. Si la capacidad de obrar se presume en todo mayor de edad no incapacitado, y más aún, la capacidad testamentaria se presume en los mayores de catorce años, ¿quién se atrevería a dar una respuesta segura que aconseje o desaconseje el otorgamiento?

Lo que, a todas luces, es evidente es que sobre las espaldas de quien sostenga la incapacidad de testar de alguien que no estaba judicialmente incapacitado, será sobre quien gravite la carga de la prueba de la falta de capacidad existente en el momento del otorgamiento. Basta dar un vistazo a cómo llevan los especialistas ese análisis póstumo de los estados mentales para poder aventurar un consejo, que, en cualquier caso, siempre contará con muchas reservas.

Naturalmente, serán elementos poderosísimos los testimonios y los actos anteriores y posteriores al otorgamiento, pero también, como no podía ser menos, el propio contenido del testamento. Un contraste brusco, por ejemplo, entre la vida familiar ordenada y sin violencias, en la que había plena cordialidad y almuerzos dominicales institucionalizados, y, en contraste, un testamento en el que se deshereda a los parientes próximos, no puede, por menos, que levantar fuertes sospechas.

Del mismo modo, el otorgamiento de diferentes y contrapuestas voluntades testamentarias en breve lapso de tiempo, o una disposición testamentaria en cuyo origen se advierte un determinado estado pasional, puede llevar a pensar, estimo que con cierto fundamento, que en ese testador había algo más que excentricidad. Y, tratándose de un testamento ológrafo, pueden aportar pistas los rasgos de la escritura utilizada. Hay que tener en cuenta que el Abogado va a evaluar estos datos, normalmente, *a posteriori*, para emitir, *a priori*, un juicio que, al fin y al cabo, no deja de ser arriesgado. Hay que moverse a base de hipótesis, que, muchas veces, resulta que no son certeras, pero hay que jugar con ellas ineludiblemente.

Hay, aún en nuestros días, quien se sorprende de que el Código Civil rodee de cautelas el otorgamiento del testamento otorgado por un «demente» —hay que poner entre comillas esta palabra, ya que, en la actualidad, el desuso que la misma tiene es algo sabido por todos y la Psiquiatría se ha encargado de ofrecer buenas muestras de ello— en intervalo lúcido, dando la impresión de que se trata de asegurar por todos los medios que el testamento se otorgue con las debidas garantías de que el otorgante sea capaz de hacerlo en ese momento, para, a continuación, decir la Jurisprudencia que ello no bendice definitivamente el testamento, sino que siempre queda abierta la posibilidad de impugnación basada en la prueba de la concreta falta de capacidad. A este respecto, afirmaba IZQUIERDO TOLSADA no encontrarse entre los

sorprendidos, porque, a su juicio, la intervención de los médicos se limita a reforzar la presunción de capacidad, pero la capacidad es una auténtica *quæstio iuris*, y su apreciación corresponde a la soberanía del Juez. Nada hay que garantice que los facultativos actuantes pertenezcan siempre a la especialidad médica más idónea para emitir un juicio irrefutable, y tampoco queda garantizado que cuenten con los antecedentes clínicos o que tengan conocimiento de datos que pueden no ser meramente episódicos. No se puede negar el derecho de quien, teniendo un interés legítimo, quiera demostrar que el causante, por mucho facultativo que haya intervenido, no estaba en su cabal juicio cuando otorgó testamento (13).

Desde mi punto de vista, será, en muchas ocasiones, una a modo de prueba «diabólica» demostrar que un testador no se encontraba en su cabal juicio cuando hizo testamento, pero la posibilidad está ahí y no cabe duda que el Ordenamiento Jurídico debería de facilitar los medios probatorios oportunos a estos efectos, aunque la existencia de fraudes en este ámbito suele ser abundante.

No es tarea fácil determinar cuándo se está ante una alteración mental que, en efecto, impide al que la padece hacer testamento. La Jurisprudencia, en este sentido, es casuística y, por ello, ha sido preciso estudiar, una por una, las sentencias que, sobre este aspecto, se han ido dictando en nuestro país. En concreto, hay una interesante sentencia, de 7 de octubre de 1982, que aludía a la carencia de eficacia del negocio jurídico *mortis causa* cuando su autor adolece de falta total o de insuficiencia de las facultades intelectivas y volitivas, de modo que, en el momento de otorgarlo, que es el de la valoración de su capacidad, ex artículo 666 del Código Civil, no ha podido el testador expresar su voluntad libre y conscientemente. Es curioso el tema, porque ya la Ley 13, Título 1.º, de la Partida sexta privaba de la capacidad testamentaria activa al «que fuese salido de memoria (que) non puede hacer testamento mientras que fuere desmemoriado». Esto es por lo que respecta a nuestro Derecho histórico. Pero en algún texto foráneo se descarta, asimismo, la capacidad en aquél que por cualquier causa, aunque sea transitoria, sea incapaz de entender o de querer en el momento de realizar tal disposición. Así lo expresaba el artículo 591.3 del Código Civil italiano.

En el campo del Derecho foral emplean fórmulas semejantes el Fuero Nuevo de Navarra (Ley 149, núm. 2) y el artículo 225 del Proyecto de Compilación catalana, que no pasó a la regulación definitiva, debiendo ser incluidas no sólo las enfermedades mentales propiamente dichas, sino también cualesquiera causas de alteración psíquica que impidan el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espon-

(13) *Ídem: ibídem.*

taneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando, a quien pretende testar, del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos, por carecer de conciencia y libertad, según lo expresa la sentencia de 11 de diciembre de 1962.

Esta sentencia de 7 de octubre de 1982 declaró, asimismo, que la apreciación afirmativa de capacidad hecha por el Notario y los testigos en el testamento público podía ser destruida en el correspondiente proceso declarativo, demostrando que en el acto de otorgarlo el testador no se hallaba en su cabal juicio. Pero esta prueba no deberá dejar margen racional de duda, porque la aseveración del fedatario autorizante reviste especial relevancia de certidumbre.

Esta misma sentencia declaró «que el Tribunal de instancia, revocando en el caso presente la sentencia recaída en el primer grado, entiende insuficientemente acreditada la pretendida carencia de voluntad consciente y libre en el causante don José L. G., fallecido en estado de soltero y sin herederos forzosos el 2 de marzo de 1975, que otorgó estamentos abiertos en número de 4 (...), conclusión que obtiene argumentando que si ya por de pronto la circunstancia de que aquél efectuase las excesivas disposiciones ateniéndose a un propósito sin radicales cambios, desviando tan sólo las atribuciones a los distintos favorecidos, pero manteniendo siempre el caudal dentro del ámbito familiar (hermanos, sobrinos o primos), que un legado de escasa cuantía a un vecino comporta un dato en pro de su recto criterio y de la normalidad de la mente, afirmada en las cuatro ocasiones por los respectivos Notarios y los testigos instrumentales, los informes médicos no conducen forzosamente a la aceptación de la tesis mantenida en la demanda de que en todas las ocasiones el disponente carecía de cabal juicio, pues uno de aquellos consiste en certificación librada el 17 de abril de 1975 por facultativo no especialista, expresando literalmente que José L. G. “padecía durante el tiempo que le consulté, hace más de quince años, una psicosis de tipo delirio de persecución”, otro de los informes aparece suscrito por psiquiatra pero después de muerto el interesado, sin observación del enfermo y con la sola base de lo dicho en el anterior documento y de un manuscrito por el testador trazado, y el tercero procede de un ejerciente en el dilatado campo de la Medicina General que no hace más que reproducir a la letra el diagnóstico hecho por aquel especialista, todo lo cual le permite entender a la Sala sentenciadora que la psicopatía padecida por el testador no llegó a anular su inteligencia y voluntad, y el proceso esquizofrénico, mencionado por dos de esos médicos y los tres informantes en el período probatorio, presenta una marcha evolutiva y antes de alcanzar la última fase de total deterioro o demencia es posible que el paciente tenga intervalos lúcidos y por lo tanto que haga lícito ejercicio de la testamentifacción, ello además de que, sobre todo, la Sala *a quo* entiende que la alteración en el psiquismo de José L. G. “no llegó a alcanzar el límite de la esquizofrenia”».

En esta interesante sentencia, se aborda, como puede observarse, una problemática, sin duda, apasionante: el intervalo lúcido.

Ya en páginas atrás, he apuntado las tesis existentes en la doctrina respecto al controvertido tema de los intervalos lúcidos. Esta sentencia, de modo resumido y sintético, esboza la tesis, a mi juicio de una forma precipitada, de la validez de un testamento otorgado por una persona que padecía una psicosis de tipo delirio de persecución. Y se afirma la validez del testamento en función de que el testador no había llegado al límite, siendo este límite el proceso esquizofrénico o esquizofrenia propiamente dicha. Es decir; la sentencia traza un esquema evolutivo de esta enfermedad o alteración mental, afirmando que la psicopatía que el testador padecía no llegó a anular su inteligencia ni su voluntad —¿estaríamos, quizá, ante una psicopatía en su primer estadio o inicio de la enfermedad?—, y que la esquizofrenia tampoco había alcanzado un grado elevado, es decir, no se había llegado a la última fase del deterioro o demencia. A mi juicio, será casi siempre arriesgado establecer una evolución en el marco del proceso de la enfermedad mental. ¿Es factible afirmar que una persona, aun padeciendo psicopatía y esquizofrenia, puede otorgar testamento válido? Cuando menos, es arriesgado. Tengamos en cuenta que la Medicina no es una Ciencia Exacta y, dentro de su ámbito, la Psiquiatría tampoco lo es.

Esta misma sentencia declaró, en sus Considerandos, que «el motivo primero del recurso, amparado en el número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba evidenciado por documentos auténticos, citando al efecto los certificados e informes médicos de que se hizo referencia; impugnación improsperable, no obstante el meritorio estudio que por la parte se hace de las dolencias mentales, describiendo con detalle las notas o requisitos de la esquizofrenia, la paranoia y la histeria amnésica, para finalizar con el aserto de que la inteligencia y la afectividad del testador estaban profundamente alteradas en relación con sus familiares más próximos, pues sin desconocer la opinión de los autores que afirman la inoperancia de una disposición testamentaria evidentemente relacionada con la idea fija determinante de un vicio parcial de la mente del testador (delirio de persecución, monomanías, etc.), dicho se está que la apreciación de la capacidad del testador es cuestión fáctica entregada a la soberana decisión del Tribunal sentenciador, y de otro lado son constantes las declaraciones jurisprudenciales en punto a que el contenido de los informes periciales carece de la nota de autenticidad a efectos del recurso de casación, en cuanto elemento demostrativo ya analizado en la instancia libremente, lo que excluye la posibilidad de que tales dictámenes puedan ser utilizados para patentizar el error en la ponderación del material instructorio con arreglo al cauce utilizado (...), ya que por sí mismos no pueden evidenciar, sin necesidad de operaciones diluci-

dadoras y deductivas, el irrefutable desacierto en que tendría que haber incurrido la sentencia combatida».

En definitiva, por lo que respecta a esta sentencia, el Tribunal Supremo declaró, asimismo, que se incurría en una petición del principio de dar por existente en el testador una enfermedad mental que le incapacitaba para otorgar las disposiciones cuya declaración de radical nulidad se postulaba, añadiendo que diversas sentencias, entre las que cita las de 10 de junio de 1897, 25 de octubre de 1901, 22 de enero de 1913 y 12 de mayo de 1962, han declarado que no puede considerarse que ha otorgado un testamento nulo —por demencia— quien no ha sido declarado judicialmente incapaz, bastando, en casos de duda —como lo era el presente—, que el Notario y los testigos procuren asegurarse de que, a su juicio, el testador tiene la lucidez necesaria para testar, todo ello conforme al artículo 685 de nuestro Código Civil.

Estimo, tras la lectura y análisis de esta sentencia, que la duda sobre la capacidad del testador sigue existiendo. Tengamos en cuenta que tanto un proceso esquizofrénico cuanto una psicopatía son alteraciones mentales realmente graves y que, si no siempre, en muchos momentos anularán la capacidad de entender y de querer de la persona afectada. Testar, en estos supuestos tan graves, constituye, cuando menos, un riesgo que hay que evaluar.

Como ya ha quedado expuesto anteriormente, hay supuestos muy interesantes en los que el Tribunal ha admitido la capacidad testamentaria y que merecen un comentario más detenido. A continuación, paso al examen de estos supuestos.

¿Puede una persona alcohólica testar? ¿Se considera que el alcoholismo es, hoy en día, una enfermedad?

Para dar respuesta a esta interrogante, hay que fijarse, otra vez, en nuestra Jurisprudencia. En este sentido, he encontrado una sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 31 de octubre de 1997, en la que se ejercitaba una demanda tendente a obtener la declaración de nulidad de dos disposiciones testamentarias. El Fundamento Jurídico Quinto de esta sentencia declaró que «es preciso, pues, examinar las causas de nulidad que se mencionan en la demanda para determinar si cualquiera de ellas puede dar lugar a la pretensión que se formula (...)

»Se pretende llegar a la conclusión de la incapacidad del testador por la merma de sus facultades desde 1957 y para ello se alude a la existencia de un alcoholismo crónico con derivación a una enfermedad de tipo psíquico, con posterior declaración de un carcinoma prostático: se sostiene que, en definitiva, no era dueño de sus actos porque, además, su actuación personal no era normal, sin acudir a tratamientos médicos y llevando a cabo hechos que demostraban tal irresponsabilidad.

»Pero ninguna de dichas apreciaciones ha resultado acreditada a través de la prueba practicada en autos: la confesión judicial ha provocado resultado

contradictorio, pues mientras los hermanos de la demandante que de una u otra forma apoyan su tesis refieren la existencia tanto del alcoholismo como de actos concretos que patentizan la enfermedad psíquica, los demás hermanos sostienen posiciones contrarias. La prueba testifical ha sido igualmente contradictoria, pues mientras algunos testigos merecen escasa fiabilidad por su relación esporádica y ocasional con el testador, aunque otros no dudan en contestar afirmativamente las preguntas del interrogatorio, es altamente significativa la declaración de una empleada del hogar que, durante más de cuarenta años, estuvo al servicio de la familia y que de una forma absolutamente contundente afirma tanto que el causante no probaba alcohol en casa (...) como que si no se ocupaba de su patrimonio era debido a que estaba en manos de los correspondientes administradores (...); que “estaba en su sano juicio” y que “nunca perdió la cabeza” (...) y que nunca presencié malos tratos a los hijos (...)

»Mención aparte merece la prueba pericial: llevada a cabo en el procedimiento con todas las garantías legales, es claro que, por aplicación del artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de ser apreciada conforme a las reglas de la sana crítica. Y el resultado de la misma que, sin duda, ha de ser valorado en conjunto con el resto de las diligencias probatorias, es claro y concluyente, pues tanto los médicos internistas como los especialistas en psiquiatría han dictaminado de una forma unánime que aunque exista la “posibilidad de consumo de alcohol”, ello no determina alteraciones secundarias a un alcoholismo crónico y que, en consecuencia no se ha determinado la existencia de un deterioro intelectual (informe de los primeros). El primer informe psiquiátrico, tras admitir la posibilidad de que el causante padeciera un trastorno disocial de la personalidad, concluye que “no hay criterio para incluirle ni en el menor grado de la mínima” (incapacidad). Y el segundo perito especialista indica que “no puede emitir informe sobre la pretendida falta de salud”.

»A tales radicales informes periciales no pueden oponerse las manifestaciones vertidas a instancia de la parte demandante —sin contradicción— por una serie de médicos que tampoco, en su mayoría, vieron ni trataron al causante. Porque dichas manifestaciones, que han sido duramente criticadas por los peritos judiciales..., no pasan de ser meras pruebas testificales cuyo alcance a la vista de la prueba pericial practicada en el procedimiento, no puede tener el alcance que se pretende por la parte demandante y hacer ineficaz el real y auténtico informe pericial judicial, practicado con todas las garantías, fundamentalmente la de contradicción (...)».

Esta sentencia parece poner claramente de manifiesto que el testamento hecho por persona que padezca habituación crónica al alcohol, de tal manera que esta adicción le haya provocado una alteración de su capacidad mental («intelectual», dice la sentencia), puede verse afectado por un vicio de nuli-

dad. Pero si el alcoholismo no es crónico, tan sólo esporádico, el testamento otorgado por una persona en esas condiciones es válido.

Lo verdaderamente trascendental, en consecuencia, a la vista de los planteamientos de esta sentencia, es que el alcoholismo altere la capacidad mental de la persona. Naturalmente, aquí sí serán admisibles los intervalos lúcidos, es decir, cuando la persona alcohólica esté serena y no haya ingerido alcohol, podrá testar y ese testamento será válido, siempre que conserve, sin alteraciones, las facultades mentales perfectamente íntegras.

El Fundamento Jurídico Noveno de esta sentencia declaró que «la capacidad legal ha de ser entendida como sinónimo de capacidad civil que, en definitiva, no es sino la suma de la capacidad jurídica y la de obrar (si por la primera se entiende la aptitud de una persona para intervenir como sujeto en las relaciones jurídicas y la facultad de producir actos con eficacia de tal clase). Es por ello que el artículo 167 del vigente Reglamento Notarial, al hacer constar la necesidad de la constancia de tal requisito se refiere a la capacidad “civil”. No es posible entender que la omisión del calificativo “legal” suponga un obstáculo insalvable para la validez del testamento porque, en definitiva, únicamente si la capacidad tiene tal carácter puede permitir el otorgamiento del testamento, pues la capacidad jurídica, por principio, reside en cualquier persona porque es presupuesto de la condición de sujeto de derecho. Si los Notarios actuantes estimaron y expresaron que, a su juicio, el testador tenía capacidad o era capaz de otorgar el testamento, están dando cumplimiento al requisito que imponían los artículos 685 y 695 del Código Civil (...)»

Otro supuesto interesante que cabe plantearse es el de las personas oligofrénicas. Hay que insistir, desde mi punto de vista, en la idea de que un oligofrénico en grado profundo no tiene la capacidad intelectual exigida para poder otorgar testamento válido. Pero, ¿qué sucede con aquellas personas que padecen una oligofrenia de carácter leve y que mantienen, en consecuencia, sus facultades intelectuales a un nivel mínimamente apto para comprender las situaciones de la vida (nivel cognoscitivo), y relativamente intacta la capacidad volitiva?

Un supuesto de este tipo resolvió la interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 22 de mayo de 2000. Se trataba del testamento abierto otorgado por Juana Petra G. G., el 14 de noviembre de 1996, planteándose por la parte recurrente la cuestión de la incapacidad de la testadora. El Tribunal compartió la tesis mantenida en la resolución apelada de que no se había desvirtuado el juicio de capacidad expresado por el Notario autorizante, ni la presunción legal de idoneidad existente en la materia. Reconocía el Tribunal, efectivamente, que existían datos que permitían entender que la testadora padecía algún grado de limitación de sus facultades mentales, siendo ésta la razón por la que fue declarada su incapacidad plenamente absoluta

para todo trabajo por la Comisión Técnica Calificadora Provincial del Servicio de Mutualidades Laborales del Ministerio de Trabajo, con fecha 24 de mayo de 1982, bajo el diagnóstico «oligofrenia congénita». Fue esta resolución la base fundamental sobre la que se sustentó la tesis mantenida por el apelante en su escrito de demanda.

El Tribunal entendió que la indicada resolución no podía, por sí sola, ni teniendo en cuenta los demás indicios traídos en los autos por el recurrente, hacer desvirtuar la argumentación que procedía, habiendo de tenerse en cuenta otros indicios y pruebas, aún de mayor entidad, que habían de llevar a la conclusión de que esa limitación de las facultades mentales que, sin duda, la otorgante padecía, en el momento de testar no presentaba una entidad suficiente como para entender que la privaba del mínimo de capacidad de raciocinio necesario.

Hay que resaltar que la testadora había nombrado heredero a la persona con la que durante diez años había convivido en relación sentimental asimilable a la propia del matrimonio, en lugar de a su hermano o de dejar operar la sucesión *ab intestato*. De aquí, el Tribunal extraía la conclusión de que la testadora había hecho un uso racional de una de las alternativas que se le presentaban.

Por lo que respecta a la prueba pericial, se practicó la misma acerca de la capacidad mental de la testadora, siendo contundente el Perito, en el sentido de afirmar que la testadora padecía «una deficiencia mental leve que no le impedía realizar testamento», destacando, asimismo, que la capacidad de la misma había mejorado con la experiencia de su larga vida y educación. Para realizar este dictamen, el perito contaba también con el examen de numerosos certificados médicos obrantes en autos.

En definitiva, por lo que respecta a la problemática de la oligofrenia, hay que concluir afirmando que una persona que padezca oligofrenia de carácter leve podrá emitir una disposición testamentaria válida. Pero, lejos de generalizaciones que, en todo caso, son imprudentes, hay que decir que siempre y en todo caso será preciso el dictamen de un facultativo en torno a esta cuestión. Insisto en que el testamento es un acto de suma importancia y esa trascendencia ha de ser tenida en cuenta a la hora de valorar la capacidad mental del otorgante.

SUPUESTOS ESPECÍFICOS EN LOS QUE LA JURISPRUDENCIA NIEGA LA CAPACIDAD TESTAMENTARIA

Hay, efectivamente, supuestos muy interesantes y, desde luego, polémicos, en los que nuestra Jurisprudencia ha negado, por razones obvias, la capacidad testamentaria. Voy a entrar, a continuación, en el examen de diversos de estos supuestos.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de junio de 1991, declaró que la incapacidad del testador era claramente deducible del testimonio de tres médicos: «Don Darío B. M., actuando para la comunidad de herederos de su finado padre don José Constantino B. E., demandó a doña Gloria B. E., solicitando la declaración de nulidad del testamento abierto otorgado por la abuela a los actores doña Asunción E. P., madre también de la demandada, el día 17 de junio de 1988, ante el Notario de Orense don Santiago B. P., por estar incapacitado en el momento del otorgamiento. Subsidiariamente, que era nulo por estar viciada la voluntad de la testadora por dolo de la demandada, incurriendo ésta en causa de indignidad para suceder. También subsidiariamente, la nulidad del testamento por no haber respetado la causante las normas sobre legítima de los descendientes; o alternatively, se declarase que, siendo válido el testamento, procede el complemento de legítima a favor de la comunidad hereditaria actora.

El Juzgado de 1.^a Instancia absolvió en la instancia a la demandada por defectuosa constitución de la relación procesal, ya que no se había traído al litigio al notario autorizante del testamento. La Audiencia, en grado de apelación, revocó la sentencia, y entrando a conocer del fondo del asunto, declaró la nulidad del testamento por incapacidad de la testadora (...).

Doña Gloria ha interpuesto contra esta última sentencia recurso de casación por tres motivos, de los que no ha sido admitido en la fase procesal oportuna el tercero.

SEGUNDO.—El motivo primero, al amparo del artículo 1692.5.º LEC acusa «infracción de lo establecido en los artículos 662 y 663.2 del Código Civil, y de la constante y uniforme jurisprudencia que los integra, exigiendo expresamente, para impugnar la presunción de capacidad contenida en ellos y en el artículo 685 del mismo cuerpo legal, al objeto de respetar la seguridad jurídica, la debida aplicación del artículo 1.248 del Código Civil».

El motivo se desestima porque en él se pretende combatir la prueba testifical practicada respecto a tres médicos, cuyos certificados sobre la salud de la testadora fueron objeto de preguntas y extensas repreguntas, éstas por parte de la hoy recurrente. Ese ataque se hace bajo el cobijo de la doctrina jurisprudencial según la cual la presunción de capacidad del testador ha de destruirse acreditando con seguridad precisa que estaba aquejado de insania mental, con evidentes y concretas pruebas, que en el caso de autos entiende la recurrente que es el informe clínico elaborado por los servicios médicos del Hospital Provincial de Orense, donde estuvo recluida la paciente hasta el 16 de junio de 1988 —día anterior al otorgamiento del testamento por la causante— y el demandante y recurrido no lo ha aportado a los autos, sino que ha acudido a la «imprecisa y tan manipulable prueba testifical».

«Estas argumentaciones carecen de toda consistencia jurídica, porque esta Sala no ha afirmado, en aplicación de aquella doctrina jurisprudencial ex-

puesta, que la prueba testifical no sirva para acreditar que un testador adolecía de falta de cabal juicio para testar, ni ha dado preferencia a una prueba sobre otra. Por otra parte, si el historial clínico podía fundamentar la capacidad de la causante —posición de la recurrente— nada le hubiera impedido pedirlo como aportación de prueba en su ramo correspondiente.

No menor rechazo merecen sus críticas a la acogida por la sentencia de las opiniones médicas coincidentes en el deterioro mental de la testadora, que no obedecen más que a su interés en el pleito, pero no ponen de manifiesto ni remotamente que la Audiencia hubiese procedido contra las elementales reglas de formación de los juicios humanos o de las máximas de experiencia».

TERCERO.—El motivo segundo, al amparo del artículo 1692.5º LEC denuncia infracción de los artículos 664, 665 y 666 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta, por no haberse practicado prueba alguna referida al momento en que la testadora otorgó el testamento. En su justificación vuelve a intentar la recurrente destruir la valoración judicial de los testimonios de los médicos (tres), a fin de que prevalezcan los de los testigos que trajo al pleito, y con este objeto resalta continuamente que los primeros testimonios no se refieren al estado mental de la testadora al salir del Hospital el día anterior al otorgamiento del testamento, donde estuvo internada por un accidente cerebro-vascular agudo que sufrió, falleciendo en el mes de octubre siguiente.

El motivo se desestima porque la Audiencia pudo deducir, como dedujo, su estado en el momento del otorgamiento por los combatidos informes médicos, que dan cuenta de su situación física posterior, y esa valoración se ha dicho que, por no infringir ni máximas de experiencia ni reglas del criterio humano, ha de ser respetada en casación. Por otra parte, la tesis que se sustenta en el motivo llevaría al resultado absurdo de que nunca se pudiese probar la incapacidad del testador si no constase su estado real en el preciso momento de otorgar el testamento, cosa que habitualmente no se comprueba médicamente. De las pruebas obrantes al efecto, la Sala pudo extraer la conclusión de la incapacidad de la testadora en el momento de testar.

Esta sentencia es interesante porque expresa, aunque no con la suficiente claridad, que la prueba testifical es apta para destruir la presunción *iuris tantum* de capacidad del testador en el momento de otorgar testamento. Se refiere la sentencia al «testimonio» de tres médicos, lo cual no es correcto, ya que habría que hablar de «peritaje» de tres facultativos, los cuales, en los informes clínicos emitidos, estuvieron de acuerdo en confirmar que la testadora estaba aquejada de insania mental. Ese estado de insania mental no fue acreditado en el mismo día del otorgamiento del testamento, sino un día antes, pero este factor no resta credibilidad a esos informes clínicos, porque, como dice la sentencia, por lo general, nunca o casi nunca se podría probar la incapacidad del testador en el preciso momento de otorgar testamento.

Alude, asimismo, la sentencia a la interesante cuestión de la prueba testifical como prueba apta para destruir la presunción *iuris tantum* de capacidad testamentaria. Según esta sentencia del Supremo, no hay que valorar una prueba por encima de la otra, es decir, no sería prioritaria, en todo caso, la prueba pericial, por ejemplo, frente a la prueba testifical, a los efectos de destruir la presunción o, entiendo, incluso a los efectos de mantener la presunción de capacidad.

Desde mi punto de vista, es peligroso poner al mismo nivel la prueba pericial y la prueba testifical. De todos es sabido la hipovaluación que sufre la prueba testifical en determinados ámbitos, como sucede, por ejemplo, en el proceso penal, por las inseguridades y posibilidades de error que su práctica genera. En mi opinión, no es que deba desecharse totalmente la prueba testifical en la problemática que estoy tratando, pero sí es evidente que no son equiparables, desde el punto de vista jurídico, la prueba pericial, realizada por médicos, a la testifical, llevada a cabo por cualquier persona lega en Medicina y que lo máximo que, en su caso, puede aportar son, generalmente, apreciaciones personales, subjetivas, pero no auténticos juicios de valor sobre el estado mental de una persona.

Hay casos, a mi juicio muy interesantes, en los que se declara la falta de capacidad del testador tras un examen *post mortem* de su cerebro. Así ocurrió, por ejemplo, en la dictada por nuestro Tribunal Supremo el 22 de junio de 1992: «El *thema decidendi* versa sobre nulidad del testamento, a causa de la incapacidad del testador, como consecuencia de no hallarse éste en su “cabal juicio” al tiempo de otorgar aquél. Ambas sentencias de instancia coinciden, tras un análisis riguroso de la prueba practicada en la estimación de la insania mental del causante en grado suficiente y con sujeción a los requisitos exigibles para declarar la nulidad del citado negocio jurídico unilateral. Al efecto, la sentencia recurrida establece: la prueba pericial practicada durante el proceso lo ha sido con respeto a los principios de igualdad, bilateralidad y contradicción; extraña, a los que la presente suscriben, la actitud de los demandados comparecidos en la instancia, que se opusieron a su práctica cuando resultaba evidente su necesidad para determinar la veracidad de las afirmaciones de la demanda, así como las suspicacias sobre la identidad del cerebro examinado *post mortem* en el Hospital Civil de Basurto; tal duda debe predicarse carente de todo fundamento, atendida la documental obrante en autos. Centrándonos en la citada pericial, habrá de coincidirse con el Juez de instancia en que los tres peritos emiten un informe “exhaustivo, concluyente y convincente”. De los tres peritos, uno es médico-forense, profesor colaborador del Departamento de Medicina Legal y Toxicología de la Universidad del País Vasco; otro es especialista titulado en Neurología y en Psiquiatría, jefe del Servicio de Neuropsiquiatría del Hospital de la Cruz Roja de Bilbao, y el otro también es especialista titulado en Neurología y Psiquia-

tría, además de diplomado en Psicología, desarrollando uno de ellos funciones de jefe del servicio médico central de una entidad bancaria y el otro de médico de empresa. De tan exhaustivo informe, cabe referir, además, su profundidad, fundamentación técnica y contundencia, la adecuada sistematización, comprendiendo un resumen cronológico de hechos, aspectos destacables de los informes médicos obrantes en autos, aspectos conceptuales y científicos de la concreta enfermedad que padeció el difunto señor L., examen del propio testamento y de la personalidad del testador y unívocas conclusiones finales. Tal ineluctable hermenéutica de las conclusiones tiene su cenit al contestar a la pregunta “si desde el punto de vista científico puede asegurarse con evidencia y sin dejar margen racional de duda que don Román L. G. estaba incapacitado el día 18-8-1983 para otorgar el testamento que figura incorporado a los autos, pese a la declaración de capacidad del mismo, que en dicho testamento expresan el Notario autorizante y los dos testigos presenciales, uno de ellos médico de profesión con la respuesta sin ningún género de dudas, a la fecha del testamento. Don Román L. G. no estaba capacitado para otorgar el testamento que figura incorporado a los autos, basándonos en todo lo anteriormente expuesto. Y esta incapacidad data de varios meses antes”. Contra tal prueba no puede prevalecer ni la presunción de capacidad del notario y del médico amigo del difunto y que actuó como testigo en el acto de disposición testamentaria ni la documental y testifical practicada en esta instancia. Fundamentalmente sobre estas dos últimas pruebas versó el alegato de la parte apelante. Léida la documental referida y la testifical ratificadora, debe señalarse que la misma reconoce la causa de la muerte apuntada por el resto de las pruebas y reconoce expresamente como dato cierto la sintomatología física hecha constar en el informe de la doctora F. (...) y que data la misma a mediados de agosto de 1983. No admite dicho doctor que existiera una previa sintomatología psíquica de la enfermedad que definitivamente le produjo la muerte al testador, contra las opiniones expuestas. Tanto razones procesales —igualdad, bilateralidad y contradicción, frente a unilateralidad en su encargo y realización, paliada en parte con la testifical sometida a repreguntas— como numéricas —tal opinión frente a la de los tres peritos y la de los médicos que suscribieron las documentales comentadas— y de especialidad respectiva —Neurología y Medicina Interna, frente a la ya expuesta, si bien sería injusto no reconocer su muy alta cualificación universitaria— abocan a mantener el resultado valorativo de instancia. No estará de más apuntar que dicho doctor es adjunto de un Servicio, cuyo jefe es el doctor L. H. M., que no alberga dudas sobre el estado de incapacidad que aquejaba al testador en el momento de otorgar el testamento. Por todo lo cual, no se ha desvirtuado lo acertado de los razonamientos del Juez *a quo*, quien tras exponer la doctrina del *favor testamenti* y de la rigurosidad de la prueba exigida para anular el testamento por incapacidad, en aplicación de la presun-

ción de capacidad que para toda persona rige en nuestro Derecho, ha considerado, al igual que la mayoría de los miembros del Tribunal, que ha quedado debidamente acreditada la incapacidad que aquejaba al difunto en el momento de otorgar el testamento de fecha 18-8-1983».

Esta sentencia se refirió, en su Fundamento de Derecho Segundo al controvertido tema de la declaración judicial de incapacidad del testador. Hay que tener en cuenta que esa declaración se produjo unos días después de haber hecho testamento. ¿Podemos entender, en este caso, que el testador, unos días antes, es decir, en la fecha en que otorgó su testamento, no estaba ya en su cabal juicio?

La sentencia, en este sentido, toma una posición clara, declarando que «...Ninguna incidencia tiene sobre el problema debatido, en relación con la naturaleza de la prueba sobre la que sustancialmente descansan las apreciaciones del Juzgador, la circunstancia puesta de relieve por los recurrentes respecto de la fecha en que se otorgó el testamento (18-9-1983) y la fecha de declaración judicial de incapacidad judicial del señor L. (31 de octubre del mismo año), pues no es preciso ni siquiera que tal declaración judicial exista como condición, ni con anterioridad ni al tiempo del otorgamiento, ni posteriormente, a los fines de denunciar la nulidad del testamento, por causa de incapacidad del testador, aunque de su concurrencia se deduzcan determinados efectos, que, en el caso presente, no han revestido significación, no obstante, la utilidad de su valoración como un elemento más en el conjunto de los probatorios, dado que si establece el artículo 666 que “para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento”, este mandato no impide que una sintomatología manifestada abruptamente, con posterioridad, sirva como explicación de trastornos antecedentes de la conducta. Tampoco cabe inferir de tal circunstancia que la prueba sobre el hecho fundante de la acción, tenga que ser, en estos supuestos, necesariamente, prueba indirecta, en el sentido de prueba indiciaria o por presunciones, pues las operaciones probatorias consisten habitualmente en una reconstrucción del pasado; de aquí, por ello, que sea erróneo el intento de la parte recurrente de transmutar la prueba pericial en prueba de presunciones para acomodar su crítica a las pautas jurisprudenciales, elaboradas respecto de los artículos invocados como infringidos...».

Esta sentencia viene a decir, sustancialmente, que lo verdaderamente trascendental es el estado en el que se hallare el testador en el preciso momento en que otorgó el testamento. Este dato es el realmente importante. No hay que atender, por tanto, a los momentos anteriores al otorgamiento, ni a los posteriores, si bien esta apreciación ha de ser matizada, afirmando la utilidad de su valoración —como no podía ser menos, pues son datos que, efectivamente, pueden servir para intentar conocer cuál era el estado mental del testa-

dor—, pero sólo como un elemento más a considerar en el marco de los elementos probatorios.

El Fundamento de Derecho Tercero de esta sentencia aborda una cuestión, problemática, referida a la resolución del conflicto que se produce cuando los facultativos estiman con capacidad mental al testador, pero el Notario no lo considera así a su juicio: «El segundo y último motivo casacional discurre por el cauce del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusando la infracción de los artículos 662, 663, 664 y 666 del Código Civil, así como la doctrina jurisprudencial de esta Sala. Pero, en verdad, que ninguno de estos preceptos, ni los criterios atinentes a su recta interpretación judicial han sido vulnerados, ya que los Juzgadores de instancia han tenido muy en cuenta la presunción de capacidad del testador, siempre destacada por la jurisprudencia (sentencia de 30-4-1920), aunque con valor *iuris tantum* (sentencias de 8-5-1922, 25-10-1928 y 23-3-1944), que admite, por propia definición, pese a su rango de fuerte presunción, que se destruya por pruebas, cumplidas y convincentes, demostrativas de que en el acto de otorgar testamento el testador no se hallaba en su cabal juicio, pues la declaración que en este sentido revisorio hagan los Tribunales no pugna con el juicio equivocado que de buena fe pudieron formar el Notario y los testigos sobre la dicha capacidad en el acto del otorgamiento (sentencia de 16-2-1945); conforme, además, resulta, según destacó la sentencia de 25-3-1940, de la misma dicción del Código, que, en su segunda edición, sustituyó la expresión «deberán asegurarse», que no exige una aseveración de capacidad con absoluta certeza. La evidente y completa prueba en contrario a que alude la sentencia de esta Sala, de 26-9-1988, resulta tanto más patente, en este caso, cuanto que a diferencia de otras muchas, la enfermedad de Creutzfeldt-Jacob que padeció el testador, como consecuencia de su origen virásico, que degeneró en una encefalitis espongiiforme, permitió su análisis, también, con los resultados de la necropsia, por lo que las características de su incubación y desarrollo posterior, de acuerdo con los criterios científicos, establecen la certeza de la incapacidad que se acogió por la sentencia recurrida. Por tanto, el segundo motivo decae».

A la vista de esta sentencia, parece evidente concluir que el Notario, en efecto, puede hacer un juicio sobre la capacidad del testador. Pero ese juicio que haga no es, naturalmente, irrefutable. Como ya he expuesto anteriormente, no deben ser equiparables o, en otras palabras, no debe tener el mismo valor probatorio la apreciación que haga el Notario de la capacidad mental de testador, que, al fin y al cabo, será siempre un juicio subjetivo, que la valoración que establezca un perito psiquiatra o psicólogo.

La Jurisprudencia española, asimismo, ha negado la capacidad testamentaria de aquellas personas que padecen oligofrenia. La oligofrenia es una enfermedad psíquica cuya característica principal es el infantilismo psíquico,

acompañado, a menudo, de un retraso en las funciones intelectuales. Con este calificativo de «oligofrenia» o «debilidad mental» se designa el estado consecutivo a un desarrollo insuficiente de las funciones psíquicas, principalmente denotable o visible en su aspecto intelectual. Como ya, en otra ocasión, expuse, le falta al débil mental la disposición intelectual necesaria para comprender los problemas que le plantea la vida social, para crear los hábitos de adaptación convenientes y para criticar, de acuerdo con los resultados de su experiencia personal, el valor de los mismos. Si lo decimos de un modo más preciso, al débil mental le falta la inteligencia en sus tres modalidades: de comprensión, de creación y de crítica, que se requieren para poder autoconducirse en nuestra sociedad (14). El concepto de oligofrenia o debilidad mental es puramente cuantitativo y, además, de cierta relatividad, impuesta por los variables estándares sociales que han de servir, al fin y al cabo, para definir esta enfermedad. Según cual sea el nivel intelectual medio del grupo humano que se utilice como referencia, puede ocurrir que un mismo sujeto aparezca en él como débil mental o no.

Una sentencia, ya algo remota en el tiempo, de 8 de marzo de 1972, declaró la nulidad de testamento otorgado por testadora que padecía oligofrenia en grado segundo —grado medio—, afirmando, en sus Considerandos que «también debe rechazarse el segundo motivo del recurso esgrimido bajo la rúbrica del número 1 del mencionado artículo 1.692 (LEC), porque la circunstancia de que en el testamento litigioso se hayan observado o no los requisitos formales exigidos para su validez por el artículo 665 del Código Civil, no se opone a la posibilidad de que la Sala sentenciadora lo declare nulo como consecuencia de la estimación de incapacidad legal de su otorgamiento, por constituir los problemas relativos al estado mental de éstos en el momento de otorgar sus disposiciones de última voluntad, meras cuestiones de hecho sometidas a su libre apreciación y como tales censurables en casación únicamente por la vía del número 7 del artículo 1.692 (...), aun cuando el resultado a que lleguen sea contrario al informe facultativo emitido a efectos del artículo 665 y a lo que el fedatario haya hecho constar sobre la materia, cumpliendo lo que previenen los artículos 685 y 695, por no tener que ajustarse los órganos judiciales a aquellos dictámenes, según lo dispuesto en los artículos 1.243 del indicado Código y 632 de la Ley Rituaria (...), ni a las aseveraciones de los segundos que pueden destruirse por medio de una prueba en contrario (...), por lo que al declararse por la resolución impugnada, a la vista de los diversos elementos de prueba aportados al juicio, que la otorgante del testamento, cuya nulidad se postula, padeció con varios años de antelación a su comparecencia ante el Notario, de oligofrenia en grado segun-

(14) ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, *El análisis psicológico del testigo en el proceso penal*, Ediciones Serlipost, Barcelona, 1991.

do, con facultades mentales inferiores a las de una niña de cuatro años, cuya enfermedad, por su carácter permanente e irreversible, no permita se produzcan intervalos de lucidez y al declararse nula dicha disposición testamentaria por el Tribunal *a quo*, no incurrió éste en las infracciones denunciadas en el motivo que por consecuencia carece de viabilidad».

Se estima, en esta última sentencia citada, que los oligofrénicos no pueden testar, ya que se considera, incluso, que en la oligofrenia no hay intervalos lúcidos, ya que es una enfermedad que no admite fluctuaciones, sino que, por el contrario, tiene un carácter de permanencia.

Hay que plantear otros supuestos que, en la práctica, suelen presentarse, como, por ejemplo, el de la persona que padece una paranoia y que, sin embargo, hace testamento. ¿Es válida esa disposición de última voluntad o hay que reputarla, siempre y en todo caso, nula?

Aquí, hay que distinguir entre paranoia en grado profundo y paranoia que admite ciertas gradaciones más leves. Ante todo, hay que definir la paranoia como una enfermedad mental de carácter grave y progresivo, que se caracteriza, al comienzo, por la aparición de una idea fija, de carácter delirante y obsesivo; más adelante, en un estado ya más avanzado de la enfermedad, el sujeto afectado se ve inmerso en un sistema, complejo, de ideas delirantes que le atormentan y que, en ocasiones, le empujan al suicidio.

En la actualidad, gracias a los avances de la Ciencia y, en concreto, de la Medicina Psiquiátrica, se considera que la paranoia está asociada a un proceso esquizofrénico, con características ligeramente diferenciadas: es la demencia paranoide o esquizofrenia paranoide.

Hay que resaltar, no obstante, que el delirio que sufren las personas paranoicas suele estar bastante bien circunscrito, girando en torno a una idea fija.

Hay que resaltar que la etimología de la palabra «paranoide» es poco afortunada, pues, en realidad, podría aplicarse a casi todas las formas psicopáticas. Así, los síndromes delirantes no son exclusivos, ni siquiera característicos de las personalidades paranoicas. Lo que, desde luego, define a estos sujetos es, de un lado, la facilidad con que utilizan la función de autojustificación y, de otra, la energía con que siempre tratan de imponer a otras personas los resultados o conclusiones a que llegan en su desviado modo de razonar y de pensar.

En definitiva, tras estas apreciaciones sobre la paranoia, hay que concluir afirmando que el testamento hecho por una persona afectada de esta enfermedad mental no debería, en principio, ser considerado válido, porque la capacidad de entender y de querer se encuentran gravemente afectadas.

Otro supuesto que, con frecuencia, suele plantearse en la práctica es el del testamento otorgado por persona que padece esquizofrenia.

Ante todo, hay que decir que la esquizofrenia es una enfermedad que consiste en una profunda disociación, perdiendo el enfermo todo contacto

vital con la realidad. Este proceso mental tiene, con cierta frecuencia, etapas que pueden dar la ilusión de una mejoría o bien ocultar casi completamente, o incluso de manera absoluta, la enfermedad, por lo cual es fácil comprender los riesgos que estos enfermos comportan a la hora de la testamentifacción.

Lo característico de los tipos esquizoides es, precisamente, la perpetua contradicción de su conducta, que escapa a toda previsión lógica y resulta, de hecho, psicológicamente incomprensible. El tipo esquizoide se caracteriza por su caprichosidad, originalidad, brusquedad y falta de coherencia externa. Uno de los elementos esenciales de este tipo de personalidad es su introversión, su tendencia al «autismo», a la vida irreal subjetiva, imaginativa, completamente libre de la censura impuesta por los valores de la sociedad en la que vive.

Las formas avanzadas de esquizofrenia —las estereotipias y actitudes catatónicas— denuncian claramente la enfermedad, por lo que cualquier fedatario, aunque no esté avezado en estas cuestiones, puede distinguir, con bastante claridad, cuando tiene ante sí a un sujeto afectado por esta enfermedad y que pretenda hacer testamento. Sin embargo, son prodrómicas, es decir, las formas menos avanzadas de la enfermedad, las más peligrosas, porque consiguen disimular el proceso mental anómalo consiguiente. A ello hay que añadir que estos enfermos pueden dar la ilusión de mejoría o bien ocultar por completo su enfermedad. En estos casos, sólo un perito médico podrá llegar a comprender el estado mental de estos sujetos, pero nunca —o casi nunca— un Notario, que, al fin y al cabo, es lego en temas y cuestiones médico-psiquiátricas.

A mi juicio, una persona afectada de esquizofrenia no es capaz de realizar un testamento válido.

En algunos supuestos, la Jurisprudencia ha negado la capacidad de testamentifacción a personas de edad muy avanzada y que padecen una arterioesclerosis en grado profundo, de tal modo que esta enfermedad era susceptible de disminuir o alterar gravemente la capacidad mental. Veamos, en este sentido, una sentencia dictada por el Supremo, de 27 de junio de 1977, cuyo Fundamento de Derecho Primero declaró que «es doctrina reiterada de esta Sala, la de que la estimación de la capacidad, al momento de otorgar testamento, es puramente una circunstancia deducida de los que son supuestos de hecho, y aunque se presume por regla general, aún avalada por la declaración del Notario autorizante y corroborada por los testigos intervinientes, dicha presunción, que lo es «puede ser abatida por la prueba en contrario, por lo que ha de alcanzar extrema importancia en la resolución del recurso, el que el Juzgador declare como probado, de la apreciación conjunta de la prueba practicada y, muy especialmente, según expresión literal de la sentencia, de los dictámenes periciales, el que la testadora, de setenta y nueve años de edad, venía sufriendo desde tiempo anterior una arterioesclerosis avanzada que disminuía su capacidad mental, siendo internada el día 6 de diciembre de

1972 en una clínica al haberle sobrevenido una trombosis cerebral progresiva e irreversible, de la que falleció veinte días después, mostrándose durante ese período de internamiento somnolienta, obnubilada y en tal estado de sopor que hacía imposible la exploración de su sensibilidad, porque en su estado psíquico carecía de capacidad para responder, sin admisibilidad de intervalos lúcidos; de lo que forma el Juzgador de instancia la convicción de que en el momento en el que otorgó el testamento —7 de diciembre de 1972—, cuya nulidad se pretende, la testadora no se hallaba en su cabal juicio, sino privada totalmente de las precisas facultades de inteligencia y voluntad, aunque pudiera hacer algún gesto, pronunciar alguna palabra e incluso trazar maquinalmente, en tal estado, su propia firma, dando lugar, en consecuencia, a la acción de nulidad ejercitada».

En este supuesto, a mi juicio interesantísimo, la falta de capacidad de la testadora era evidente. Había que tener en cuenta, no ya sólo su edad avanzada, pues la ancianidad no es obstáculo para realizar un testamento válido, siempre que se conserven incólumes las facultades mentales, sino la enfermedad que padecía la testadora, una arterioesclerosis avanzada que, lógicamente, alteraba de manera grave su capacidad mental. Además, hay un dato curioso en esta sentencia, que viene referido al hecho de que uno de los testigos instrumentales no conocía a la testadora con anterioridad y, sin embargo, a pesar de esta circunstancia, se dio cuenta de su falta de capacidad, apreciando este hecho con toda evidencia. El Tribunal Supremo, como no podía ser menos, declaró la nulidad del testamento otorgado.

La Jurisprudencia ha negado, asimismo, capacidad testamentaria a aquellas personas que padecen una demencia arterioesclerótica, de evolución crónica, irreversible e incapacitante, enfermedad degenerativa y progresiva de nulas posibilidades de recuperación. En el supuesto concreto, resuelto por sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de septiembre de 1998, la testadora había otorgado testamento en el «Instituto de Investigaciones Neuropsiquiátricas doctor López Ibor, S. A.», ante el Notario de Madrid, don Francisco Lucas Fernández. En sus Fundamentos de Derecho, la sentencia señaló que «los recurrentes (demandados en el pleito) plantean en el primer motivo infracción de los artículos 662 y 663, en relación al 1.243 del Código Civil, 632 de la LEC y doctrina jurisprudencial, para combatir la sentencia de apelación que decretó nulo el testamento abierto, otorgado por doña Salomé P. P. el día 14 de marzo de 1980, en el “Instituto de Investigaciones Neuropsiquiátricas López Ibor”, ante el Notario de Madrid don Francisco L. F., por incapacidad mental de la referida testadora y cuya nulidad instó la actora, doña Joaquina P. M., en su condición parental de sobrina de dicha otorgante».

«Conviene hacer constar que la cuestión tiene relación originaria y derivada de la sucesión hereditaria del patrimonio de don Benjamín P., pintor de notoria fama universal, cuyo prestigio artístico reconocido suficientemente no

se puede poner en duda, el que, mediante testamento ológrafo de 20 de marzo de 1972 —protocolizado el 4 de julio de 1980— instituyó herederas universales a sus dos hermanas, la mencionada doña Salomé P. P. y doña Remedios P. P. (premuerta). También ha de advertirse que la normativa aplicable es la anterior a la reforma operada por Ley de 20 de diciembre de 1991».

«El motivo está dedicado a combatir la valoración que el Tribunal de Instancia llevó a cabo de la prueba pericial médica, que le permitió alcanzar, junto a otras probanzas, la conclusión de que en el momento de otorgar su testamento doña Salomé P. P. no reunía las condiciones psicológicas y mentales que la capacidad de testar exige, por estar afectada de constatada enfermedad de demencia arterioesclerótica consecutiva, de evolución crónica, irreversible e incapacitante, prácticamente incurable.

»El artículo 663 del Código Civil emplea la expresión cabal juicio, y el 664 la explica al referirse a la enajenación mental y si bien aquélla no puede resultar técnicamente muy afortunada, sí resulta lo suficiente expresiva en cuanto autoriza una amplitud interpretativa para abarcar a todas las personas incapaces de gobernarse por sí mismas (art. 200 del Código Civil).

»El precepto se ha de aplicar no sólo a quien por resolución judicial ha sido declarado incapaz (sentencia de 22 de junio de 1992), sino también a los afectados de una incapacidad de hecho suficientemente demostrada, que es el caso de autos, ya que doña Salomé P. P. fue declarada incapaz a medio de Auto de 9 de julio de 1981 —posterior a la fecha del otorgamiento de su disposición de última voluntad—, pero la proximidad temporal también es significativa, en cuanto a que la anomalía mental ya existía, pues cuando se incoa el procedimiento judicial, evidentemente se parte de la concurrencia de un presencial y exteriorizado estado anómalo mental y no se ha de esperar a que durante el iter del proceso aquél tenga que manifestarse necesariamente».

«La decisión judicial que declara y confirma la situación de incapacidad juega a efectos de la ineficacia de la presunción de capacidad para testar del artículo 662 —*favor testamenti*—, que cabe ser destruido por medio de prueba inequívoca, cumplida y convincente en contrario (...); prueba que es de cargo, en cuanto excepción, de la parte que sostiene la incapacidad mental del testador en el momento del otorgamiento de su última voluntad (...) Dicha prueba se ha practicado y el Tribunal de Instancia la valoró en sentido positivo, para lo que no sólo atendió a la pericial médica que se cuestiona y actuó sobre la historia clínica y datos médicos obrantes de doña Salomé P. —ya que falleció el 17 de noviembre de 1984—, sino también a actos anteriores, coetáneos y posteriores de dicha causante, próximos temporalmente a la fecha de otorgar su voluntad sucesoria, suficiente y detalladamente estudiados, con destacada atención, en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia en recurso».

El Fundamento de Derecho Segundo de esta interesante sentencia señaló que la testadora no se encontraba en un intervalo lúcido cuando hizo testa-

mento: «Se aporta infringido (motivo segundo) el artículo 666 del Código Civil, en cuanto se argumenta que el Tribunal de Apelación tuvo en cuenta, a efectos de apreciar la capacidad de la testadora, actos anteriores y posteriores, que se relatan en el fundamento de derecho quinto de la sentencia.

»La decisión de los juzgadores de instancia no se basó exclusivamente en la concurrencia de estas circunstancias, ya que, al conformar hechos demostrados, los analizó y sometió a proceso valorativo por ser material probatorio obrante en el pleito y que debía de tenerse en cuenta, así como la declaración judicial posterior de incapacidad, ya que actúan corroborando la prueba pericial, que fue debidamente estudiada y atendida, la que resulta trascendental en estos casos, cuando se trata de precisar el estado mental de las personas naturales, pues los trastornos de este tipo no suelen surgir de un modo súbito, ya que lo más frecuente es que responden a un proceso degenerativo que se desarrolla y acrecienta con el transcurrir del tiempo.

»El precepto citado no ha sido infringido. No se trata precisamente de un testamento otorgado en un intervalo lúcido, que ha de reunir los requisitos del artículo 665 del Código Civil. El hecho de que en el abierto que dictó doña Salomé P. hubieran intervenido como testigos tres médicos del centro sanatorial en el que estaba internada y donde se redactó la disposición, no supone por ello blindaje del acto notarial que haga inatacable la conclusión de que gozaba en dicho momento histórico de la capacidad mental suficiente para otorgar un testamento complejo, como el que es objeto del proceso, pues dichos facultativos sólo actúan como testigos instrumentales idóneos, dentro de las competencias y deberes que la ley les impone y nada más (arts. 694, 695, 696, 697 y 698 del Código Civil).

La exigencia del referido artículo 666, a efectos de apreciar la incapacidad de la testadora, impone atender a su estado en el momento mismo de redactarse el testamento, lo que conforma cuestión de hecho que incumbe a la Sala sentenciadora, que en este caso no lo apreció (...), toda vez que concurre prueba bastante para mantener con la seguridad suficiente que la referida causante no recuperó la capacidad necesaria para otorgar el testamento de referencia, que, en cierto modo se presentaría como súbita, y hasta sorprendente e inesperada, al estar afectada de una grave enfermedad degenerativa y progresiva, de casi nulas posibilidades de recuperación.

»El motivo no procede. Se hace supuesto de la cuestión en cuanto valora la prueba pericial, en la pretensión de sustituir el criterio imparcial de los juzgadores por el decididamente interesado de los recurrentes. No ha de olvidarse que el ingreso en la clínica fue precisamente debido al estado mental deteriorado de doña Salomé P. A su vez, la sentencia no hace declaración alguna respecto a la retroactividad de la resolución judicial que decretó su incapacidad, que no resulta preciso cuando se trata de una incapacidad de hecho mantenida hasta su fallecimiento como es el caso de autos».

Es evidente, a mi juicio, que la enfermedad incapacitante que la testadora padecía, demencia arterioesclerótica, invalida a los efectos de realizar una disposición de última voluntad. Tengamos en cuenta, hay que insistir en este extremo, que el testamento es un acto personalísimo, trascendental, en el que hay que exigir el pleno disfrute de las facultades intelectivas y volitivas. Sólo con estas exigencias se podrá afirmar que, en efecto, el testamento responde, íntegramente y de manera plena, a la voluntad del testador o testadora.

No admitió esta sentencia tampoco la posibilidad de intervalos lúcidos en esta enfermedad incapacitante, lo cual es lógico habida cuenta del hecho de que la demencia arterioesclerótica tiene un carácter progresivo, es decir, va a más, a peor, pero nunca a la mejoría de los síntomas y, de ningún modo, a la remisión, sea total o parcial, de éstos.

El Fundamento Jurídico Tercero de esta sentencia se refirió a la denuncia de infracción del artículo 685 del Código Civil, en relación con los artículos 662 y 663 del citado *corpus* legal, tomando como fundamento que ese precepto afirma que dos de los testigos instrumentales y el Notario autorizante «procurarán» asegurarse que el testador tiene, a su juicio, la capacidad necesaria para testar: «Se ataca la sentencia que se recurre con el argumento de que infringió el precepto civil aportado, al invalidar la valoración del grado de capacidad de la testadora que efectuó el Notario autorizante y los testigos presenciales, dado que en éstos —doctores L. I., H. y C.— eran destacados expertos psiquiatras y poseían conocimientos necesarios para enjuiciar la capacidad de doña Salomé P. a efectos de realizar el acto de disposición de última voluntad. Esta Sala no cuestiona ni pone en duda, tanto la honorabilidad y competencia profesional del Notario como la científica de los peritos mencionados.

Sin embargo, lo que se deja dicho no resulta suficiente ni hace por sí inatacable el testamento que se discute en el pleito. La capacidad para testar equivale a capacidad o aptitud natural y según la jurisprudencia reiterada se presume asiste a todo testador. Cuando se requiere la presencia del Notario para otorgar testamento, el fedatario se encuentra en un primer momento —es al que se refiere el citado art. 685— que le impone una extremada atención, consecuente al contacto directo y personal con el otorgante, en cuanto que tiene que determinar su capacidad de obrar en relación al acto jurídico que pretende llevar a cabo, por lo que ha de hacer una calificación que suele ser inmediata respecto a su idoneidad para poder testar.

«El texto legal utiliza el vocablo procurar, que equivale a intentar, tratar o hacer esfuerzo de atención y diligencia, que no exige una aseveración de capacidad con absoluta certeza ni intervención facultativa (...)

»La reforma operada por Ley de 20 de diciembre de 1991 llevó a cabo un cambio semántico, que no es ninguna innovación, ya que se volvió a la primera edición del Código Civil, en cuanto establece que el Notario deberá

asegurarse de la capacidad, lo que resulta más imperativo, pues ya le obliga y compromete, adquiriendo mayor preponderancia, toda vez que ha de emitir un juicio jurídico y controlar debidamente las condiciones que presenta el testador, y que necesariamente ha de relacionar con la mayor o menor complejidad del testamento que pretende hacer, a efectos de que este acto jurídico esté asistido de la legalidad correspondiente, que lo instaure como plenamente eficaz y válido. El juicio del Notario es exclusivamente propio y personal, pues no se apoya en la colaboración del especialista, como ocurre en el supuesto del artículo 665, que la sentencia recurrida descarta terminantemente corresponda al caso que nos ocupa.

»Transcurrido este primer momento, que puede revestir impresión personal y actúa a modo prologal y, decidida la redacción del documento testamentario, es cuando el fedatario hace constatación de la capacidad del testador en dicha escritura, como actuación profesional exclusiva, que no supone que dé fe de un acto que concluye, sino más bien que expresa su apreciación subjetiva acerca de las condiciones del otorgante para disponer, que hará siempre constar el Notario que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria, en la que va implícita la capacidad natural y, de esta manera, la actuación notarial reviste plenitud en el enjuiciamiento de la capacidad del testador, pues el juicio de capacidad se le impone y no puede ser eludido.

»Ha de tenerse en cuenta que en materia de testamentos, especialmente la actividad del Notario no limita su función a la redacción de la última voluntad del testador, sino que el deber profesional y mas aun el respeto y acomodo a la legalidad, le impone los asesoramientos precisos, que se han de desarrollar siempre dentro del ámbito de la libertad decisoria del testador, porque la voluntad inicial de éste puede resultar errónea, incompleta o equivocada, contraria a la ley, con lo que la función notarial cumple sentido encauzando estas situaciones, pero nunca cabe suplirla y menos sustituirla, por ser actividades distintas de las de asesorar o más bien poner en camino de ajuste a la ley, lo que resulta efectivo ante la redacción de disposiciones testamentarias que presenten complejidad. En el caso que nos ocupa, tal complejidad la permite las circunstancias personales que concurrían en doña Salomé P. en razón al deficiente estado y perturbación mental que la afectaba, por lo que precisaba, como se deja dicho, no sólo una capacidad natural media, sino más que suficiente y equilibrada, ya que en su testamento no sólo designa como sucesor de todos sus bienes a la entidad que denomina “Fundación Benjamín Palencia” —que no estaba constituida por entonces—, sino que resulta cuidadosa, lo que supone una también intensa atención mental, toda vez que adopta precisas medidas respecto a las finalidades culturales y objeto que detalla de la entidad, designa nominalmente a las personas encargadas de su creación —don Antonio G. D. C. y don Ramón B. A.—, a los que instruye

sobre su voluntad en tal sentido y al tiempo los nombra albaceas testamentarios, contadores partidores y administradores de su herencia.

»El juicio notarial de la capacidad de testamentifacción, si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dado el prestigio y confianza social que merecen en general los Notarios, no conforma presunción *iuris et de iure*, sino *iuris tantum*, que cabe destruir mediante prueba en contrario, que los Tribunales deben declarar cumplida y suficiente para decidir la incapacidad de quien testa y en el momento histórico de llevar a cabo tal acto, lo que conforma reiteradísima doctrina jurisprudencial (...), y de acuerdo a la misma, el Tribunal de Apelación estableció como hecho probado, tras la valoración conjunta del material probatorio del pleito, la incapacidad discutida de doña Salomé P. y tal valoración probatoria, que combaten los motivos estudiados, ha de ser respetada, pues no se acreditó que fuera incorrecta, con lo que es obligado asumir y coincidir con la decisión de los juzgadores de la instancia, ya que su actividad es revisoria al haberse planteado contienda judicial y no pugna con el juicio de capacidad a cargo del Notario y testigos presenciales en cuanto se les supone actuantes de buena fe, pero que el proceso, con sus garantías de dualidad y contradicción procesal, pone de manifiesto que se trata de un juicio equivocado, que acarrea la nulidad de la disposición testamentaria otorgada».

Se planteó en esta interesante sentencia la cuestión, sin duda polémica y controvertida, del juicio de capacidad que el Notario autorizante del testamento de doña Salomé P. había realizado, considerando que el fedatario creyó, de buena fe, que efectivamente esta señora tenía la capacidad mental suficiente para otorgar una disposición testamentaria.

Quedó probado, en efecto, que la testadora padecía una grave enfermedad arterioesclerótica, de carácter irreversible, altamente incapacitante y de evolución degenerativa. Tanto el Notario autorizante del testamento de esta señora, como los médicos, de reconocido prestigio profesional, del Centro Sanatorial en el que estaba internada, coincidieron en afirmar que la testadora se hallaba en su cabal juicio y que, por tanto, podía testar válidamente.

Sabemos que el juicio de capacidad que haga el fedatario puede estar sujeto a múltiples errores. Ya ha quedado expuesto, en páginas atrás, cómo el Notario no es un experto en Medicina y, por tanto, no tiene por qué conocer de una forma irrefutable que una persona se encuentre o no en su cabal juicio. Estimo que ese «cabal juicio» al que se refiere nuestro Código Civil es bastante complejo de dictaminar para aquellas personas legas en Medicina y, en concreto, en Psiquiatría o en Psicología.

Extraña es, sin embargo, la situación que plantearon los médicos que actuaron como testigos. Estos médicos eran facultativos que, sin duda, conocían, a la testadora, pues ejercían su profesión en el Centro Sanatorial en el que ésta estaba internada. Y, no obstante, dictaminaron que la testadora se encon-

traba en su «cabal juicio». La única explicación posible a este hecho, desde mi punto de vista, estriba en que estos facultativos estimaran que la testadora se hallaba en un intervalo lúcido, cosa, en cualquier caso, poco probable si tenemos en cuenta la enfermedad que padecía, pero posible en todo caso.

Hay que resaltar que, cuando el juicio de capacidad del Notario autorizante es coincidente con el emitido por los facultativos, la presunción *iuris tantum* de capacidad del testador y, por ende, de la validez de su testamento, alcanza el rango de fuerte presunción, tal como indicó una antigua sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1945: «Que, si bien la afirmación de la capacidad en el testador que en cumplimiento del artículo 685 del Código Civil hace el Notario que autoriza el testamento, alcanza el rango de fuerte presunción *iuris tantum*, con mayor motivo si es coincidente con el informe de los facultativos a quienes haya dado intervención en el otorgamiento —momento al cual ha de referirse el requisito de la capacidad— la expresada aseveración puede ser destruida por ulteriores pruebas —cumplidas y convincentes— demostrativas de que en aquel acto el testador no se hallaba en su cabal juicio (...)

«Que en el caso de este recurso resulta que el Tribunal de la Audiencia examina en su sentencia todos los dictámenes periciales emitidos sobre la capacidad de doña María L., a partir del año 1932, la prueba de confesión en juicio practicada en el pleito, la documental y la de testigos, muy especialmente en cuanto a esta última la declaración de un Notario ante quien pretendió testar aquélla en fecha próxima a la del testamento en litigio, y después de ponderar todos estos elementos probatorios, los aprecia en conjunto y deduce de modo inequívoco y concluyente que la repetida testadora padecía una lesión cerebral determinante de incapacidad mental, de carácter permanente, y que, por ello, en el momento de testar no tenía la capacidad legal necesaria para el acto».

Estimo que las personas que padecen la enfermedad de Alzheimer no pueden hacer testamento válido. Veamos, en este sentido, una interesantísima sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra, el 7 de junio de 1999: Por el Juzgado de Primera Instancia de Pamplona/Iruña se dictó sentencia en que se estimaba en parte la demanda interpuesta por la representación procesal de don Jesús María E. F. H. frente a doña María Lucía E. F. H. y don José Pablo E. F. H., declarando nulo el testamento de hermandad otorgado por don Pedro E. G. y doña Arcadia F. H., en fecha 18 de julio de 1996.

Contra la indicada sentencia, se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte demandada personada. Por la parte apelante se solicitó que, con estimación de su recurso, se desestimara la demanda, revocándose a tal fin la sentencia dictada, y se absolviera de aquella a su defendida, dejándose sin efecto la declaración de nulidad realizada del testamento

de hermandad otorgado por los causantes de los hermanos litigantes, ya que entendía que no se había valorado correctamente la prueba practicada en autos, pues se había dado excesivo valor a la pericial del doctor M., que era de referencia, basada en otros informes médicos anteriores sobre la capacidad mental del padre, debiendo prevalecer la presunción de certeza de la calificación de esa capacidad, en el momento del otorgamiento, del Notario autorizante y de los testigos presentes, así como la del médico de cabecera, doctor G., que expresó que la enfermedad de Alzheimer en el testador surgió seis meses más tarde del testamento, cuando falleció su esposa.

El Fundamento de Derecho Primero de esta sentencia refiere que el testador había sido diagnosticado por el doctor L., del Servicio de Neurología, del Centro de Consultas «Príncipe de Viana», teniendo ochenta y siete años, el 19 de septiembre de 1994, de «deterioro cognitivo compatible con afectación degenerativa cortical primaria (enfermedad de Alzheimer)», basado este diagnóstico en un TAC cerebral, según el cual padecía «atrofia córtico-subcortical difusa de grado moderado-severo con infartos corticales o lagunas»; Leukoariosis grado II, y un electroencefalograma de «trazado irregular mal diferenciado, con lentificación difusa». Según el estudio neuropsicológico entonces realizado, se le apreciaba una «marcada desorientación temporal espacial; alteración de atención, concentración, cálculo, memoria retentiva y recuerdo diferido, parafasias nominales, pobre fluencia verbal, alteración en secuencias motoras, alteración razonamiento-abstracción, apraxia y agnosia», siéndole recetado un comprimido de «Brainal» en desayuno y otro en comida, y ordenándole una revisión médica a los cinco meses.

La esposa falleció el 21 de enero de 1997, desde cuyo momento el doctor G., médico de cabecera, le apreció una sensible pérdida de facultades, y falleciendo en esta ciudad el 2 de agosto siguiente. El último informe médico del Servicio de Geriatría, del Hospital de Navarra, se le realizó con motivo de su ingreso, teniendo ochenta y nueve años, habiendo sido llevado al Centro y Servicio de Urgencias por «obnubilación y rechazo de la ingesta», y constatándose en el informe médico del doctor L. de aquel Servicio, entre sus «antecedentes personales», el haber sido «diagnosticado de enfermedad de Alzheimer hace tres años; requiere ayuda para todas las actividades básicas con incontinencia doble; frecuentes episodios de vagabundeo; atragantamientos fáciles sobre todo con líquidos; agitación nocturna; sigue tratamiento con “Noctamid” y “Meleril”, al parecer con poca eficacia».

El hijo del testador, don Jesús M.^a E. F. H., interpuso demanda de juicio declarativo frente a sus otros dos hermanos, solicitando se declare, por incapacidad mental para testar de su padre, la nulidad del testamento de hermandad de 18 de julio de 1996, dando validez al de igual clase de 10 de octubre de 1991, otorgado en Pamplona. El hermano don José Pablo se allanó a la demanda, pero no así la hermana doña María Lucía, que se opone a ella

y la contesta, pidiendo su rechazo y que se le absuelva de la misma, por entender que su padre se encontraba en buen estado de salud mental cuando otorgó el testamento, que es al momento al que hay que referir la misma, y así se emitió el juicio de capacidad por el Notario autorizante y fue apreciado por los testigos que comparecieron en el acto, entendiendo, en consecuencia, que el testamento era válido y así había de declararse.

El Juzgado dictó sentencia, con fecha 23 de junio de 1998, por la que se estimó, en su parte principal, la demanda y se declaró que el testamento impugnado era nulo, por falta de capacidad psíquica del otorgante, que derivaba del informe pericial único practicado en autos por un Psiquiatra de reconocido prestigio, que informaba, de acuerdo con los dictámenes procedentes de los médicos que atendieron al enfermo, por entender que el mismo padecía del síndrome de Alzheimer desde septiembre de 1994, lo que quedaba constatado, de manera fehaciente, por pruebas de diagnóstico objetivo, como el TAC y el EEG cerebrales, además de la confesión del demandado allanado, que convivió con su padre y que declaraba que «se encontraba mal», lo que, al entender de la sentencia, rompía la presunción de certeza del juicio de capacidad del Notario autorizante; y desestimaba la demanda en el resto, en cuanto se pedía que se declarara válido el testamento precedente del causante, lo que no procedía en este juicio, al no haberse valorado aquí el mismo.

La demandada opuesta interpuso recurso de apelación contra dicho Fallo, pidiendo que se revocara éste y se tuviera por válido el testamento impugnado en la demanda, ya que, frente al juicio de valoración de capacidad del Notario que lo había autorizado, que suponía una presunción de veracidad, la valoración al efecto practicada, a su juicio, no había sido suficientemente eficaz, ya que se basaba en una prueba pericial realizada con posterioridad y no había incidido directamente en el afectado, haciendo deducciones, que entendía equivocadas, de informes médicos anteriores, que eran, en cierto sentido, contradictorios, ya que el médico de cabecera que visitó más asiduamente al enfermo entendió, al ratificar, como testigo, su propio informe, que la verdadera recaída en el mal de Alzheimer del enfermo lo fue después de otorgado el testamento, al morir su esposa, cuando se le produjo un deterioro grave de su salud mental, que antes no tenía, a lo que había que unir la ratificación del Notario y su oficial en su juicio valorativo y en la realización por aquél de pruebas significativas para excluir la demencia.

El Fundamento Jurídico Segundo de esta sentencia centró la cuestión planteada, fundamentalmente, en el juicio valorativo efectuado por el hijo del testador que convivía con él y que había afirmado que su padre «se encontraba mal». En este sentido, declaró la Audiencia Provincial que «debe ser rechazado el recurso planteado, en su aspecto fundamental, y confirmarse en ello la sentencia dictada, pues limitado el recurso a la realización de una correcta valoración de la prueba sobre la capacidad mental del testador (...), debe dejarse aquí

por sentado que la apreciación al respecto del juzgador de primera instancia es la adecuada y se ajusta a los criterios legales sobre la misma, y ello de acuerdo con lo siguiente: a) Conforme a las Leyes 184-2 y 206 del Fuero Nuevo de Navarra, son nulos los testamentos, de cualquier clase que sean, otorgados sin cumplir los requisitos legales establecidos para ello, y los mismos no pueden ser otorgados por las personas que, al momento de tal acto, no se hallen en su cabal juicio (aunque pudieran ser válidos —arts. 663 y 666 del Código Civil— aquellos otorgados por personas dementes en intervalos lúcidos, problema que aquí no se plantea, pues se parte, por el que defiende la validez del otorgado, que la enfermedad de Alzheimer no estaba suficientemente implantada en el testador a tal momento); b) remitiéndose la Ley 193 del Fuero a los artículos 688 y siguientes del Código Civil, en relación con las formas de testar, y con la única salvedad de que el testamento abierto —como lo es el aquí discutido— hecho ante notario, requiere de la intervención de dos testigos (Ley 188-1.^a), será aquí aplicable el artículo 696 del Cuerpo Legal común, en cuanto establece la presunción de certeza de la fe del Notario autorizante, sobre que el testador tiene la capacidad legal correspondiente para otorgar testamento, presunción que debe valer aquí como punto de partida inicial, dado que el referido Notario también se ha ratificado en juicio, y asimismo lo han hecho los testigos instrumentales asistentes, explicando la forma en que, respecto a una persona de edad o con posibilidad de incapacidad, se aprecia no obstante que ésta no concurre, y para ello se le practican las preguntas correspondientes para poder obtener un juicio cierto en tal aspecto; c) no obstante, esta presunción de apreciación es *iuris tantum* y admite prueba en contrario, y al no asistir al acto los dos facultativos a que se refieren los artículos 665 y 698.2, por no existir declaración previa judicial de incapacidad general, ni específica relativa a la de testar (según redacción de la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, es claro que la prueba posterior correspondiente, para deducir la incapacidad mental, corresponde a quien la alega, pues, en caso de no darse la misma, o carecer la practicada de eficacia, debe estarse al juicio del notario; d) en el presente caso se da una prueba pericial al respecto, que sí goza de eficacia, en cuanto mantiene que el testador, al momento del otorgamiento de la voluntad testamentaria, carecía de capacidad cognoscitiva y volitiva suficiente para ello, y la misma se basa en el carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad padecida, y en estar implantada, al menos, dos años antes (septiembre de 1994) al del otorgamiento testamentario (18 de julio de 1996), y a que tal apreciación se basa en datos objetivos y fiables que aparecen en los informes médicos aportados entonces (TAC, EEG, exploración neuropsicológica de especialistas y datos externos de comportamiento); y e) además, la sentencia funda su decisión de incapacidad, enervante del criterio notarial opuesto, en la confesión del demandado allanado, hijo del testador, con el que convivía en la época, y que dice que su padre entonces estaba mal».

A la vista del Fundamento Jurídico Segundo de esta sentencia, se observa que el núcleo de la cuestión se centraba, efectivamente, en la posible incapacidad del testador en el momento de otorgamiento de su última voluntad. Era innegable que padecía la enfermedad de Alzheimer, pero no quedaba claramente determinado si, al momento de testar, ya sufría de esa enfermedad incapacitante o, por el contrario, dicha enfermedad se le presentó más tarde. Aquí radicaba el punto esencial de la cuestión debatida. No hay duda que, si una persona padece Alzheimer, está incapacitada para otorgar testamento válido, al ser ésta una enfermedad degenerativa y sin posibilidad de intervalos lúcidos. El problema central radica en determinar cuándo tiene lugar el inicio de esa enfermedad y, por ende, cuándo el testamento de esa persona afectada es nulo —o no lo es, porque aún conserve intactas sus facultades cognitivas y volitivas—.

En esta sentencia se puso de manifiesto que la confesión del hijo que vivía con el testador fue de una gran trascendencia, al afirmar que su padre «estaba mal», lo que, en realidad, quería decir que no se encontraba en un estado mental apto para realizar un acto de tanta trascendencia jurídica como lo es el testamento. Si el testador estaba ya afectado del mal de Alzheimer al momento de otorgar testamento, es evidente que dicha disposición testamentaria no podía admitirse como válida.

El Fundamento de Derecho Tercero de esta sentencia declaró que «en el recurso se combate, no obstante, tal apreciación, partiendo de ciertas pruebas contrarias, que deben aquí, no obstante, ser rechazadas, frente al argumento razonado de la sentencia dictada, basado en el informe psiquiátrico dicho, y ello de acuerdo con lo siguiente: A) la existencia de criterios, testificales, contrapuestos al efecto, no puede primar sobre el juicio profesional y documentado del perito; B) este informe es completo y plenamente aceptable, en cuanto parte de los diagnósticos existentes a partir de septiembre de 1994 (doctor L., del Servicio de Neurología, y doctor L., del de Geriátría, que lo ratifica, en enero de 1997), del carácter de la enfermedad, en cada momento descrita, y cuyo desarrollo progresivo también se estudia; C) dichos informes precedentes son taxativos al respecto y, en relación a ellos, como se ha dicho antes, se aportan datos objetivos y de reconocida solvencia; D) la prescripción, en 1994, de “Brainal” (pudo deberse a otras dolencias coronarias, o de otro tipo, que también padecía el enfermo), y que en el “Vademécum” se alerta sobre su no administración a enfermos de Alzheimer, en criterio médico actual, no es óbice a aquel resultado médico, dado que no se vuelve a prescribir, y no se conoce el momento de su retirada, y si ésta se debió a contraindicaciones posteriormente recomendadas por los órganos de sanidad, pues ello es habitual en específicos implantados sin conocerse aún todas sus posibles incompatibilidades; E) el informe del doctor G., médico de cabecera del enfermo, es rotundo también en el aportado con la demanda, pues remite

al mismo a los servicios especiales correspondientes, al observar sus comportamientos, y no contradice a los mismos, ni mucho menos, ni se sobrepone a ellos, y el matiz de su declaración ratificatoria, sobre la recaída más apreciable del paciente al fallecer su esposa, no merma la certeza de los otros juicios clínicos precedentes; y F) ante ello, pues, el criterio, valorativo de la capacidad del notario (el de los testigos instrumentales, no es de apreciación legal al respecto, aunque pudiera reunir, en algunos casos, de apoyatura a aquél), cede, como corresponde en el sistema de valoración judicial probatoria, dada la contundencia de los informes técnicos existentes y de su valor científico, tal como se han relatado».

Como creo que ha quedado detalladamente expuesto en páginas atrás, el juicio del Notario autorizante sobre la capacidad del testador ha de ceder en función de otros juicios valorativos y, en definitiva, en función de otros informes técnicos y científicos. En este sentido, los informes emitidos por facultativos suelen ser determinantes a la hora de valorar la capacidad o incapacidad, en su caso, del testador.

Hay supuestos en los que el Notario, ante la duda acerca de la capacidad mental del testador, formula una serie de «preguntas trampa» para, a la vista de las respuestas de éste, intentar deducir si sus facultades mentales son las requeridas para este tipo de actos. Así he podido consultarlo en una sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 17 de abril de 2001, resolviendo un supuesto en el que se solicitaba la declaración de nulidad de testamento de una señora que padecía problemas cognitivos de naturaleza irreversible, los cuales desembocaron en demencia senil con total mengua del nivel de conciencia y desintegración de su conducta personal, lo que la incapacitaba, desde el punto de vista intelectual, para discernir y actuar libremente, por lo que hubo de ser ingresada en varias ocasiones. El Fundamento Jurídico Primero de esta sentencia se refirió tanto a la prueba testifical como a la actuación del Notario y su empleado, declarando «...basa así el recurso en el propio historial clínico, así como en dicha testifical. En cuanto al primero, considera que el mismo contradice la sentencia, pues es revelador de un suficiente nivel cognoscitivo, existiendo una mejoría reflejada en el propio historial clínico en el período comprendido entre el 20-12-1996 y el 11-1-1997, en el que quedaba sólo un trastorno cognitivo residual que no anulaba las facultades mentales, lo que llevó al alta el día 12-1-1997. Sostiene que el ingreso de 18-1-1997 corresponde a un empeoramiento cognitivo, pero no mostrando signos neurológicos claros, y sólo un moderado grado de atrofia cerebral que ya aparecía antes; aconteciendo en las fechas del testamento y poder una mejoría que desvirtúa las pretensiones de irreversibilidad del mal padecido por la causante. Considera que hubo períodos lúcidos, y entre 24-1-1997 y 23-4-1997 se señala que la paciente había ido recuperando el nivel de conciencia, sufriendo afasia de expresión, pero no mental, sólo de vocalización. Consi-

dera esta parte que lo trascendente es el estado en que se hallaba en el momento de otorgar el testamento y el poder, lo cual está adverado por el Notario, por su empleado y por los dos testigos, quienes actuaron con cautela, pues el nivel cognitivo de la causante estaba tocado, o sufría problemas de conversación; explicando el Notario que mantuvo diálogo con la otorgante, y que se hizo el testamento en el domicilio de la causante por padecer problemas de movilidad física. Afirma que el Notario fue prudente pues llamó a dos testigos (...) y que incorporó preguntas trampa para apreciar la capacidad cognitiva de la causante, explicando el Notario que aquella sólo se manifestaba por signos negativos o afirmativos —no recuerda si con palabras o gestos—...».

«La defensa de la parte actora-apelada cuestiona la valoración de la prueba que realiza la parte apelante, y se remite al resultado de la prueba pericial obrante en autos, apoyada a su vez en la documental, de la que se deduce la falta de lucidez de la causante en el período en el que fueron otorgados el poder y el testamento, lo que a su vez se aprecia en la extremada situación de hecho en la que se emitió el testamento, descrita por el propio Notario autorizante, y que evidencia la incertidumbre sobre la capacidad de la causante. Solicita, por lo tanto, la confirmación de la sentencia y se opone al pretendido de contrario, no pronunciamiento en costas, pues considera la parte apelada que de los autos se deriva una clara intención de los demandados de aprovecharse de la situación de doña Margarita B., quien, una vez que otorgó el testamento y poder el 23-1-1997, al día siguiente, siquiera 24 horas después, fue ingresada en el Hospital y de allí se trasladó a la Residencia de Palmañola, desentendiéndose de ella».

Es ciertamente frecuente, en la práctica notarial, que, ante la duda o incertidumbre sobre la capacidad de la persona que desea otorgar testamento, acuda el fedatario a algunos recursos, como, por ejemplo, las denominadas «preguntas trampa», hechas, en este supuesto, a la testadora con el fin de averiguar si efectivamente estaba o no en su cabal juicio. Naturalmente, hay que resaltar que son muy limitados los recursos con los que el Notario, en realidad, cuenta para poder efectuar una valoración de la capacidad del testador. Lo más fiable, en todo caso, es acudir al dictamen de los facultativos, los cuales siempre tendrán mejores y más certeros elementos de juicio para llevar a cabo esa valoración. El propio fedatario, tras la emisión del dictamen facultativo, que dio por resultado que la testadora sufría una muy grave afectación cognitiva, evidenciada por el llamado Mimimental Test —MMS, TEST de FOLSTEIN—, concluyendo con una puntuación de 7, frente a la que es considerada como normal, ascendente a 30 puntos, declaró testificalmente que «la obtención de la voluntad del causante no fue mediante la emisión directa por parte de ésta de tal expresión de voluntad, sino que, como quiera que sólo podía expresarse mediante afirmaciones y negaciones —no recuerda

el Notario si de palabra o mediante gestos—, se le iban formulando distintas preguntas contradictorias hasta obtener su voluntad, preguntas entre las que se incluían preguntas trampa, dirigidas a conocer la verdadera voluntad de la causante».

«En consecuencia, la rotundidad de las afirmaciones contenidas en la prueba pericial médico-psiquiátrica, unidas al historial clínico de la paciente previo a la emisión del poder y del testamento, reflejan una grave situación de deterioro en la capacidad cognitiva y volitiva de doña Margarita B., que también fue en cierto modo sospechada por el Notario autorizante, como se evidencia por el hecho de que incorporara cautelas excepcionales en su intento de obtener la verdadera voluntad de la otorgante, tales como preguntas trampa, las cuales, sin embargo, considera el Tribunal que, a la luz del resultado de las pruebas practicadas en autos, especialmente la pericial y documental, no garantizaron con suficiencia la validez de los actos tachados de nulidad por vicios en el consentimiento, consistentes en el testamento otorgado por aquella (...)».

«Cabe asimismo referir, como complemento a las consideraciones probatorias ya alcanzadas, que tampoco tales actos —apoderamiento y testamento— presentan aparentemente acreditada justificación de hecho, y ello por no derivarse de la prueba practicada la existencia de una sólida relación de confianza ni de una especial proximidad sentimental entre la poderdante-causante y las apoderadas y herederos, lo que refuerza y confiere solidez y coherencia argumental a las anteriores conclusiones, ya que son usualmente tales circunstancias las que con arreglo al actuar humano vienen a justificar semejantes designaciones (...)».

Duce esta sentencia, como suele hacerse, que el contenido del testamento de una persona se revela como un indicio para valorar y apreciar la capacidad de ésta en el momento de otorgarlo.

SUPUESTOS EN LOS QUE LA JURISPRUDENCIA HA ADMITIDO LA CAPACIDAD TESTAMENTARIA

Hay supuestos, efectivamente, dudosos y que, desde mi punto de vista, es realmente complejo determinar si el testador se encontraba —o no— en su cabal juicio. Veamos algunos de estos supuestos controvertidos.

Una sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 1991, declaró que el trastorno paranoide, al que me he referido en páginas atrás, es un estado mental que admite determinados grados de discernimiento, haciendo una distinción entre actos relacionados con el gobierno de la persona incapaz y con sus bienes, admitiendo la posibilidad de otorgar testamento en los intervalos lúcidos, tal como dispone el artículo 665 del Código Civil: «El mérito del

proceso se centra en la declaración de incapacidad de la recurrente que fue acordada por el Juzgado de Primera Instancia, bajo régimen de curatela y confirmada por el Tribunal *a quo*. El primer motivo del recurso, articulado bajo el número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (redacción legal anterior), denuncia la infracción de los artículos 200, 210 y 289 del Código Civil y de la doctrina contenida, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 febrero de 1986. Supuesto que, como reconoce la parte, no es dable en este ámbito la revisión de las pruebas periciales psiquiátricas, ni por ello, una nueva valoración de las mismas, excluida del control casacional, por ser pruebas apreciadas conforme a las reglas de la sana crítica, mal pueden haberse infringido los preceptos citados ni la doctrina jurisprudencial que se invoca que, por el contrario, corroboran los aciertos de la decisión judicial. La citada sentencia que se refiere a las consecuencias de una enfermedad, con sustrato paranoico, tal como ocurre en el caso de autos, precisamente, sostiene, en relación con el artículo 20 del Código Civil, la duración permanente del padecimiento psíquico, con independencia de su mayor o menor intensidad periódica, esto es, de sus manifestaciones más o menos agudas en forma de brotes y, por ello, la necesidad de la declaración de incapacidad, sin perjuicio de determinar su extensión y límites, así como del régimen que para su protección haya de quedar sometido el incapacitado. Tampoco se observa en qué sentido puede haber vulnerado el artículo 211 del Código Civil. La sentencia impugnada al confirmar la de primera instancia que toma en consideración la imposibilidad de que la incapacitada reconozca su propia enfermedad, y con ello la necesidad de la adopción de medidas terapéuticas adecuadas en su beneficio, faculta al curador para que pida su internamiento “siempre claro está con autorización judicial” (art. 271.1.º del Código Civil); mas esta facultad no impide sino antes bien exige las garantías que en orden al internamiento representa el artículo 211 del Código Civil y, por ende, no se entiende la infracción alegada». En consecuencia, el motivo perece.

El Fundamento de Derecho Segundo de esta última sentencia se refiere a una problemática interesante: los trastornos depresivos: «Del mismo modo no puede prosperar el motivo segundo que aduce la infracción de los artículos 289 y 287 del Código Civil en relación con el alcance de la curatela, bajo igual ordinal que el anterior. El estado mental, en efecto, de la recurrida admite determinados grados de discernimiento, pues, como razona la sentencia de instancia, la enfermedad de origen depresivo con un desarrollo vivencial con ideación fija y grave ansiedad, calificada como trastorno paranoide, afecta a su capacidad sólo parcialmente, por lo que la Sala de alzada comparte el examen que hace el juzgador de la capacidad al estar distinguiendo entre actos relacionados con el gobierno de su persona y con sus bienes, en la manera que establece la sentencia».

Los trastornos depresivos, a mi juicio, deben analizarse en función de los grados de éstos, porque, efectivamente, hay supuestos en los que la persona está tan deprimida que es prácticamente imposible que pueda razonar con precisión. Son formas de tristeza, no larvadas, sino muy intensas, que, lógicamente, condicionan la capacidad del testador. Se le llama melancolía al estado de tristeza o depresión, de origen psicopatológico, no motivada por causa alguna exterior, que configura un estado de tristeza vaga, profunda, sosegada y permanente, que conduce al que lo padece a no disfrutar con ninguna cosa. Asimismo, se traduce en torpeza de las actividades psíquicas y puede llegar, en fases agudas, hasta la suspensión de éstas. Es una forma opuesta a la manía, a la que, más adelante me voy a referir, con la que puede incluso alternarse cíclicamente.

En los períodos de depresión avanzada o pronunciada, la persona está en un estado de inhibición psíquica, de indiferencia, de abulia, de ansiedad o de estupor, que le veda todo interés y toda atención por lo que le rodea y, desde mi punto de vista, le hace incapaz para la testamentifacción, pues llega a confinarse en un completo mutismo.

La melancolía suele manifestarse con una intensificación de la vida sentimental en total menoscabo de la vida intelectual. El individuo se restringe en la concentración de su personalidad y no se preocupa de nada que no sea extraño a su propio yo, dejándose vencer por una forma de abulia. Con frecuencia, tal como la Psiquiatría ha demostrado, la persona afectada ve alterada su percepción en alto grado. La ideación de la persona afectada es limitada, tal como ha puesto de relieve MONGERI (15).

En los últimos estadios de este trastorno suelen aparecer alucinaciones, al paso que, con anterioridad, son frecuentes las falsas interpretaciones de percepciones reales y las ilusiones.

¿Puede considerarse válido, tras estas consideraciones, el testamento de una persona afectada se trastorno depresivo o melancolía?

La Jurisprudencia parece que, por lo general, declara válido el testamento de estas personas, al estimar que su capacidad se ve afectada sólo parcialmente, pero, desde mi punto, estimo que cualquier médico avezado en estas cuestiones o cualquier Psiquiatra pondría en tela de juicio una disposición testamentaria efectuada en estas condiciones psíquicas tan penosas.

No obstante, será difícil que un Notario, no experto en estas cuestiones, se dé cuenta de que ante sí tiene a una persona afectada por este trastorno, lo cual, con toda evidencia, complica el panorama mucho más.

Parece oportuno detenerse ahora en analizar si la edad muy avanzada del testador puede ser tenida como causa de incapacidad para disponer libre y

(15) MONGERI, P., *Principii di sicopatologia forense*, Hoepli, Milán, 1907.

voluntariamente de sus bienes. Se trata del complejo tema de la capacidad testamentaria de los ancianos.

Sabido es que a la ancianidad se la puede considerar, en muchos aspectos, como una «segunda infancia». En esta etapa final de la vida, los sentidos se encuentran debilitados y las percepciones, en consecuencia, no son tan firmes como en la etapa anterior de la existencia. ¿Qué sucede cuando una persona muy anciana hace testamento?

En principio, cabe decir que el testamento realizado por una persona anciana es válido. Pero, en determinados supuestos, tal como he tenido ocasión de analizar, se ha puesto en duda la validez del mismo. Veamos, en este sentido, una sentencia del Supremo de 2 de junio de 1959: «La actora alega que la testadora fue declarada demente por auto judicial de fecha 11 de octubre de 1951, cuando la incapacitada contaba ya con ochenta y cinco años de edad, habiendo dictaminado los doctores que padecía reblandecimiento cerebral y parálisis progresiva; que posteriormente otorgó un testamento abierto, ante Notario, en el que se afirmaba que tenía la capacidad suficiente para otorgar testamento, cuando tal cosa, según los dictámenes médicos, era poco menos que imposible, por lo que se debía anular dicho testamento y considerar válido el ológrafo que había otorgado la testadora en el año 1948.

Los demandados mantienen la capacidad de la testadora aportando el dictamen médico que para otorgar testamento se dio, en el que se hace constar que el primer examen médico fue puramente subjetivo y no objetivo, pues la testadora, al ser declarada su incapacidad, no contestó a pregunta alguna.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la acción de nulidad ejercitada en el pleito, sin hacer expresa condena de costas.

Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial confirmó en principio la sentencia apelada, desestimando la acción de nulidad interpuesta por la actora sobre testamento abierto otorgado por la testadora ante Notario, declarando, por tanto, válido dicho testamento y absolviendo a los demandados de las demás pretensiones de la demanda; y desestimando parcialmente la reconvencción formulada por los demandados, declaró, con revocación en concepto extremo de la resolución apelada, sin efecto el testamento ológrafo otorgado por la testadora doña Francisca M. M., en fecha 16 de febrero de 1948, absolviendo a la actora de los demás extremos de la susodicha reconvencción; sin hacer expresa condena de costas en ambas instancias.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por un solo motivo que se recoge en el Considerando siguiente: «Que el recurso interpuesto en su motivo único al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, impugna la sentencia de la Audiencia de Palma de Mallorca, por la infracción que en ella se dice cometida, de los artículos 663, número segundo, 665 y 666 del Código Civil y de la doctrina legal de las sentencias de esta Sala, de 7 de junio de 1893, 1 de julio de 1901, 20 de

septiembre de 1911 y 23 de noviembre de 1919; y aun admitiendo la tesis del recurso y reconociendo, en su consecuencia, que, según la expresión que en el mismo se emplea, la presunción de capacidad ocasional establecida en el artículo 665 del Código Civil puede ser destruida por prueba en contrario, por no ser por su índole *iuris et de iure*, el Tribunal a quo afirma que esta presunción no ha sido desvirtuada en el pleito; y como en el único motivo del recurso no se aduce ningún elemento de prueba que enerve aquella presunción ni que demuestre de modo evidente como requiere el número séptimo del referido artículo 1.692, tratándose de una declaración de hecho, la equivocación del Juzgador de instancia, el recurso no puede prosperar».

La avanzada senectud, tal como parece deducirse de esta última sentencia analizada, no es motivo para declarar nulo un testamento. En este supuesto, la testadora tenía ochenta y cinco años de edad. Hay que reconocer que siempre que la persona que vaya a testar esté en posesión de sus facultades mentales, aunque sea muy anciana, habrá que reconocer la validez de su disposición testamentaria. Lo contrario abocaría a que no se admitieran testamentos realizados por personas en la senectud, siendo así que, en la actualidad, gracias a los avances de la Ciencia Médica, se sabe que hay muchas personas que, a pesar de su avanzada edad, mantienen la plenitud de sus facultades mentales, con capacidad de entender y querer.

Otra cosa, naturalmente, sería el supuesto de persona de edad avanzada y que padece, a un tiempo, una demencia senil, o que haya sufrido una enfermedad incapacitante, como una trombosis cerebral de carácter progresivo, o una embolia o una hemorragia cerebral aguda. En estos casos, lógicamente, la capacidad de entender y querer se va a ver gravemente afectada y, en consecuencia, no se podría admitir un testamento realizado en estas precarias condiciones.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de abril de 1959, admitió la validez de un testamento otorgado por una persona que fue declarada incapaz dieciséis años después de haberlo otorgado: «Que el actor, hoy recurrente, pide en su demanda frente a los demandados: Primero.—Se declare nulo totalmente el testamento notarial público otorgado por don José B. B. el día 14 de agosto de 1935, por incapacidad mental del testador, con la consiguiente apertura de la sucesión abintestato (...)

»Que supuesta la edad para ejercitar la facultad de hacer declaraciones de última voluntad a través del testamento (testamentificación activa), hecho no controvertido por ser notorio *inter partes*, la falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental que anula o disminuye su inteligencia y libertad, al extremo de desaparecer su personalidad psíquica en la vida de relación con la ausencia del valor y trascendencia del acto, ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria, cualesquiera que sean las últimas anomalías y evoluciones de la enfermedad, aún

en estado latente en el sujeto, mientras no se demuestre en forma inequívoca que en dicho momento tenía enervadas sus potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera clara elección, dentro de un horizonte mental corriente, dato que ante todo deben indagar el Notario autorizante y los testigos instrumentales, cuyas afirmaciones sobre el particular llevan consigo la presunción de la integridad mental así apreciada inicialmente, destruible, no obstante, en proceso, no sólo por hallarse amparadas por la fe pública, sino porque, además, toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser; doctrina elevada a rango legislativo por el artículo 666 del Código Civil, confirmada por jurisprudencia de este Alto Tribunal (...)»

El testador padecía imbecilidad con paralización del desarrollo de las facultades anímicas, pero el testamento otorgado por él se declaró válido, ya que no se pudo demostrar que la imbecilidad que padecía fuera *de nativitate*, es decir, de nacimiento, según el informe pericial que precedió a la resolución y, según el artículo 664 del Código Civil, el testamento otorgado antes de la enajenación mental es válido.

Aquí, el problema radica en que esta sentencia se dictó en una fecha ya lejana en el tiempo, 1959. Aún los avances de la Ciencia Médica no lo eran tanto como para afirmar que la imbecilidad, término hoy en día obsoleto, es una enfermedad de nacimiento. Al fin y al cabo, la imbecilidad no es más que una defectuosa evolución psíquica, siendo su característica principal el infantilismo psíquico, que, a menudo, se acompaña del fisionómico y fisiológico. Es un retraso mental grave y que se manifiesta en múltiples aspectos de la existencia.

Otro supuesto, más claro que el anterior citado, he podido recoger, por ejemplo, en la sentencia de 24 de febrero de 1981: «Que sostenida en la instancia la nulidad del testamento público de 1 de agosto de 1961, que origina las actuaciones de las que trae causa el presente recurso, por los en su día demandantes que ahora figuran como recurrentes, con base en la pretendida enajenación mental del testador, tanto la sentencia de primer grado, como la recurrida en este trámite, proclamaron su validez, apreciando, en su conjunto, la prueba practicada, obrante en autos, junto con el debido detenimiento y confrontación de los medios utilizados, después de lo cual llegan a la conclusión de que, si ciertamente la incapacidad fue declarada con el auto del Juzgado de Primera Instancia de Jaén, de 28 de febrero de 1964, no se acreditó que existiera el día de la realización del acto testamentario, pues ni de los diversos dictámenes médicos sobre la capacidad intelectual del testador, ni de su comportamiento en el momento de otorgar el testamento, ni de las disposiciones de éste, ni de las alegaciones en su contra formuladas en la demanda y ni aún siquiera de lo confesado por el propio actor sobre su capacidad mental y de administración de sus bienes, resultan motivos suficientes para sostener la incapacidad (...)».

«Que el perecimiento de dichos motivos lleva consigo, inexorablemente, el del tercero y cuarto que también se formularon, ambos por la vía del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, puesto que al quedar sin la indispensable base fáctica, es indudable que están haciendo supuesto de la cuestión; en efecto, el figurado con el número 3 denuncia violación por inaplicación del artículo 663 del Código Civil, en su número 2, a cuyo tenor, está incapacitado para testar “el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”, circunstancia que en este caso no concurría en el instante de testar (1 de agosto de 1961), pues, de acuerdo con cuanto se ha expuesto, no hay base alguna para tomar como punto de partida de la incapacidad otra fecha distinta de la del auto judicial de incapacitación que, según se dijo, es de 28 de febrero de 1964, por lo que es de aplicar el artículo 664 del Código Civil, donde se establece que “el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido”. Y el señalado con el número 4 alega el mismo concepto de infracción, referido al artículo 665 de nuestro primer Código sustantivo que exige el dictamen de dos facultativos respecto del estado de lucidez del demente que quiere testar, lo que, como dice el recurso, está conectado estrechamente con el motivo anterior, conexión que acarrea igualmente su desestimación, al no concurrir el supuesto de hecho de la demencia, para que el precepto pudiera ser aplicado».

La Jurisprudencia ha mantenido, casi de manera constante, que la aptitud mental para testar se presume y que esta presunción *iuris tantum*, sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario, lo cual se ajusta al principio del denominado *favor testamenti*.

Por lo que respecta al reconocimiento de la capacidad del testador, admite nuestra Jurisprudencia diversos medios de prueba. Veamos, en este sentido, una sentencia de 13 de octubre de 1990: «Por demanda de las actoras se suplica, por los trámites del juicio declarativo de mayor cuantía, se declare, en sustancia, la nulidad de los testamentos de 11-7-1977 y 9-6-80 y la validez del anterior de 28-3-1965 con las consecuencias derivadas, habiendo recaído sentencia desestimatoria de primer grado, que fue confirmada íntegramente por la Sala *a quo*, al reconocer la validez de los dos testamentos impugnados, exponiéndose como línea de razonamiento de su decisión, con base a los artículos 662 y concordantes del Código Civil, la capacidad del testador se deriva de los siguientes medios de prueba:

1. Por las manifestaciones de los Notarios —funcionarios avezados en estas tareas— que redactaron los testamentos controvertidos, previa manifestación de su última voluntad por el testador, con el que el fedatario, por tanto, entró en contacto dialéctico; siendo dos Notarios distintos, en diferentes fechas, con los correspondientes testigos, los que emitieron su juicio sobre la capacidad de don Ramón P. M. para testar y para otorgar escritura de poder judicial tres días después del último testamento.

2. Por el contenido de los testamentos se deduce también la cordura del testador, porque en el otorgado el 11 de junio de 1977, lega a su hijo José el tercio de libre disposición «con la obligación de vivir en compañía del testador cuidándolo y asistiéndolo con celo y cariño», y en el día 9 de junio de 1980 lega al mismo José los tercios de mejora y libre disposición, con la misma obligación, lo que demuestra que no estaba «sugestionado» por José y que actuaba en su propio interés, asegurando su bienestar.

3. Por ser normal, según costumbre extendida en Galicia, dejar al «herdeiro» o «vinculeiro que cascu para casa», la mejora del tercio y quinto corta o larga, que hoy con mayores conocimientos del Código Civil en el medio rural suele traducirse en dejarle los dos tercios de mejora y libre disposición, para compensar el esfuerzo de toda una vida, trabajando en la labranza de los padres y cuidando y atendiendo a éstos en su ancianidad; y la alegada coincidencia de la fecha del último testamento, con la de la notificación de la Conciliación a que es llamado don Ramón por sus dos hijas, quizá sólo fuese la causa de la anticipación de su declaración testamentaria.

4. Por el reiterado reconocimiento de la capacidad de su padre, que hacen las propias demandantes, cuando le llaman a la conciliación y que se celebra en el Juzgado de Distrito de Laracha el 14 de junio de 1980, y cuando interponen demanda de juicio de testamentaría ante el Juzgado de Primera Instancia de Carballo el 6 de octubre de 1980, en el que en Junta celebrada el 30 de diciembre de 1980, por común acuerdo de las partes, se nombra administrador del caudal relicto a don Ramón.

5. Por la prueba testifical de la que aparece la buena salud que disfrutó don Ramón, hasta meses antes de su muerte, con especial relevancia de la declaración del cura párroco don Manuel M. M. y el perito agrícola don Carlos L. A.

6. Pero quizá el dato más elocuente y decisivo para probar la capacidad del *de cuius*, en el momento de testar, es el contenido en el informe de los especialistas del Servicio de Neurocirugía de la Residencia de la Seguridad Social Juan Canalejo de La Coruña, en el que don Ramón estuvo internado desde el 1 al 24 de julio de 1982 —con posterioridad al otorgamiento de su último testamento— a consecuencia de un fuerte traumatismo craneoencefálico, en cuya residencia se le practicaron exploraciones, análisis, exámenes a Rayos X y sobre todo electroencefalogramas, constatándose en el de 23 de julio de 1982 una mejoría, no habiéndose diagnosticado ni tratado, en el referido centro, la demencia senil, aunque tal vez el tratamiento entonces sufrido pudo acelerar el comienzo de una demencia senil, diagnosticada tiempo después en el expediente de incapacitación; frente a cuya sentencia se interpone el presente recurso de casación por la demandante, con base a los dos motivos que a continuación se examinan por la Sala» (Fundamento de Derecho Primero).

«En el primer motivo, en mor al número 5 del artículo 1.692 de la LEC —aunque se silencia— se denuncian las infracciones relativas a los tres siguientes preceptos del Código Civil: artículos 663.2.º, 673 y 756.5.º, para cuya ponderación por la Sala se reproduce una línea jurisprudencial bien decantada en torno al problema debatido de la capacidad del testador cuando el Fedatario Público manifiesta que, en efecto, sí la ostenta el mismo; y así puede resumirse dicha doctrina en estos términos: STS de 10-4-1987: “Es un principio general indiscutido que la capacidad de las personas se presume siempre, mientras que su incapacidad, en cuanto excepción, debe ser probada de modo evidente y completo. Según el artículo 666 del Código Civil, la estimación del estado mental del testador viene referida al tiempo de otorgar el testamento. Es también regla general que salvo el supuesto de demencia que contempla el artículo 665 del Código Civil, en que se impone al Notario autorizante la designación de dos facultativos para que reconozcan al presunto testador, en los demás se proyecta sobre aquél y los testigos que autoricen el testamento la facultad de determinar que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar, que es lo acontecido en este caso. La aseveración notarial respecto de la capacidad de la testamentifacción del otorgante adquiere, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario. No se quebranta el principio de la unidad de acto porque el notario autorizante redacte el testamento según las instrucciones recibidas previamente del otorgante, siempre que después se proceda a su lectura a presencia del mismo y de los testigos instrumentales. Es suficiente que el Notario dé fe de cumplirse las formalidades legales de conocer a cuantas personas intervinieron en el acto y de todo lo demás consignado en el testamento...” y la sentencia del Tribunal Supremo de 26-9-1988, que dice: “...Esta Sala tiene declarado que toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, por consecuencia, ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción *iuris tantum* que se ajustan a la idea tradicional del *favor testamenti* y que imponen el mantenimiento de la disposición en tanto no se acredite con la seguridad precisa que el testador estaba aquejado de insania mental (...), así como que la aseveración notarial respecto de la capacidad del otorgante del testamento adquiere una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario (...), con arreglo a cuya doctrina aparece evidente que la carga de la prueba de la incapacidad mental del testador en el momento del otorgamiento

del testamento cuestionado corresponde al que sostiene la existencia de dicha incapacidad”.

»En cuanto a la primera denuncia de que no se ha respetado la incapacidad de disponer por testamento que consagra el artículo 663.2 del Código Civil, ha de subrayarse que, en coherencia con la pretendida línea doctrinal, la capacidad en el caso del litigio está de sobra acreditada, tanto porque la Sala así lo apreció en un completo análisis del asunto que se refleja en el Fundamento Jurídico 2.º antes transcrito, examinando, pues, con toda minuciosidad la prueba practicada, y destacando que la posterior incapacidad del testador (auto de 28-1-84) no puede nunca retrotraerse para invalidar los actos de última voluntad efectuados con absoluto juicio años atrás, como porque, tras señalar la normalidad de unos actos dispositivos *mortis causa* en los que el causante, respetando la legítima estricta de sus hijas, las actoras, beneficia con el tercio de mejora y de libre disposición a su hijo, con el que convive y a su cuidado está, y que el juicio de capacidad habilitante para testar emitido por los Notarios intervinientes en caso alguno se ha podido desvirtuar con la prueba practicada, sin que sea preciso en este examen del motivo, de nuevo compulsar el juicio emitido por los facultativos, ya que, aparte de que sea irrelevante cuanto se expresa al punto, el decaimiento de su valor revisorio de la convicción judicial ya quedó expuesto al examinar el anterior motivo (...).».

A la vista de esta sentencia —y de otras— cabe concluir en que la edad avanzada del testador no constituye fundamento o base para declarar nula la disposición testamentaria hecha en estas condiciones, si bien, aquí, de nuevo, desde mi punto de vista, habría que tomar determinadas precauciones, pues, en muchas ocasiones, los ancianos tienen sus facultades mentales disminuidas o alteradas, bien por una demencia senil o por una arterioesclerosis avanzada o incluso sufren problemas de amnesia o lagunares, no recordando hechos recientemente acaecidos o no pudiendo precisar, con exactitud, sus recuerdos. En estos casos, difícilmente detectables por el Notario autorizante del testamento, surge el problema. Es una cuestión que tiene difícil solución desde el punto de vista jurídico. La sentencia, últimamente citada, de 24 de febrero del 81, hace hincapié en el dato de que los Notarios son personas —funcionarios— avezados en las tareas de reconocer cuándo un testador está en su cabal juicio, tal como exige el Código Civil para la validez de las disposiciones testamentarias, y cuándo no, pero todo esto es muy relativo y no puede aceptarse a ojos cerrados, ya que, insisto, los Notarios no son Psiquiatras, ni suelen tener el título de Licenciados en Psicología, por lo que sólo serán capaces de distinguir las formas más aparentes de demencia o de otras alteraciones mentales profundas, pero no las formas larvadas, no aparentes, que cursan con trastornos de la personalidad importantes y que deberían ser tenidas en cuenta a la hora de un litigio respecto de la validez o nulidad de testamentos.

¿Puede otorgar testamento notarial una persona que no puede hablar ni firmar? ¿Se la considera con capacidad legal para emitir un testamento válido o es susceptible de ser declarado nulo por incapacidad?

Veamos, a este respecto, una interesantísima sentencia de 30 de noviembre de 1991: «En la demanda, que inició el proceso de menor cuantía de que dimana el presente recurso de casación, se expresa que los demandantes, actuales recurrentes, son hermanos del fallecido don Agustín L. C., siendo hecho incontrovertido que el día 9-5-1985 otorgó testamento declarando en él, en cuanto institución de heredero se refiere, únicamente que “ nombra por su único y universal heredero de todos sus bienes, derechos y acciones a su sobrino Pablo L. L., y en defecto de éste a sus descendientes”. Los citados demandantes se dirigen contra el instituido heredero, demandado y ahora recurrido, solicitando “se declare nulo y sin validez alguna el testamento abierto otorgado por don Agustín L. C. el día 9-5-1985” ante del Notario don Luciano M. C.; demanda que fue desestimada en ambas instancias y absuelto el demandado. La sentencia recurrida se basó esencialmente en los siguientes hechos, que no han sido eficazmente impugnados en el recurso por el conducto procesal del número 4.º del artículo 1.692 de la LEC: *a)* Del testamento cuestionado resulta que lo que en él se expone fue la voluntad manifestada por el testador, ante tres testigos, dos de ellos sacerdotes, dando fe el Notario de conocer a testador y testigos, de la capacidad del testador, de la idoneidad de los testigos por lo que resulta de sus manifestaciones, de la unidad de acto y del cumplimiento de todas las formalidades legales. *b)* Consta asimismo probado, según la Sala *a quo* (...), que la última voluntad expresada se le hizo saber al Notario por el testador en Sigüenza el 14-11-1984, con ocasión de otorgamiento de escritura de poder a favor de Procuradores y Letrados, por lo que el testamento había sido redactado ya, a falta de los nombres de los testigos, antes de desplazarse el Notario al domicilio del testador. Testamento cuyo contenido dispositivo único fue el ya mencionado al principio de este fundamento de derecho. *c)* No se acreditó en absoluto que el testamento de referencia fuera otorgado mediante violencia, dolo o fraude, o siendo precedido de maquinaciones de cualquier tipo. *d)* El testador sufrió un accidente cerebro-vascular agudo el día 1-4-1985, quedándole la secuela de una hemiparálisis derecha con pérdida del habla, situación que persistió después de ser dado de alta el día 2 de mayo siguiente. *e)* Como cuestión de hecho, de la apreciación del conjunto, e individualizada, de las pruebas el Tribunal de apelación deduce, ante la falta de prueba en contrario, la capacidad del testador en el momento de otorgar el testamento, conclusión que extrae del análisis de la prueba testifical, y de los informes y declaraciones médicas efectuados. También deduce como hecho probado el mismo Tribunal que el Notario redactó el testamento según las instrucciones recibidas del testador el día 14-11-1984; anterior fecha al mencionado accidente patológico. *f)* Si

bien el testador tenía una disminución de movimientos en hemicuerpo derecho y la pérdida del habla, consta de la misma forma la consciencia del paciente, según testificaron los médicos que le asistieron, e incluso según los mismos facultativos que hacia primeros de mayo de 1985 el enfermo se encontraba bastante mejor con relación a como se encontraba en el mes anterior».

TERCERO.—«El segundo de los motivos, al amparo del número 5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción por la sentencia recurrida del artículo 695 del Código Civil “en cuanto dispone que el testador expresará su última voluntad al notario y a los testigos, formalidad que —según el recurso— no fue respetada al otorgarse el testamento objeto de impugnación”. En el desarrollo de este motivo, en realidad los recurrentes hacen un nuevo análisis y apreciación de las pruebas practicadas en la litis para llegar a conclusión contrapuesta a la de la Sala de instancia. Reiterada jurisprudencia se ha referido, sin aludir a si las instrucciones previas al testamento dadas por el testador al Notario han de ser verbales o escritas, bastando conste que efectivamente aquellas instrucciones se probó fueron hechas. Por otro lado, dada la simplicidad del contenido del testamento, es evidente que, constando la consciencia del testador según se acreditó, es suficiente que asienta al contenido leído del testamento mediante movimientos de cabeza tan inequívocos en su significado e interpretación como un asentimiento manifiesto por medio de la palabra. Indudablemente, de no haber estado conforme el testador con el contenido que se le leyó del testamento, también hubiera podido manifestarlo de forma inequívoca mediante gestos convincentes, constando su lucidez mental. Todo ello conforme con la reiterada doctrina jurisprudencial de que las instrucciones previas a la redacción del testamento pueden darse sin necesidad de la presencia de los testigos, y así se hizo verbalmente en el caso debatido en época en que el testador conservaba el habla; y su asentimiento, según sentencia de 4-5-1977, a la redacción del testamento puede deducirse del propio testamento, como así ocurre según los hechos declarados probados en la instancia. Todo ello corroborado en cuanto a su eficacia por la también reiterada jurisprudencia de que la capacidad legal de todo testador se presume, y que la prueba en contrario ha de ser de todo punto convincente, apreciación que tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde a la Sala de instancia (...)».

El Fundamento Jurídico Cuarto de esta sentencia resolvió la cuestión, sin duda problemática, de la unidad de acto del testamento abierto, ya que la firma del testador había sido sustituida por la de un testigo, pues aquél se encontraba, según hecho acreditado, en situación de no poder firmar, debido a su estado de enfermedad. El Tribunal Supremo desestimó el motivo. Pero lo que me interesa destacar, por encima de otras consideraciones, es el extremo concerniente a la capacidad del testador. Efectivamente, éste no podía

hablar, era un anciano que, además, había tenido un accidente cerebro-vascular importante. Estas circunstancias determinaron la impugnación del testamento, pero el Alto Tribunal falló desestimando el recurso de casación presentado por los hermanos del fallecido, ya que, en efecto, estábamos ante un testador que gozaba de capacidad de raciocinio y volitiva, a pesar de su avanzada edad y del accidente vascular cerebral que había sufrido y que, desde luego, no le impedía testar con validez. El hecho de no poder hablar ni firmar, como en el supuesto analizado sucedía, no es motivo para declarar nulo el testamento abierto por falta de capacidad del testador.

Se ha admitido, asimismo, la capacidad testamentaria en algunos supuestos que, en realidad, ofrecían bastantes dudas y vacilaciones, siendo, en general, problemáticos. Me voy a referir a varios de estos supuestos que, por su evidente trascendencia práctica, estimo que merecen un estudio pormenorizado.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 22 de junio de 1999, admitió la validez de testamento otorgado por una persona que tenía gravemente reducida la función del habla, tras haber sufrido un derrame cerebral, sin pérdida de sus facultades mentales. El Fundamento de Derecho Primero declaró que «en la demanda se alega que la madre del actor y de uno de los demandados falleció en estado de casada, y no se efectuó la partición de la herencia, según testamento, de modo que el viudo, padre de aquéllos, quedó poseedor de todo y éste otorgó testamento en 11-8-1973 y 18-9-1992 y, cuando falleció aquélla, abandonó el domicilio conyugal en Madrid y pasó a convivir con su hijo Juan Ramón en Valencia; otorgó un tercer testamento en 8-10-1994 y un último en 23-11 de este año, en el que efectuó una atribución de bienes como legados a ambos hijos y nombró contador partidor a Miguel C. B. y como el actor estima que ha sido perjudicado en sus derechos y que estos dos testamentos se otorgaron sin tener capacidad mental el padre y bajo fraude y error, solicitó, frente a su hermano y el contador, que se declaren nulos los dos testamentos últimos y quede válido el de 18-9-1992 (...); el demandado contestó que debían ser llamados al proceso los Notarios que autorizaron los dos testamentos últimos; que el padre tenía claridad de juicio cuando testó (...); fueron oídos uno y otro Notario, que manifestaron que el era capaz para otorgar testamento el padre de los hermanos litigantes (...)».

El Fundamento Jurídico Segundo de esta sentencia se refiere a la enfermedad que padecía el testador, declarando que «la pretensión de nulidad de testamentos se funda en que el causante carecía de capacidad para expresar su voluntad testamentaria, porque en 4-10-1994 sufrió una neumonía y fue internado en un hospital y en 12 de tal año sufrió una hemorragia cerebral y quedó incapacitado mentalmente, no obstante ha de observarse que, durante su permanencia en tal hospital otorgó el testamento de 8-10-1994 y el Notario autorizante apreció que disfrutaba de plena capacidad mental, que se expresó

de forma clara y pormenorizada y manifestó su voluntad, ante una médico del establecimiento y otra persona, como testigo y, cuando volvió a testar en 23-11 de ese mismo año, se personó en el despacho del Notario que eligió, manifestó libremente y de modo espontáneo su voluntad y de palabra; ambos fedatarios han declarado como testigos en autos que el testador se encontraba en plenas facultades mentales; en el ramo de prueba del actor, un testigo, médico y conocedor del padre más de cuarenta años manifestó que, aunque tras el derrame cerebral, quedó con una reducción grave de la facultad de hablar, nunca perdió sus facultades mentales y no tuvo demencia senil, y en el ramo de prueba del hermano demandado, el mismo médico declaró que siempre conservó sus facultades mentales; por su parte, el contador partidario demandado absolvió posiciones en sentido de que el causante siempre tuvo lucidez mental, aunque, después de la hemorragia cerebral, ya no pudo escribir, y manifestó, al contestar a la demanda, que era sacerdote, amigo íntimo del padre, y su confesor, y aún en el tercer día antes de fallecer, en que le visitó por última vez, estaba con plena capacidad mental; y así ha de atenderse a que los dos testamentos impugnados los otorgó antes de sufrir la hemorragia y, aún después de ésta, tuvo claridad mental, aunque padeció deficiencias para hablar; por otra parte, ni siquiera se propuso, en autos, por el actor prueba pericial médica para, en vista de antecedentes obrantes en autos, dictaminar sobre aptitud para otorgar testamento, quizá porque se pensó que no se llegaría a un resultado favorable a la pretensión del actor, y es indeclinable concluir que no se ha probado falta de capacidad y no han de tenerse como nulos los dos testamentos que se pretende (...)».

Nuestra Jurisprudencia admite la capacidad testamentaria de aquellas personas de las que no se ha podido probar que carecían de la misma. Hay supuestos realmente interesantes y polémicos como, por ejemplo, el planteado en la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de junio de 1994, en la que la demanda de origen del procedimiento a que se contrajo el recurso de casación tuvo por objeto la declaración de nulidad del testamento abierto otorgado por una señora por supuesta incapacidad física y mental. Aquí, no sólo se debatió la cuestión referida la capacidad mental de la testadora, sino también a su capacidad física. El Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia señaló que «el motivo quinto con sede en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la infracción del artículo 687 del Código Civil en relación con el artículo 698 del mismo cuerpo legal, por entender no se cumplieron las formalidades exigidas por dicho precepto, lo que obviamente su razonamiento parte de una premisa inexacta cual es la de la ceguera de la testadora, lo que hace fracasar el motivo al hacer supuesto de la cuestión tal invidencia de la testadora, lo que no está válidamente admitido en casación, más aún si se parte del supuesto fáctico irrefutable de que la testadora falleció en 25 de febrero de 1983, el testamento es de fecha 15 de octubre de 1982

y el documento médico del folio 11, expedido el 29 de mayo de 1987 —que no ha sido adverbado en autos—, pero que es donde se apoya la tesis del recurrente, expresa en pretérito las deficiencias psicofísicas de la testadora sin la concreción que un testamento otorgado ante Notario y testigos requiere para su declaración de nulidad, máxime cuando el cambio de disposición testamentaria está bien aclarada su causa en los documentos notariales y epístolas de la testadora como pone de relieve la sentencia recurrida. Por todo ello, el motivo no puede prosperar (...)».

Hay supuestos, en la práctica forense, que son, a mi juicio, más que dudosos, pero en los que nuestra Jurisprudencia ha admitido la capacidad del testador. En este sentido, he podido recoger dos sentencias que me han parecido muy interesantes: La dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, el 8 de mayo de 2000, cuyos Antecedentes de Hecho transcribo a continuación: «...por sentencia de fecha 2 de enero de 1995..., don Agustín M. A. fue declarado totalmente incapaz de gobernar su persona y administrar sus bienes, acordándose el nombramiento de tutor en la persona de su mandante. La causa que motivó la declaración de incapacidad de don Agustín M. A. fue padecer “demencia en probable parálisis supranuclear progresiva, de cinco años de evolución, con parálisis supranuclear de los movimientos oculares externos, disartria, rigidez de cuello y extremidades, desorientación espacio temporal, deterioro de memoria y grave de su capacidad de juicio y pensamiento abstracto, precisando para desplazamientos silla de ruedas, carece de autonomía personal y precisa al efecto de satisfacer sus necesidades cotidianas de alimentación, vestido e higiene, de la asistencia de terceros. En suma, padece una patología psico-somática que le impide totalmente gobernar su persona y administrar sus bienes, y ello con carácter persistente, no sólo por la referida evolución, sino también por el pronóstico de deterioro cada vez más acentuado y sin posibilidades terapéuticas”...»

La sentencia puso de manifiesto que el cuadro de demencia que sufría se remontaba o venía evolucionando desde unos cinco años atrás y había un informe, de 1992, en el que se describía el cuadro residual siguiente: Alcohólico, conductas desadaptadas, deterioro de funciones superiores. Deterioro mnémico, dificultades significativas del pensamiento abstracto, enlentecimiento en la comprensión del lenguaje, dificultades importantes en la coordinación vasomotora. No síntomas psicóticos. Se descartaba lesión orgánica cerebral.

Informes médicos posteriores, efectuados tras una Resonancia Magnética Nuclear, pusieron de relieve que presentaba una marcada atrofia encefálica compatible con infarto lacunar, evidenciando que su estado jamás mejoró.

En medio de este cuadro de absoluta incapacidad provocada por la demencia, el 12 de agosto de 1993, encontrándose internado en el Hospital «Virgen del Camino», de Pamplona, otorgó testamento abierto, mediante el

cual nombraba herederos universales a sus sobrinos Juan Carlos y Agustín; albacea, comisario-contador y partidor a la codemandada, esposa de un tío del testador. De la lectura del testamento se destaca la imposibilidad para firmarlo, debido a su enfermedad, el absoluto desconocimiento que los testigos tenían del testador, a quien en absoluto conocían ni sabían nada de él; el total desconocimiento que igualmente tenía el Notario autorizante del testador y de sus circunstancias.

Los Antecedentes de Hecho de esta sentencia ponen de manifiesto que, aunque el testador tenía —«podía tener», dice literalmente la sentencia— deterioradas sus funciones superiores (memoria, atención y capacidad de respuesta), bajo ningún concepto podía afirmarse que su nivel de conciencia no fuera normal, que había perdido el contacto con la realidad o que no era capaz de emitir una declaración de voluntad lógica y coherente, por lo que, a la vista de los informes, un testamento otorgado entonces, es decir, a la fecha de su ingreso, hubiera sido perfectamente válido. Un informe posterior, de abril del 94, emitido por una Psiquiatra del Centro de Salud Mental de Estella, declaraba que Agustín M. A. se presentaba orientado en el tiempo y en el espacio, disminuido de atención, curso de pensamiento enlentecido, pero sin aparecer síntomas de alteración del contenido del mismo, siendo su nivel de conciencia perfectamente normal. Todo ello nueve meses después de haber otorgado testamento.

El Fundamento Jurídico Primero de esta sentencia declaró probado que el testador padecía un deterioro psicointelectual, que se evidenció hacia el año 91 y que era progresivo, conduciendo a la declaración de incapacitación que tuvo lugar mediante sentencia dictada el 11 de enero del 95. Pero la sentencia razona afirmando que la demencia no era originaria, ni concurría en el año 91, sino que fue fruto del deterioro paulatino que el finado sufría, considerándose muy posible que, en agosto del 93 (fecha de otorgamiento del testamento) conservase un conocimiento y una capacidad intelectual y volitiva adecuadas para otorgar un acto de tanta trascendencia como lo es el testamento. En este sentido, se mantuvo que los informes médicos obrantes en las fechas próximas a aquella en la que se expresó la voluntad sucesoria denotan que, aunque existían dificultades de entendimiento, era posible la comunicación con el enfermo, quien, al fin y al cabo, tenía el control suficiente como para valerse por sí mismo con cierto apoyo y ayuda.

La sentencia insiste en que no se podía dar por sentada la ausencia de discernimiento, en función de las mejorías observadas desde el año 92, la coherencia del contenido del testamento —es éste un dato importante que siempre hay que tener en cuenta— y la declaración de capacidad expresada por el fedatario actuante, por todo lo cual no existía, a juicio del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, prueba suficiente de la «incapacidad», debiendo presumirse la capacidad, avalada por la apreciación del Notario y de los testigos.

El Fundamento de Derecho Tercero de esta sentencia declaró que «...quien pretenda la nulidad de una disposición testamentaria por tal causa —por incapacidad mental—, se halla facultado para probar la incapacidad para testar mediante cualquier medio de prueba, ya que para estimar tal defecto basta con declarar probado que el testador no se hallaba en su cabal juicio en el momento de emitir su voluntad sucesoria...».

El Fundamento Jurídico Cuarto mantiene que «...la falta de capacidad mental es equivalente a no hallarse en el cabal juicio puesto que, como queda dicho, no son sino expresión de la misma idea. En este sentido, no tiene capacidad mental y, en consecuencia, no se halla en su cabal juicio quien no puede discernir sobre los actos que realiza (...), habiéndose concluido que, a pesar de haberse iniciado un desarrollo degenerativo progresivo del testador no ha quedado probada su falta de capacidad para otorgar testamento en la fecha en que tuvo lugar, máxime teniéndose en cuenta que tanto el Notario actuante como los testigos asistentes dieron fe de su capacidad, la existencia de informes médicos de fechas anteriores y posteriores al 12 de agosto de 1993, en los que se indica la posibilidad de comunicación con el enfermo, quien tenía el control suficiente como para valerse por sí mismo con cierto apoyo o ayuda y la conservación por aquél de un conocimiento y una capacidad intelectual y volitiva adecuadas para el otorgamiento del testamento...».

Desde mi punto de vista estimo que se suscita la duda en torno a la posible incapacidad del testador en el momento en que otorgó sus disposiciones de última voluntad. En efecto; una degeneración progresiva —e irreversible— de las funciones intelectuales y volitivas, como la que padecía el testador, es un trastorno grave, trastorno que, cuanto menos, hace sospechar de su capacidad para emitir una disposición testamentaria válida, aunque el dictamen de los facultativos fue contundente. El Tribunal otorgó un valor preponderante al dictamen de los médicos —como suele suceder, por lo general— y declaró que el testador se hallaba en su cabal juicio en el momento del otorgamiento. Esta declaración fue, desde mi punto de vista, motivada por el principio jurídico conocido como del *favor testamenti*, que, a continuación, paso a exponer.

EL PRINCIPIO DEL *FAVOR TESTAMENTI* Y SUS RELACIONES CON LA INCAPACIDAD DEL TESTADOR

El principio del *favor testamenti* se presenta, a mi juicio, con connotaciones semejantes, salvando las lógicas diferencias, al principio del *favor matrimonii*. En efecto, este principio del *favor testamenti* quiere decir que debe prevalecer el testamento otorgado por el testador, aunque se susciten dudas o vacilaciones sobre la posible invalidez del mismo. Estas dudas y vacilaciones

pueden suscitarse, entre otras ocasiones, cuando existen ciertas sospechas en lo referente a la capacidad mental del otorgante.

Este principio, que, desde mi punto de vista, puede llegar a resultar peligroso —tengamos en cuenta que estamos hablando de un acto personalísimo y trascendental—, desde el punto de vista jurídico, y que debe ser otorgado por persona perfectamente capaz, en su cabal juicio, según la dicción empleada por nuestro Código Civil.

Es evidente que, a lo largo de la práctica forense, nos hemos encontrado con situaciones que, cuando menos, suscitan la duda e incluso, a veces, vehementes sospechas de que el testador no se encontraba, en el momento del otorgamiento, en su cabal juicio, bien por disminución de sus facultades intelectivas, bien por ausencia o merma de las volitivas, o, en alguna ocasión, por defecto en ambas clases de facultades, tanto intelectivas como volitivas, del entendimiento y de la voluntad. Y, sin embargo, hay muchas sentencias en las que se declara que el testamento otorgado por personas con determinados trastornos y/o disminución de facultades es válido. ¿Qué justificación tiene este hecho?

La justificación a este hecho viene, desde mi punto de vista, del principio denominado del *favor testamenti*. Ya explicaba DE ALFONSO que, en las sociedades de economía básicamente capitalista, el concepto de seguridad, cuanto menos a nivel individual, descansa en los recursos de que puede disponer la persona en un momento dado. El individuo alcanza un momento en el que, ya sea por lo avanzado de su edad, o debido a padecer cualquier enfermedad, pasa a depender de terceras personas, con las que pueden unirle vínculos afectivos o sanguíneos, o ninguno de los dos. Es frecuente, por otra parte, que en estas sociedades capitalistas la persona disponga de un patrimonio de mayor o menor entidad (16), y que, al llegar a la ancianidad, en muchas ocasiones es lo único que le queda.

El principio del *favor testamenti* opera en el sentido de la adopción, por el Derecho, de un amplio concepto de capacidad en orden a favorecer la posibilidad de testar, que, de otra forma, quedaría vedada a un alto porcentaje de individuos que, en esas condiciones, deberían conceptuarse como faltos de capacidad de entender y querer que les habilitara para la testamentifacción activa. El Ordenamiento Jurídico reconoce las limitaciones de la vejez que, en un buen número de casos, afecta a la integridad mental de la persona, debido a la ausencia de una total «asepsia» en las facultades mentales del individuo, y la práctica indefensión en que puede hallarse, confirmando al anciano —y no sólo a éste, sino a aquellas personas que, de algún modo o por alguna circuns-

(16) DE ALFONSO, JESÚS M. DE, «Apreciación de la capacidad mental del testador: la intervención notarial y facultativa en el testamento abierto», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1973.

tancia, presentan determinados trastornos psíquicos— la posibilidad de hacer valer su omnímoda voluntad para «remunerar» a quienes han hecho que su última etapa en la vida sea, dentro de lo posible, más llevadera y agradable.

Si nos atenemos a las normas reguladoras de la capacidad para testar, hay que decir que, en muchas ocasiones, se ha dado el supuesto de personas que han testado, a pesar de no encontrarse en la plenitud de sus facultades mentales, bien por su avanzada edad, bien por padecer determinadas enfermedades psíquicas que les incapacitaban para realizar disposiciones de última voluntad, al tener comprometidas, de una manera más o menos grave, sus facultades intelectivas y/o volitivas.

Hay que preguntarse qué debería prevalecer en estos supuestos, qué criterios seguir en orden a declarar nulo un testamento. Si queremos tener la completa seguridad de que la normativa del Código Civil se cumple con el máximo rigor, no hay duda que habría que declarar nulos muchos testamentos. Si atendemos a una valoración amplia de la libertad de la persona, también cabría hablar de testamentos que, forzosamente, han de ser declarados nulos por falta de capacidad del otorgante, porque es evidente que una voluntad viciada por un trastorno mental grave —una demencia, una neurosis incapacitante, etc.— ya no puede considerarse como voluntad, porque el sujeto que la emite no es capaz de sentirla como tal.

He tenido ocasión de examinar unas sentencias del Tribunal Supremo en las que, de una manera conjugada, se ponen de manifiesto unos principios concretos que hay que tener en cuenta:

1. El principio, al que ya me he referido anteriormente, denominado de *pro capacitate*: Este principio se fundamenta en que, no constando la incapacitación judicial del otorgante, a través del oportuno procedimiento a este fin, en aquellos casos en los que se suscitan dudas sobre su capacidad mental, estas dudas van a resolverse en función del mantenimiento del testamento y se va a reputar al testador capaz.

Este principio deriva, a su vez, de las presunciones de capacidad en quien no ha sido incapacitado formalmente, principio que podemos encontrar en las sentencias de 10 de marzo de 1960 y 30 de noviembre de 1968. Con arreglo a ello, se presume que todo testamento otorgado cumpliendo las solemnidades legales es válido.

2. El principio establecido en el artículo 666 del Código Civil establece la exigencia de atender al momento del otorgamiento para apreciar la capacidad del testador.

Este principio, a mi juicio, se basa en la idea de atender exclusivamente al momento mismo del otorgamiento del testamento para fundar —o no— la capacidad del testador. Es un principio que presenta, desde luego, ciertos peligros y riesgos, porque, si se aplica ampliamente, se observará que hay

personas que padecen efectivamente una enfermedad mental o un trastorno grave o serio, pero, en algunos momentos, esa enfermedad o trastorno está «disimulada», por decirlo de un modo gráfico, y coincide con el instante del otorgamiento, con la consecuencia de que se va a considerar válido el testamento así otorgado, con todos los problemas y dudas que ello suscita en la práctica.

3. El Código Civil establece un amplio concepto de capacidad, pues permite, incluso, la testamentifacción activa al incapacitado, ex artículos 664 y 666.

4. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo exige un alto rigor probatorio para impugnar los testamentos por falta de capacidad del otorgante, lo cual, a su vez, tiene apoyo en una rígida aplicación de las presunciones establecidas por el acervo doctrinal de dicho Alto Tribunal, siempre en función del principio de *pro capacitate*.

A la vista de lo expuesto, cabe destacar que ambos principios, el del *favor testamenti* y el denominado de *pro capacitate*, se sitúan en una posición equivalente desde el punto de vista jurídico. Si atendemos a otorgar primacía a la voluntad libérrima —libertad— del testador, es obvio que éste, si no se halla en su cabal juicio, si sus facultades mentales están, de algún modo, alteradas, no podrá ejercitar su derecho a testar de una manera libre y voluntaria, porque, precisamente, serán sus facultades volitivas —o intelectivas— las que tendrá alteradas. En consecuencia, el testamento que otorgue nunca será la expresión de su libérrima voluntad.

Si atendemos a presumir la capacidad del testador, levantando obstáculos y valladares a la impugnación del testamento en base a falta de capacidad mental del otorgante, muchos trastornos mentales serán pasados por alto y, en último término, arrinconados y no se les dará ningún valor.

Si atendemos a la conservación del testamento, en función del principio del *favor testamenti*, sucederá que muchas disposiciones testamentarias no serán el reflejo de la voluntad de su autor, al estar esta voluntad alterada por trastornos o enfermedades no fácilmente detectables por el Notario autorizante.

Estamos, por tanto, a mi juicio, en un callejón sin salida en lo que a este extremo se refiere. En cualquier caso, creo que hay que reconsiderar estos principios comentados y analizados y no aplicarlos con un rigor absoluto. Recordemos que la Medicina es una Ciencia, pero no exacta y que, en el amplio abanico de enfermedades y trastornos mentales, caben muchas situaciones que no son reconocibles por personas que no tienen título de Psiquiatría o de Psicología, como son los fedatarios. La prudencia y la cautela, en este punto, han de abrirse paso, si no queremos dar validez a disposiciones testamentarias que en ningún momento han reflejado la verdadera voluntad de sus otorgantes.

REFERENCIA A LA CAPACIDAD DEL TESTADOR EN TESTAMENTOS OLÓGRAFOS

Como fácilmente puede comprenderse, el testamento ológrafo plantea una problemática que bien merece un análisis al margen del testamento abierto, estudiado en páginas atrás.

Testamento ológrafo es aquel que escribe por su mano totalmente y firma el propio testador, con expresión de fecha.

Según LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (17), esta forma de testamento presenta, sobre las otras formas de testar, las ventajas de ser rigurosamente secreto, muy práctico, por poderse otorgar sin ayuda de nadie y, en el momento de otorgarse, no entraña gasto alguno. Estos juristas reconocen, sin embargo, como no podía ser menos, que, al ser muy sumarias sus formalidades, no ofrecen las mismas garantías de protección a la voluntad del testador que los testamentos notariales.

Según el artículo 688.1 del Código Civil, «el testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad». El apartado 2 del citado precepto establece que «para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue».

Hay que matizar diciendo que el testamento debe ser escrito precisamente por la mano del causante, por lo que no se cumple este requisito en aquellas personas que carecen de brazos. En cualquier caso, no es indispensable la escritura caligráfica cursiva, sino que incluso son válidos los llamados caracteres de imprenta, pues el Código Civil no exige una escritura determinada.

La mención en el testamento del año, mes y día del otorgamiento, es un medio para asegurar la voluntad del testador. Tengamos en cuenta que la fecha exacta del testamento puede servir para calificar la capacidad del testador y para determinar el último testamento cuando hubiere pluralidad de ellos.

Con respecto a la capacidad del testador, una interesante sentencia del Supremo, de 10 de febrero de 1994, se refirió a la nulidad del testamento ológrafo por incapacidad de la testadora: «En la demanda formulada por don Rafael A. H., después de referirse principalmente a la incapacidad de la testadora doña María H. M. y de que había sido incapacitada por declaración judicial mediante Auto de 11 de abril de 1984, alude a la protocolización de su testamento ológrafo por el Juez de primera instancia de Olot (Gerona) otorgado en fecha de 3 de noviembre de 1981, y suplicó se declare la nulidad del citado testamento tramitado bajo expediente judicial número 180/1985. La sentencia de primer grado desestimó la demanda por considerar que el

(17) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, en notas 1, 8 y 11.

testamento aludido era válido al gozar la testadora al otorgarlo de capacidad volitiva y de raciocinio. Mas recurrida la sentencia, la Audiencia Provincial, en el fallo ahora recurrido en casación y con base principal en la inexactitud de la fecha del otorgamiento, que consideró probada, estimó el recurso de apelación y declaró la nulidad del testamento ológrafo controvertido, si bien con el voto particular contrario de uno de los Magistrados de la Sala decisoria, que, al considerar que la fecha no era falsa, sino sólo erróneamente transcrita y presuponiendo la suficiente capacidad de la testadora, entendió que debía haberse confirmado la sentencia dictada en primera instancia. Formulan recurso de casación doña Carmen y doña Flora A. H., recurso que se integra de seis motivos (...)» (FUNDAMENTO DE DERECHO PRIMERO).

SEGUNDO.—(...) a) La demanda contiene un suplico en el que se pide «se declare la nulidad del testamento ológrafo de María H. M., tramitado en el expediente judicial de este Juzgado bajo el número 180/1985 y protocolizado por el Notario don Manuel F. P.; por tanto, no se concreta a que esa nulidad sea por defecto de capacidad de la testadora o por inexactitud de la fecha, máxime cuando la expresión de la fecha tiene por finalidad principal permitir averiguar si entonces el testador tenía capacidad suficiente para otorgarlo». b) De modo que la íntima relación entre ambos datos no permite afirmar que la determinación de la exactitud de la fecha quebrante la *causa petendi* base del pleito en cuestión. Así lo han entendido ambas partes cuando, si bien se hace sólo alguna ligera mención a la fecha del otorgamiento, la acción persigue la nulidad por defecto de capacidad para testar; poniéndose de relieve con mayor intensidad el primer defecto relativo a la fecha en el escrito de conclusiones pero sin trasladarlo al suplico y, lo que es más importante, sin que la contraparte, actual recurrente, pusiese de relieve tal circunstancia como sustento de la incongruencia ahora alegada (...).

QUINTO.—El motivo quinto, por haber sido inadmitido el cuarto, con base igualmente en el número 5.º del artículo 1.692 de la LEC, se funda en la infracción del artículo 688.2 del Código Civil. Se impugna aquí la conclusión a la que llega la Sala de instancia de que la fecha del testamento es inexacta y que ello determina por sí sola su nulidad, conclusión que el recurso considera igualmente contraria al precepto que se invoca como infringido, que exige que para ser válido el testamento ológrafo «...deberá expresar el año, mes y día en que se otorgue». Este motivo ha de ser estimado según se deduce de las siguientes consideraciones: a) Como ya se expresó en el fundamento jurídico segundo de los que anteceden, la fecha del testamento determina esencialmente si entonces la testadora tenía la capacidad suficiente de testamentifacción activa. Es de poner de relieve, en primer lugar, que la fecha del testamento ológrafo no tiene el mismo alcance que la del testamento abierto o testamento notarial. Dado que el testamento ológrafo puede mantenerlo en secreto su autor y nada obsta a que

antes de llegar al texto definitivo haga bosquejos, borradores o proyectos, o lo extienda con la idea de reflexionar posteriormente sobre lo escrito, y solamente cuando se decida definitivamente pueda poner la fecha y la firma, y es desde entonces cuando puede decirse que el testamento está otorgado, de modo que el otorgamiento surge no de lo escrito y de su contenido, sino de colocar la fecha y la firma. *b)* Estas consideraciones explican o se basan en los antecedentes del testamento ológrafo y en su regulación en los Códigos modernos (...). *d)* La doctrina científica acoge estas ideas, sin negar que la fecha tiene la importancia de afirmar el carácter jurídico del testamento ológrafo y elevarlo a declaración de voluntad, por virtud de la cual el simple proyecto privado pasa a ser testamento. Por lo tanto, será fecha en este testamento la que ponga el testador independientemente del momento en que se haya escrito el testamento, pues su eficacia en el tiempo depende de la imposición de que de la misma haya hecho el causante; y se afirma también que no es nulo el testamento ológrafo redactado en una fecha efectiva diferente de aquella en la cual el testador había escrito su texto de propia mano, siempre y cuando exista cierta relación entre la fecha expresada en el acto y las disposiciones en él contenidas. *e)* Todo ello pone de relieve la validez del testamento ahora discutido, y así lo corrobora, por un lado, aparte del principio del *favor testamenti*, la presunción de capacidad legal de todo testador, salvo prueba en contrario (...); que dicha capacidad ha de entenderse siempre en el momento de otorgarlo, como así ocurre cuando según lo debatido mediaron dos años y cuatro meses desde el testamento hasta la declaración judicial de incapacidad de la testadora; que el que alega la incapacidad ha de probarla si no está, como en este caso, judicialmente incapacitado; prueba que ha de ser concluyente, ya que en otro caso se presume la capacidad; así como ha de seguirse el principio de veracidad de la fecha existente cuando se trata de juzgar acerca de la capacidad del testador, a menos, se repite, que se pruebe cumplidamente lo contrario (...) Además, queda desmentida la conclusión de los peritos por el examen directo del testamento por el Tribunal en cuyo documento, claramente escrito y con uniformidad de trazos y de sentido, aparte las lógicas desviaciones en la escritura de persona anciana y no acostumbrada a escribir a menudo, aparece evidente el animus testandi. Examen que impide aceptar las afirmaciones de los peritos y permite concluir que el testamento fue escrito el mismo día en que se puso su fecha y la firma, en tanto, como ya se expone, no se ha probado de forma suficiente y convincente lo contrario, ni se han alegado hechos que pudieran dejar ineficaz la fecha puesta en el documento, ni en fin concurren los supuestos en que este Tribunal declaró la nulidad del testamento en las sentencias de 5 de diciembre de 1927, 13 de mayo de 1942 y 3 de abril de 1945, relativas a supuestos de hecho diferentes del ahora contemplado (...).

Como puede observarse tras el análisis de esta última sentencia referida a testamento ológrafo, vuelve a contemplarse el supuesto de persona que, en edad avanzada, lleva a cabo sus disposiciones testamentarias a través, en esta ocasión, de la forma de testar ológrafo.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de mayo de 1969, dictada a propósito del recurso en el que se alegaba la nulidad del testamento ológrafo otorgado por el testador, al carecer éste de las condiciones de voluntad e inteligencia exigidas para su validez en el momento del otorgamiento, declaró que no había quedado acreditado que aquél no se encontraba en su cabal juicio cuando redactó dicho testamento, debiendo, en consecuencia, tenerse como válido y como expresión de su última voluntad, «...la eficacia de un testamento no puede subordinarse a los afectos familiares, casi siempre efímeros, que como sentimientos íntimos escapan a la investigación del juzgador... y si, por otra parte, la pretensión de declarar nulo un testamento, por circunstancias como la de haber otorgado otro anterior, es ir contra los preceptos legales y jurisprudenciales, pues el principio de derecho que la voluntad humana es ambulatoria hasta la muerte, se hace indudable que ha de mantenerse la sentencia recurrida, sin que en modo alguno pueda llegarse a una declaración contraria a la que es objeto de dicha resolución, pues aparte de no haber prosperado ninguno de los motivos de infracción que se contienen en el escrito de recurso, es obvio que en ella se ha tenido en cuenta que la validez del testamento integra una presunción no judicial, sino del propio legislador, de fuerza igual a la *iuris tantum* y que, según regla de hermenéutica jurídica, que por lo elemental y común tiene el carácter de axioma, tal presunción no puede destruirse sino en mérito de pruebas perfectas y fehacientes...».

Como puede observarse, los principios del *favor testamenti* y *pro capacitate* rigen, asimismo, en sede de testamentos ológrafos. En consecuencia, para declarar nulo un testamento ológrafo por incapacidad mental de su otorgante, hay que probar, a través de pruebas fehacientes y perfectas, que el testador no se hallaba en su cabal juicio en el momento mismo de redactarlo. En este sentido, una interesante sentencia del Supremo, de 18 de junio de 1994, declaró que «...la controversia existente sobre los testamentos ológrafos de la causante, protocolizados convenientemente, ha de resolverse en razón de la capacidad de la testadora, así como la voluntad testamentaria; en cuanto a la capacidad, y habida cuenta del contenido del informe pericial, es evidente que carecía de la misma cuando se otorgó el supuesto testamento 1.º, de fecha 24 de diciembre de 1987, en el que falta, pues, el requisito del artículo 663.2 del Código Civil, lo que no acontece con respecto a los testamentos posteriores de 1 de febrero de 1988 y 7 de marzo de 1988, en donde la testadora actuó con capacidad normal, cumpliéndose los requisitos para tal testamento ológrafo...».

Esta sentencia resume los requisitos que debe reunir el testamento ológrafo en sede de capacidad de su otorgante, por lo que parece oportuno reseñar

literalmente parte de su contenido: «...a) en cuanto a la capacidad para testar, de forma general, se habrá de cumplir cuanto se dispone en los artículos 662 a 666, amén de la capacidad *ad hoc* del artículo 688.1.º b) En cuanto a la voluntad testamentaria el tema transita por el núcleo que late en la definición del artículo 667, como expresión de todo acto de última voluntad. c) Y por último en cuanto a los requisitos particulares, deberán observarse los fijados para la validez en el artículo 688 —autografía, firma y cronología de su otorgamiento—...».

La sentencia se refiere, asimismo, a la problemática del momento en el que ha de valorarse la capacidad del testador. Así, remite a la sentencia de 10 de febrero de 1994, en la que se alude tanto al denominado *favor testamenti* como a la presunción de capacidad legal de todo testador, salvo prueba en contrario, sosteniendo que dicha capacidad ha de entenderse siempre existente en el momento de otorgar el testamento y que el que alega la incapacidad, ha de probarla si no existe incapacitación judicial previa, concluyendo en que la prueba ha de ser concluyente, ya que, en otro caso, se presume la capacidad.

Por lo que respecta a la fecha del testamento ológrafo, tema este importantísimo, a mi juicio, declara la sentencia citada que ha de seguirse el principio de veracidad de la fecha existente cuando se trata de juzgar acerca de la capacidad del testador, a menos que se pruebe cumplidamente lo contrario.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 7 de mayo de 2002, es importantísima por lo que respecta a la problemática de la capacidad del testador ológrafo. En efecto, esta sentencia puso de relieve que «la presunción de capacidad para testar que, a modo de declaración general, contiene el artículo 662 del Código Civil, ha de relacionarse con el 663 en cuanto emplea la expresión de cabal juicio y con el 664 que la explica al referirse a la enajenación mental, lo que permite una amplitud interpretativa para abarcar a todas las personas incapaces de gobernarse por sí mismas, conforme declara el artículo 200 del Código Civil (...), es decir, no sólo aquellas declaradas incapaces por resolución judicial, sino también a las que resulten afectadas de mera incapacidad de hecho que ha de resultar suficientemente y concluyentemente acreditada (...), por tratarse de presunción *iuris tantum* que se ajusta a la idea tradicional de *favor testamenti*, debiendo atenderse para apreciar la concurrencia de capacidad testadora al momento de otorgarse el testamento, conforme al mandato del artículo 666 (...)».

«En orden a los supuestos de incapacidad, se contiene un completo resumen de la doctrina jurisprudencial en la sentencia de 27 de enero de 1998 en los siguientes términos:

- a) Que la incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de rela-

ción de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos (...).

- b) No bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas, siendo un ir contra los preceptos reguladores de la testamentifacación y la jurisprudencia el declarar nulo un testamento por circunstancias de carácter moral o social, nacidas de hechos anteriores o posteriores al acto del otorgamiento, por ser un principio de derecho que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte (...).
- c) Que ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un momento lúcido (...)».

Esta sentencia va referida a un testamento ológrafo que fue otorgado por una persona de la que existían ciertas dudas en cuanto a su sano juicio en el momento del otorgamiento. La sentencia hace unas afirmaciones rotundas por lo que se refiere a los requisitos que ha de tener la incapacidad o afección mental en orden a declarar nulo un testamento (ológrafo, en este caso, pero aplicable la doctrina jurisprudencial al testamento abierto). Afirma esta sentencia que la afección mental ha de ser grave, hasta el punto de carecer el sujeto de personalidad psíquica.

A mi juicio, con esta sentencia se ponen las bases para que el testamento otorgado por una persona que no está en su cabal juicio, pero que mantiene intactas determinadas zonas de la conciencia, sea válido, lo cual, como ya ha quedado expuesto en páginas atrás, plantea, cuanto menos, fuertes dudas y vacilaciones.

Afirma, asimismo, esta sentencia que la voluntad humana es mudable hasta la muerte, pero no hay que olvidar que una persona que tiene alteradas sus facultades mentales no discierne, con claridad, lo que quiere —aspecto volitivo— de aquello que no quiere —aspecto negativo de la volición—. Y, en consecuencia, dicha afirmación, sin duda rotunda, queda desvirtuada.

La citada sentencia, en su Fundamento de Derecho Primero, afirma, igualmente, que son circunstancias insuficientes, para establecer la incapacidad, de un lado, la edad senil del testador, «pues es insuficiente para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un aciano decrépito y achacoso, ni el Derecho ni la Medicina consienten que por el solo hecho de llegar a la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad, se haya de considerar demente, pues la inherencia a ésta de un estado de demencia requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho», citando a la sentencia de 25 de noviembre de 1928; tampoco es causa de incapacidad que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si éstos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para

constituirle en ente privado de razón; asimismo, afirma esta sentencia que «no obsta a que se aprecie la capacidad para testar que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias, cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonian el Notario y los testigos...».

Efectivamente, ya en páginas atrás ha quedado analizada la problemática de algunos trastornos mentales graves como, por ejemplo, la neurastenia, entre otros. Se parte de la premisa de que el testador, a pesar de padecer una enfermedad neurasténica, se encuentra en su cabal juicio, pero esta presunción se fundamenta, a su vez, en el testimonio del fedatario y de los testigos. Desde mi punto de vista, sería muy interesante que, cuando una persona padece un trastorno de tipo neurasténico y existe una duda, por pequeña que ésta sea, en torno a su capacidad mental para la testamentifacción, fuera examinado por un médico especialista en Psiquiatría, para poder determinar, con un alto grado de probabilidad o, tal vez, de certeza, que esa persona se encuentra —o no— en su cabal juicio.

La mencionada sentencia de 7 de mayo de 2002 hace una afirmación que me parece muy interesante: «...ante la dificultad de conocer dónde acaba la razón y se inicia la locura, la ley requiere y consagra la jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración...».

A esta afirmación, sin duda razonable, habría que contraargumentar en el sentido de afirmar que nunca podremos saber dónde acaba la razón y se inicia la locura de un testador si éste, con carácter previo a la testamentifacción activa, no ha sido examinado por un Médico Psiquiatra, el cual podrá, lógicamente, ofrecer puntos de vista y, en definitiva, un dictamen en relación con el estado mental del otorgante.

Voy a entrar, ya directamente, en los Fundamentos Jurídicos de esta importante sentencia, referida al testamento ológrafo: «...los informes médicos que obran en autos, interpretados a la luz de las aclaraciones realizadas por vía de la prueba testifical, y la pericial judicial del doctor R., igualmente sometida en el acto de la ratificación a numerosas preguntas y aclaraciones, llevan simplemente a pensar que pudiera ser posible que, en efecto, el testador, en el momento de efectuar el testamento ológrafo, estuviera privado de sus facultades mentales, pero también es perfectamente posible que no lo estuviera.

»Así, de los diversos informes que obran en autos, los presentados por las partes emitidos por doctores que jamás en su vida vieron al testador, concluyen, el de la actora, evidentemente, en que éste estaba completamente perturbado en aquel momento para poder realizar válidamente un testamento, y el del demandado, también evidentemente, pues si no, no lo hubiera presentado, que no existe evidencia alguna que permita, con los antecedentes estudiados, afirmar que el testador tenía perturbadas las facultades mentales, o que pade-

ciera ningún cuadro mantenido o incapacitante que permita aseverar una disminución de sus funciones psíquicas incompatible con el gobierno adecuado de su persona y bienes.

»Por su parte, el perito judicial doctor R., que tampoco vio ni trató al testador, afirma que el mismo presentó patología psíquica, con síntomas de deterioro mental por la edad... entendiendo que en 1992, año en que hizo testamento, tenía comprometidas su capacidad volitiva y de discernimiento, careciendo “en plenitud” tanto de juicio crítico como de la realidad de las situaciones. El informe, pese a ser aparentemente categórico, fue sometido, como antes se apuntó, a numerosas aclaraciones en el momento de su ratificación, en las que el doctor R. afirmó que hasta el enfermo con más sintomatología psíquica tiene intervalos lúcidos y no pudiendo precisar si el testador el 27 de julio de 1992 (fecha del testamento ológrafo) se encontraba lúcido o no.

»Se ha de tener en cuenta, además, que los tres informes a que nos venimos refiriendo, los de las dos partes y el pericial propiamente dicho, se emiten por doctores que no han podido apreciar directamente la situación del informado, y se basan en el estudio y examen de su historia clínica. En todos los casos, se parte del hecho de que el testador no padece una enfermedad psíquica propiamente dicha, sino la enfermedad de Parkinson, que al ser tratada con cierta medicación, puede producir como efectos indeseables, determinados trastornos psíquicos. No nos encontramos, pues, ante un enfermo psíquico sino ante un enfermo de Parkinson con alteraciones psíquicas como efecto de la medicación. También parece existir coincidencia en el sentido de que el estado mental del informado sería variable, en función de la medicación recibida, las dosis y forma de administración, etc., y que el ajuste de dichas dosis tendría siempre efectos favorables en esa situación psíquica.

»Por ello, cobra especial importancia la opinión que acerca del estado mental del testador pudiera tener su médico de cabecera doctor S. B., que aun no siendo psiquiatra, sí es el que más de cerca le trató, por no decir el único que verdaderamente le trató, lo que hizo, según su propia declaración, desde el año 1977, conociendo además todos los informes médicos que el propio testador le mostraba cuando acudía a su consulta, el cual afirma que el deterioro psíquico del testador no le consta sino en el último año de su vida más o menos (...), es decir, que falleciendo en el año 1997, no tiene constancia alguna de que en 1992 tuviera perturbadas sus facultades mentales. Sólo admite su incapacidad física, necesitando silla de ruedas, como tres años antes de morir.

»Junto a ello, existe igualmente el dato de otra persona que le conoció y tuvo con él una relación profesional de muy especial significación y relevancia a la hora de poder determinar si un sujeto tiene o no capacidad para testar. Evidentemente nos referimos al Notario de Ocaña, don Valentín F. G. quien,

ciertamente, no intervino en el testamento cuya nulidad se solicita, pero sí en el otorgamiento de numerosas escrituras públicas por parte del testador (siendo acompañado además por su propia mujer hoy demandante), sin que observara en el comportamiento del señor C. ninguna anomalía y considerándole en todos los casos con capacidad mental bastante para el otorgamiento de los actos que se pretendían, lo que implica presunción *iuris tantum* de su capacidad mental (...).

»En definitiva, no existe prueba concluyente acerca de que el testador careciera en el momento de otorgar el testamento ológrafo que se impugna de la suficiente capacidad mental para hacerlo, existiendo datos que parecen evidenciar lo contrario, como la declaración de su médico de cabecera o del propio Notario, y el hecho de que si su situación psiquiátrica fuera tan evidente, se hubiera instado su incapacitación, lo que no se hizo, sino que antes al contrario, su esposa le acompañó al Notario al otorgamiento de aquellos otros actos mencionados —otorgamiento de poder, escritura de compraventa de un inmueble, constitución de una hipoteca y dos permutas—, reconociéndole implícitamente una salud mental incompatible con lo que ahora se pretende».

Como puede observarse, y a la vista de esta concluyente y expresiva sentencia, los requisitos exigidos para declarar nulo un testamento ológrafo por falta de capacidad mental del testador son los mismos, básicamente, que los exigidos para la consecución de este fin en sede de testamentos abiertos.

En el supuesto transcrito y analizado, se observa que no se logró acreditar, fehacientemente, que el testador padeciera una enfermedad mental que le incapacitara para realizar testamento ológrafo. Su padecimiento consistía en la llamada enfermedad de Parkinson, que, como sabemos, en muchas ocasiones, sobre todo si la enfermedad está en grado avanzado, puede causar determinadas alteraciones de carácter psíquico, tales como síndrome depresivo, trastornos del comportamiento y, en ocasiones, demencia senil.

Su médico de cabecera confirmó, efectivamente, que su paciente mantenía sus facultades mentales intactas, si bien habría que matizar esta afirmación contundente en el sentido de que dicho médico no era un especialista en Psiquiatría y, en consecuencia, no era la persona más indicada ni la más facultada para emitir este juicio de valor sobre la capacidad mental del testador. Por su parte, el Notario ante el que compareció en diversas ocasiones, con motivo de unos actos jurídicos que realizó —compraventa, permuta, etc.— confirmó, asimismo, que no apreció nada extraño en el comportamiento del otorgante. Como ya ha quedado expuesto en páginas atrás, la valoración que el fedatario lleva a cabo en estos casos es trascendental, debido al prestigio que ostenta la institución notarial en nuestro país, si bien hay que insistir en que no es determinante y que ha de ser comparada con otros medios de prueba que arrojen mayor luz sobre la capacidad mental del otor-

gante, como los informes y dictámenes médicos, siendo prioritarios siempre los emitidos por médicos especialistas en Psiquiatría.

LA INCAPACIDAD MENTAL DEL TESTADOR: PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA ENFERMEDAD MENTAL

Sin duda, para un jurista, no es fácil entrar en el amplio y farragoso ámbito de las enfermedades mentales, aunque éstas vengan referidas, como en el presente estudio, al testamento.

FERRIO explicaba que la enfermedad mental es un término genérico y que, en este sentido, había que emplearlo. Sin embargo, el problema de la terminología, tal como este autor ha expuesto detalladamente (18), es realmente delicado de resolver, desde el momento en que hay que armonizar dos intereses: los de la Medicina y los del Derecho, siendo ciertamente indudable que no se puede prescindir de ninguno de los dos, ya que, en tal supuesto, los conceptos quedarían incompletos, cuando no vacíos.

Hay que resaltar que el Código Civil español no señala el ámbito ni el alcance de la terminología utilizada al referirse a conceptos médicos, lo cual provoca, como no podía ser menos, escollos y dificultades.

FERRIO matizaba afirmando que no cabe hablar de «enfermedad» con fenomenología exclusivamente mental, sino también con base en procesos morbosos somáticos.

BIONDI puntualizaba diciendo que, desde el punto de vista de la sintomatología psíquica, se podían distinguir síndromes, pero no enfermedades, para concluir afirmando que las enfermedades existen únicamente en el ámbito somático (19).

En consecuencia, cabe distinguir entre enfermedades mentales, que tienen una base somática y, de otro lado, las anomalías psíquicas, que carecen de sustrato somático.

Cuando se habla de «sanidad mental» o «salud mental», se alude, en realidad, a la ausencia de factores psíquicos, somáticos o psicosomáticos que afecten a la mente y, en particular, a las facultades de entender y querer, por ser éstas las que verdaderamente interesan en el ámbito jurídico. Obviamente, los antónimos de «sanidad» y «salud mental» son la «insania mental» y la «anormalidad mental».

Si nos referimos ya, en un paso más, al «enfermo mental», hay que entender que es éste un término genérico que incluye a aquél que, pudiendo o no autogobernarse, ve afectada su capacidad de entender y querer por causas

(18) FERRIO, *Psichiatria clinica e forense*, vol. I, Torino, 1959.

(19) BIONDI, *Manuale di Psichiatria*, Milan, 1950.

que radican en su mente, aunque en su origen haya una naturaleza somática, psíquica o psicosomática.

El término «enajenado» hace referencia al enfermo que en todo momento tiene perturbadas las facultades mentales, aunque las manifestaciones patológicas queden en algunos períodos de tiempo aparentemente ocultas, según J. M. CODÓN (20).

Por su parte, el término «demente», era referido, según JUSTINIANO (21), a los que carecen de mente. Para FERRIO (22), la demencia viene considerada como un fenómeno morboso con lesiones irreversibles en el encéfalo. Por lo que respecta al Código Civil español, en este término debían quedar incluidos únicamente aquellos enfermos mentales que han sido incapacitados mediante el oportuno procedimiento. CODÓN y LÓPEZ SÁIZ afirmaban que la demencia quiere desintegración o debilitamiento mental adquirido en la edad adulta y prácticamente permanente e irreparable (23).

Centrándonos ya en el tema debatido, la capacidad de testar —y su contrario, la incapacidad de testar—, lo primero que salta a la vista, de una lectura del artículo 662 de nuestro Código Civil, es el amplio enunciado permisivo, semejante al contenido en el artículo 591 del Código italiano y 902 del francés, si bien se exige una previa delimitación de la capacidad precisa para otorgar testamento. Hay una gran amplitud, como ya ha quedado expuesto en páginas atrás, para testar o, dicho en otras palabras, para conferir capacidad para testar, aunque, paradójicamente, las prohibiciones establecidas parecen tajantes y hacen pensar en supuestos que no encajen en ellas, admitiéndose, en estos casos, la testamentifacción activa, a pesar de las dudas y vacilaciones que ello puede conllevar.

Nuestro Código Civil establece claramente que la capacidad para testar vendrá compuesta o constituida por dos factores básicos y esenciales: *a)* haber cumplido catorce años de edad, y *b)* que en el momento de testar el otorgante se halle en su cabal juicio, que equivale a que tenga plena facultad de entender y querer, cognitiva y volitiva, para acto tan esencial y personalísimo.

Naturalmente, el ámbito de la capacidad mental propiamente dicha desborda, con mucho, los límites de lo jurídico, llegando, como es lógico, a invadir el campo de la Medicina.

El concepto de la capacidad mental integra la carencia de defecto orgánico cerebral y la ausencia de tipos nosológicos que afecten a la mente, que es, lo que a juicio de JESÚS M. DE ALFONSO (24), hay que entender compren-

(20) CODÓN y LÓPEZ SÁIZ, *Psiquiatría judicial, penal y civil*, tomo I, Burgos, 1969.

(21) JUSTINIANO, *Instituciones*, libro 2, título 12.

(22) FERRIO, *Psiquiatría clínica e forense*, citado en nota 18.

(23) CODÓN y LÓPEZ SÁIZ, *Psiquiatría judicial, penal y civil*, citado en nota 20.

(24) DE ALFONSO, JESÚS M. DE, *Apreciación de la capacidad mental del testador...*, citado en nota 16.

dido en el número 2 del artículo 662 del Código Civil, pese a la oscuridad del precepto. En consecuencia, la capacidad para testar queda configurada de la siguiente manera en nuestro Ordenamiento Jurídico-Civil:

CAPACIDAD PARA TESTAR:

- Tener edad suficiente.
- Tener capacidad mental: capacidad de entender y querer.
- Carencia de defecto orgánico cerebral.
- Ausencia de tipos nosológicos que afecten a la mente.

El término «cabal juicio» empleado en el artículo 663 del Código Civil español ha quedado, en la actualidad, obsoleto y, además, es vago e impreciso. La Jurisprudencia ha intentado aclarar este término, pero, en la mayoría de las ocasiones, tal como he tenido ocasión de comprobar a lo largo de esta investigación, sin éxito, ya que es complejo extrapolar conceptos estrictamente médicos al ámbito jurídico.

En cualquier caso, hay que aclarar que la capacidad para entender implica tener ideas claras de las cosas y de los hechos. En este sentido, STERN indicaba que la inteligencia es la capacidad general con la que la persona viene dispuesta a hacer frente a la vida y a sus exigencias (25). Esta definición fue adoptada también por J. A. BRUSSEL, al establecerla como la capacidad general del individuo para ajustar su pensamiento a demandas nuevas e inesperadas que tiene que afrontar en el medio ambiente (26).

El artículo 663.2 del Código Civil, de modo implícito, entiende que el enfermo mental habitual se contrapone al enfermo accidental, del que habría que admitir la capacidad de testar en determinados momentos lúcidos —intervalos lúcidos—. No obstante, el artículo 666 del citado *corpus* legal conduce a un resultado igual o similar, siendo, en todo caso, mucho más claro y práctico.

La expresión «cabal juicio» es equívoca y susceptible de interpretaciones, a veces confusas y embrolladas. No obstante, en una primera aproximación, cabe afirmar que «cabal juicio» quiere decir completo estado de sana razón, según expresa el Diccionario de la Real Academia Española (27). En cualquier caso, habría que preguntarse si, en la actualidad, existe alguna persona que esté en completo estado de sana razón. Más bien, desde mi punto de vista, habría que entender «cabal juicio» bajo un aspecto negativo, es decir, como ausencia de anormalidad mental.

(25) STERN, WILLIAM, *Zur psychologie der aussage*, Berlin, 1902.

(26) BRUSSEL, *The Layman's guide to Psychiatry*, Barnes & Noble, Inc., 1967.

(27) Diccionario de la Real Academia Española, Madrid, 1970.

Es el Notario autorizante del testamento —en el testamento abierto— la persona encargada de efectuar un juicio valorativo de la sanidad mental del testador. Por tanto, es el Notario el que va a afirmar —o negar— que una persona se encuentra en su cabal juicio y, por ende, su testamento es válido, es decir, tiene capacidad para testar. Será el fedatario el que declare que el testador carece de cualquier anormalidad mental que le impida entender y querer.

Naturalmente, aquí se plantean problemas complejos y de difícil solución, tal como, en páginas atrás, a través del estudio y comentario de nuestra Jurisprudencia, hemos tenido ocasión de comprobar.

¿Cuándo se cumple el deber del Notario de apreciar y valorar la capacidad del testador? ¿En qué términos hay que plantear este deber?

Una sentencia de nuestro Tribunal Supremo, muy antigua en el tiempo, declaró que este deber se cumple «cuando el Notario y los testigos conocen de antemano al testador y el primero da fe de hallarse éste en la integridad se sus facultades mentales».

A la vista de esta sentencia, lo primero que hay que considerar es que serán pocas las ocasiones en que se produzca un conocimiento previo por parte del Notario de la persona que acude a la Notaría a testar. Efectivamente, cuando el Notario no conoce, de antemano, al testador, ese íntimo convencimiento que debe alcanzar para afirmar que éste se encuentra en su cabal juicio, será mucho más complejo. En estos casos, hay que pensar que el Notario cumplirá con su deber cuando, por la simple observancia del testador, le juzgue con la capacidad necesaria para el otorgamiento y dé fe, en el instrumento público, de su juicio de valoración.

Lo que no existe, sin duda alguna, es una predeterminación de medios o medidas utilizables por el Notario para llegar a cerciorarse de la capacidad mental del testador en el momento del otorgamiento de su última voluntad. Por lo tanto, hay que entender que cada fedatario empleará sus propios medios para llegar a ese íntimo convencimiento.

Una sentencia, muy interesante, dictada por el Tribunal Supremo el 18 de abril de 1916, señaló que «...si bien el artículo 695 del Código Civil exige que en los testamentos abiertos al otorgarlos comience el testador haciendo expresión de su voluntad ante el Notario y los testigos... nada impide que los testadores faciliten previamente a los Notarios autorizantes las instrucciones oportunas, a fin de preparar el acto del otorgamiento, cuando así conste probado queda cumplido aquel requisito en su finalidad y espíritu si, reunidos luego el Notario y los testigos, el testador ante ellos expresa o da claramente a entender su absoluta conformidad con el testamento redactado».

La expresión empleada por esta última sentencia, «dar claramente a entender», es, sin lugar a dudas, poco apropiada a efectos de que el Notario emita un juicio valorativo sobre la capacidad mental del testador, pues, con esta

mínima exigencia, se reduce notablemente la comunicación entre Notario y testador, dando lugar a que una posible enfermedad mental o un trastorno psíquico grave que éste padezca pase totalmente desapercibido.

Según MIRA LÓPEZ (28), lo importante en la testamentifacción activa es averiguar si la volición —la voluntad, el «querer»— del testador resulta determinada por motivos psíquicos normales o, en otras palabras, atender a la motivación de las disposiciones testamentarias, lo que, en la gran mayoría de las ocasiones, escapa al control del Notario autorizante.

Tal como expone, con agudeza, DE ALFONSO (29), es precisamente en las disposiciones testamentarias donde se materializa la incapacidad, no en el acto-otorgamiento, no en la actividad física que ello comporta, sino en la psíquica de las voliciones que implica el desideratum contenido en cada disposición ordenada por el testador. Este jurista se plantea una cuestión harto problemática: ¿Podrán el Notario —y testigos—, mediante la simple observancia del testador o, incluso, a la vista de las propias disposiciones, apreciar insanias mentales y, en consecuencia, apreciar la incapacidad de aquél?

Por lo que respecta a esta cuestión, hay que resaltar que algunas sentencias de nuestro Tribunal Supremo ya pusieron, en su día, de manifiesto la dificultad que comporta para el fedatario el juicio valorativo que ha de realizar. Así, la sentencia de 21 de marzo de 1952 señaló que «...para constatar la veracidad de estos casos, suelen ser precisos conocimientos científicos propios del psiquiatra». En términos semejantes se manifestaron las sentencias de 30 de noviembre de 1968 y 21 de junio de 1969.

Uno de los medios de los que el fedatario dispone para procurar asegurarse de la capacidad del testador es el llamamiento, con fines asesores, de médicos, con el fin de que emitan un dictamen acerca de la sanidad mental del otorgante. Esta intervención no está sujeta, en la actualidad, a formalidad alguna, siendo potestativo su llamamiento.

Hace muchos años, cuando la Psiquiatría aún no era una especialización médica, la intervención de profesionales médicos, constituyendo requisito *sine qua non* en la testamentifacción activa del incapacitado, era vista con cierto desagrado, no dándosele la importancia requerida.

Esta tendencia, obsoleta, ha sido, por fortuna, superada en nuestros días, aunque no siempre se le ha otorgado el alcance debido a esta intervención.

La concurrencia de dos médicos era exigida para que el «demente» —terminología ésta que, hoy en día, está desfasada, pero que venía referida, en todo caso, al incapacitado— pudiera otorgar testamento, teniendo en cuenta que el artículo 665 del Código Civil era aplicable al supuesto del que quisiera otorgar

(28) MIRA LÓPEZ, EMILIO, *Psicología jurídica*, Barcelona, 1932.

(29) DE ALFONSO, JESÚS M. DE, *Apreciación de la capacidad...*, artículo citado en notas 16 y 24.

testamento habiendo sido declarado incapaz judicialmente, tal como señalaron las sentencias —todas muy antiguas en el tiempo— del Tribunal Supremo, de 10 de junio de 1897, 25 de octubre de 1901 y 22 de enero de 1913, así como la de la Audiencia Territorial de Barcelona, de 10 de julio de 1968.

La sentencia del Supremo, de 16 de febrero de 1945, declaró que «...la afirmación de la capacidad del testador que, en cumplimiento del artículo 685 del Código Civil hace el Notario que autoriza el testamento, alcanza el rango de fuerte presunción *iuris tantum*, con mayor motivo si es coincidente con el informe de los facultativos a quienes ha dado intervención en el otorgamiento...».

Por su parte, la sentencia de 16 de noviembre de 1918 señaló que «...al intervenir los médicos en el testamento no fue en observancia del requisito excepcional del artículo 665, ya que la testadora no estaba demente —éste es el único supuesto en que tiene aplicación—, sino como elemento de juicio no prohibido por la Ley, y sí por el contrario racional y lógico que el Notario aportó para procurar, conforme le obliga el artículo 685, asegurarse con mayor acierto él y los testigos de que, a su juicio, la testadora tenía la capacidad necesaria para testar».

La sentencia de 25 de marzo de 1940 se encarga de precisar el alcance del dictamen médico exigido por el artículo 665 del Código Civil: «...ha de tenerse en cuenta, para la interpretación del citado precepto, que la expresión procurarán asegurarse que en él figura, sustituye a la más imperativa de la primera redacción del actual Código, y que ese cambio de redacción revela que no se exige una aseveración de capacidad con absoluta certeza, ni la intervención facultativa, solamente necesaria en el caso de demencia del artículo 665 del mismo cuerpo legal...».

La sentencia, antes citada, de 16 de noviembre de 1915, afirmó claramente que «el juicio de los médicos no es suficiente y ha de completarse con el formulado a su vez por el Notario y testigos instrumentales, dando fe aquél de hallarse el otorgante en la integridad de sus facultades mentales y haberlo hecho observar y confirmarlo así los testigos».

Por su parte, la sentencia de 11 de diciembre de 1952 llegó a calificar de loable cautela del Notario el hecho de que éste requiriese un previo dictamen facultativo, y la de 22 de enero de 1913 señaló que «...sin que a la fuerza y eficacia de aquella declaración —se refiere a la de hallarse el testador en la plenitud de sus facultades mentales, efectuada por el Notario— pueda obstar el hecho de que innecesariamente requiriese el Notario el dictamen de dos facultativos como modo complementario de asegurarse a su propio juicio de la capacidad del testador...».

Esta última sentencia hace una justa valoración del dictamen de los facultativos, que es elogiable. Pero no siempre ha sido así en nuestra Jurisprudencia, dado que existen muchas sentencias en las que se pone de manifiesto una cierta hipovaluación del dictamen de los profesionales médicos, restándole

importancia a su actuación. En este sentido, he consultado la sentencia de 27 de junio de 1902: «Que otorgado... el testamento con las formalidades establecidas en los artículos 691 y 695... no puede estimarse que aquellas fueran desvirtuadas por el solo hecho de haber concurrido al otorgamiento dos médicos que afirmaron hallarse la testadora en el completo goce de sus facultades, porque si bien por no tratarse de testador demente era innecesaria y aun superflua tal concurrencia —realizándose a instancia del Notario o de otro sujeto— no arguye tal concurrencia la falta de los requisitos esenciales del testamento, ni altera en modo alguno su validez...».

¿Qué tratamiento legal van a tener los denominados «intervalos lúcidos»?

Aunque ya este tema ha sido tratado en un capítulo general anterior —«La capacidad para testar: Análisis y problemática jurídica: Los intervalos lúcidos»—, hay que insistir, de nuevo, en los peligros y riesgos que conlleva la testamentifacción activa en estos períodos de tiempo, a veces muy breves, muy fugaces, en los que el testador se encuentra, según dicción de nuestro Código Civil, en su cabal juicio.

SÁNCHEZ ROMÁN se hacía eco, hace muchos años, de esta compleja problemática, puntualizando que «si representa racional garantía, no está exenta de grandes riesgos como todos los que acompañan a toda prueba pericial declarada bastante para destruir en un momento determinado el estado de incapacidad por locura en que habitualmente viene constituido aquel testador, cuya capacidad en todo caso habrá que apreciarse atendiendo únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar testamento... la teoría de los intervalos lúcidos es justa en cuanto respeta la soberanía de la voluntad en cualquier momento en que exista, pero muy expuesta a fraudes» (30).

Naturalmente, estas afirmaciones hay que entenderlas referidas al ámbito de aquellas personas que no han sido incapacitadas judicialmente, pero que padecen alguna enfermedad mental o algún trastorno psíquico importante y, en consecuencia, surge la duda de si, en realidad, tienen capacidad legal para testar o no y en qué medida en un intervalo lúcido pueden ejercitar su derecho a la testamentifacción activa.

Otro problema, ligado íntimamente a éste, es el referido a los intervalos lúcidos de personas incapacitadas judicialmente. En este supuesto, dos facultativos serán llamados por el Notario autorizante y así deberá hacerse constar, ya que esta designación no puede dejarse al arbitrio ni de los testigos instrumentales, ni del propio otorgante ni de terceras personas. La omisión de este requisito, como no podía ser menos, vicia de nulidad el testamento. A este respecto, es clara la dicción de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1901, señalando que «...el artículo 665 del Código Civil que

(30) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, tomo II, Madrid, 1911.

autoriza al demente —terminología ya desfasada en la actualidad— para testar en un intervalo lúcido se impone al Notario, por vía de excepción a la regla general, la observancia de una formalidad especial encaminada a patentizar este intervalo lúcido, cual es el deber de negar su concurso al otorgamiento a menos que dos facultativos designados por el mismo Notario reconozcan previamente al testador y respondan de su capacidad...».

Hay que entender que los facultativos, a la vista del examen efectuado al testador, emiten un dictamen sobre su estado mental, dictamen que será especialmente dificultoso y complejo en el supuesto de que se trate de un testador afectado de una enfermedad mental, pero que admite la existencia de intervalos lúcidos.

Ya se ha aludido, en páginas atrás, a que determinadas enfermedades mentales y/o trastornos psíquicos graves no admiten la posibilidad de intervalos lúcidos en las personas afectadas. Una sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 15 de enero de 1996, se refirió, si bien someramente, a esta problemática. El supuesto se conducía a una persona que había sido declarada judicialmente incapacitada para la administración de sus bienes, ya que sus facultades de discernimiento, si no totalmente anuladas, sí estaban considerablemente disminuidas y ello con carácter permanente e irreversible, impidiéndole gobernarse por sí misma, sobre todo en el aspecto económico. El Fundamento de Derecho Tercero de esta sentencia señaló que «si bien es cierto que la nueva redacción del artículo 665 del Código Civil, de acuerdo con la Ley 30, de 20 de diciembre de 1991, no excluye radicalmente la posibilidad de que la sentencia de incapacitación contenga un pronunciamiento expreso acerca de la capacidad para testar, la doctrina se muestra generalmente partidaria de no establecer restricciones especiales de la testamentación activa. En primer lugar, porque el otorgamiento de testamento es un acto personalísimo, que no admite nunca un complemento de la capacidad por parte del representante legal, ni por la asistencia o aprobación del curador. En segundo lugar, porque de acuerdo con regulación contenida en los artículos 663.2, 664, 665 y 666 del Código, la ineficacia del testamento no se deriva de una incapacidad formal o declarada judicialmente, sino de la incapacidad natural que realmente presente en cada caso y momento el testador, debiendo reputarse garantías suficientes a efectos de evitar que una persona sin discernimiento suficiente pueda otorgar testamento, las que el citado artículo 665 previene, para el supuesto de que el declarado incapaz pueda otorgar testamento en un posible intervalo lúcido (...)».

Como puede observarse, la problemática de los intervalos lúcidos ha de ser considerada caso a caso, supuesto a supuesto, sin admitir fáciles generalizaciones. Desde mi punto de vista, me inclino a estimar que determinadas enfermedades mentales, tales como la esquizofrenia en grado profundo, la paranoia y la oligofrenia —cuando presenta niveles graves de intensidad—

incapacitan a las personas que las padecen para otorgar testamento válido, no debiéndose admitir, en estos supuestos, la posibilidad de existencia de un intervalo lúcido.

REFERENCIA A LA APRECIACIÓN NOTARIAL DE LA CAPACIDAD DEL TESTADOR

En el testamento abierto, tal como hemos venido insistiendo a lo largo de estas páginas, la intervención del Notario autorizante de aquél tiene una importancia, desde el punto de vista jurídico, que, sin duda, puede, en muchos casos, ser determinante. Sin embargo, cuando se impugna un testamento por falta de capacidad mental del otorgante, surgen, como no podía ser menos, la incertidumbre y la problemática. De ahí que me plantee seguidamente esta delicada cuestión.

Habría que preguntarse hasta qué punto alcanza la fe pública notarial. Una sentencia, muy antigua, de nuestro Tribunal Supremo, de 18 de noviembre de 1915, parece acoger la tesis de que el Notario da fe de la capacidad del testador: «...dando fe aquel (el Notario autorizante) de hallarse el otorgante en la integridad de sus facultades mentales...».

No obstante, esta sentencia es aislada y esta tesis, al menos en la actualidad, no parece que pueda prosperar. En efecto, una sentencia de 21 de junio de 1969, respecto de una impugnación de testamento por falta de capacidad, señaló que «...la fuerza probatoria del documento notarial se extiende a lo que el Notario presencia, pero no a lo que opine, ni a la verdad intrínseca de las declaraciones que en el mismo se hagan...».

La expresión empleada en esta última sentencia no parece la más correcta semánticamente, pues no podría afirmarse que el fedatario presencia la capacidad del testador. La capacidad del testador no se presencia, sino que se observa y, a veces, se deduce de lo que afirma o niega, de su actitud, de sus razonamientos y hasta de su forma de hablar. Según expresaba DE ALFONSO (31), la capacidad mental es una circunstancia psíquica sin traslatividad material e imperceptible por los sentidos, y sí por la razón. En consecuencia, hay que concluir que el Notario lo que hace es apreciar la capacidad, o como dice la sentencia de 10 de julio de 1968 efectúa una apreciación, o un juicio, tal como indicó la sentencia de 30 de septiembre de 1966, una afirmación (sentencias de 25 de abril de 1959, 9 de abril de 1948, 16 de abril de 1945, 10 de abril de 1944, 25 de octubre de 1928), una aseveración (sentencias de 10 de abril de 1959, 10 de abril de 1944, 25 de marzo de 1940 y 18 de abril de 1916), o una declaración, según la sentencia de 22 de enero de 1913.

(31) DE ALFONSO, JESÚS M. DE, Artículo citado en notas 16, 24 y 29.

Como vemos, no se indica nada sobre la presencia o sobre presenciar la capacidad del testador. Por tanto, hay que concluir en que la fe notarial no ampara la realidad de que el otorgante sea capaz, pues se trata de una apreciación psíquica y no de hecho y que se exterioriza por signos perceptibles por el jurista. En otras palabras, la fe pública no se extiende a la verdad intrínseca de las declaraciones que en torno a la capacidad del testador se efectúen. La dación de fe alcanza solamente a su opinión que, por su propia naturaleza, puede o no ser acertada y coincidente con la realidad. Por tanto, la salud mental del testador no llega a la fe notarial.

Muy clara fue, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1925: «La afirmación del Notario de que el testador tenía capacidad para otorgar testamento no supone que haya de aceptarse como verdad indiscutible...»

A mi juicio, lo que hace el Notario es efectuar una apreciación, basada, fundamentalmente, en su propia impresión personal sobre la capacidad del otorgante, pero esa impresión personal nunca puede tener la categoría de verdad indiscutible o de dogma.

La sentencia, también del Supremo, de 21 de marzo de 1952, declaró que «...la fe pública ampara la creencia del fedatario de que el otorgante es capaz...». Y la dictada el 10 de noviembre de 1969 señaló que «el documento público hace fe únicamente del hecho que motiva su otorgamiento y de su fecha, pero no de la verdadera capacidad de los otorgantes».

Hay que plantear qué valor tiene el juicio o la apreciación sobre la capacidad del testador efectuado por el fedatario. Sobre este aspecto, hay diversas sentencias que se refieren a este tema. En concreto, la Audiencia Provincial de Álava dictó, en fecha 27 de julio de 2001, una sentencia, resolviendo la impugnación de la sentencia de instancia en la que se reiteraba que el causante habitualmente no se hallaba en su cabal juicio y que, además, en el momento mismo del otorgamiento carecía de juicio suficiente y tenía enervadas sus facultades mentales en grado tal que no podía llegar a entender y querer lo que hizo en el momento de testar. A este efecto, afirmaba el recurrente que el juicio de capacidad, en el momento de otorgar el testamento, debió hacerlo un especialista Psiquiatra, dados los antecedentes y situación anímica habitual del testador, debido a sus problemas de alcoholismo, con comportamientos extravagantes e irrespetuosos. Con relación al momento mismo de otorgar el testamento, se alegaba que el testador se encontraba afectado por el cloruro mórfico que le había sido suministrado como consecuencia de un infarto de miocardio en día anterior, lo que a juicio del recurrente determinaba, y en base a los informes periciales de los doctores E. y E., una afección en grado sumo de las facultades superiores. El Fundamento Jurídico Segundo de esta sentencia declaró que «...la interpretación de los artículos 663 y siguientes del Código Civil se asienta en las siguientes premisas básicas:

- a) Que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario.
- b) Que la apreciación de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento.
- c) Que la afirmación hecha por el Notario de la capacidad del testador puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre.
- d) Que, por ser una cuestión de hecho, la relativa a la sanidad de juicio del testador, su apreciación corresponde a la Sala de instancia...».

Razonaba esta sentencia afirmando que no se había llegado a probar mínimamente que el posible alcoholismo causara una incapacidad permanente más allá de los concretos y puntuales momentos de afectación por ingestas excesivas de alcohol, ni se acredita sobre una eventual incapacidad precedente, ni siquiera sobre episodios concretos en los que la capacidad mental fuera cuestionada en algún expediente judicial o administrativo, tanto de internamiento, tratamiento ambulatorio o expresamente de incapacitación. De ahí se extraía la consecuencia de que el alcoholismo invocado no podía sino ser causa para estimar que, salvo episodios de efectiva intoxicación por una ingesta próxima, el estado de salud mental del testador suponía una plena capacidad de obrar.

La sentencia razonaba afirmando que la prueba deducida del juicio de capacidad expresado por el Notario era de singular trascendencia, como siempre ha resaltado la Jurisprudencia, destacando, asimismo, que, en la propia escritura, el testador expresó su voluntad en presencia del fedatario y leído el testamento al otorgante, éste manifestó no desear leerlo por sí mismo, pese a declarar que podía hacerlo, elementos todos ellos que revelaban la capacidad del otorgante y su pleno conocimiento del contenido y trascendencia de sus actos, reforzando, si cabe, la referida presunción de capacidad.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 2001, se refirió al alcance de la fe pública notarial. El supuesto se reconducía a un testador que, siendo de estado soltero, había otorgado una disposición de última voluntad instituyendo heredera única y universal a la persona que le cuidaba, falleciendo cuatro días más tarde de un carcinoma renal.

El Tribunal de Instancia valoró la prueba pericial, que no fue emitida por especialista en Psiquiatría, sino en Medicina Interna, no habiendo examinado, directa ni personalmente, al testador, porque la pericial se practicó con posterioridad a su muerte, sin que el médico hubiera tenido relación alguna con el mismo, resultando más bien explicativos los informes y datos suministra-

dos por los hospitales donde estuvo internado antes de su fallecimiento. El perito no informaba propiamente, sino que «sospechaba» que a los pocos días de producirse el alta médica, cuando otorgó testamento, su estado general y mental no había mejorado, aunque no descartaba que tuviera un momento de mayor lucidez y, del mismo modo, «suponía» que, producida el alta, la insuficiencia renal crónica habría empeorado, con mayor acumulo de sustancias tóxicas al cerebro, produciendo una encefalopatía urémica, con obnubilación progresiva, estupor y muerte.

La sentencia declaró que «...la conclusión de que la prueba pericial y conjunto probatorio, incluidos los informes hospitalarios, no resultaban suficientes ni estaban dotados de la contundencia demostrativa necesaria para desmoronar la presunción de capacidad para testar...»

«La insania mental (...) exige actividad probatoria dotada de la seguridad precisa de que efectivamente concurrió, lo que no ha tenido lugar en el caso de autos, con base a un informe pericial indirecto, impreciso y que contiene hipótesis y no conclusiones definitivas, así como los datos hospitalarios...».

«En cuanto a la aseveración del Notario respecto a la capacidad del testador, que refiere el artículo 695, aplicable a los hechos y por tanto no afectado por la reforma operada por la Ley de 20 de diciembre de 1991, adquiere relevancia de certidumbre y por ello es preciso pasar mientras no se demuestre cumplidamente en vía judicial lo contrario...».

Como puede observarse, el juicio de capacidad que hace el Notario adquiere singular relevancia y trascendencia, si nos fundamos tanto en la Jurisprudencia, cuanto en el propio prestigio que ostenta la fe pública notarial.

No obstante, la afirmación notarial de hallarse el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar el testamento no tiene que ser aceptada necesariamente, pues puede ser revisada por el Juez. Así lo indicó la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de marzo de 1974: «...si bien el Notario ha de hacer constar que, a su juicio, “se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento”, dicha afirmación hecha por el Notario no supone que necesariamente tenga que ser aceptada como verdad indiscutible, o sea, por dicha afirmación puede ser revisada por el Juez, como dicen las propias sentencias invocadas, siempre que las pruebas de que disponga para ello sean convincentes; que es lo que ha ocurrido en el presente caso...».

Efectivamente, la afirmación hecha por el fedatario de la capacidad del testador puede ser destruida por ulteriores pruebas demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio. Estas pruebas, se exige, sean muy cumplidas y convincentes, porque la aseveración notarial reviste una especial relevancia de certidumbre.

Desde mi punto de vista, estimo que el juicio de capacidad del testador realizado por el Notario, especialmente en aquellos casos difíciles y complejos, en los que no se aprecia, a simple vista, una anormalidad en el compor-

tamiento o en la actitud del otorgante, será un juicio incompleto, porque, insisto, el Notario no es un especialista en Medicina, ni tiene obligación de poseer conocimientos psiquiátricos ni psicológicos.

Veamos una interesante sentencia dictada por el Tribunal Supremo, de 24 de julio de 1995, con motivo del otorgamiento de un testamento en el que se acreditó el cumplimiento de todas las formalidades legales, pero ello no impidió que fuera declarado nulo al probar que el testador no tenía completa su facultad mental o volitiva. En este supuesto, el fedatario apreció que el testador se encontraba en su cabal juicio. Sin embargo, se demostró fehacientemente, más tarde, que dicho testador, de setenta y tres años de edad, había empezado a padecer ciertos trastornos mentales, como pérdidas de memoria y control intelectual, abandono de su vida social, etc. Y que a los tres años siguientes su médico especialista, que le visitó en dos ocasiones, observó en él una conducta inadecuada, con tendencia a la huida y a salir desnudo, entre otras manifestaciones anormales. Hay que destacar que quince días después de otorgar el testamento fue ingresado en el Hospital Psiquiátrico con la siguiente sintomatología: conducta de tipo delirante con francas ideas de persecución, confusión mental, amnesia, desorientación autopsíquica y temporal, no espacial, siendo incapaz de concretar el número de hijos, ni su lugar de residencia. Posteriormente, sufrió nuevos ingresos, afirmando los especialistas del Hospital que su sintomatología se fue enquistando, llegando a un cuadro de demencia profunda, sin posibilidad de recuperación, por lo que se trasladó, dentro del Hospital, a una unidad de larga estancia.

Con este cuadro clínico otorgó el testamento. El Notario declaró que, en líneas generales, no se acordaba ni podía puntualizar las circunstancias concretas del otorgamiento, pero que, si le hubieran manifestado la enfermedad que padecía el testador, no hubiera autorizado el acto, afirmación que no coincide exactamente con la acotación que figura en el propio testamento, de que el testador «que sabe firmar, pero no puede hacerlo por impedirlo su enfermedad, haciéndolo a su ruego un testigo».

Por su parte, un testigo manifestó que no conocía al testador con anterioridad, y que éste no hizo ninguna manifestación, ni pronunció una sola palabra durante todo el acto del otorgamiento del testamento, pues incluso cuando el fedatario leyó lo que ya tenía escrito, permaneció callado, siendo también cierto que el testador no le pidió que firmara por él.

El otro testigo confirma íntegramente las aseveraciones efectuadas por el anterior, insistiendo en que el testador no pronunció una sola palabra durante toda la reunión, permaneciendo recostado en la cama y, en su opinión, no era consciente del acto que se estaba celebrando.

La sentencia concluye, declarando que «puestas en relación estas manifestaciones de los testigos presenciales, no interesados en el otorgamiento del testamento, con la historia clínica de la enfermedad que padeció el testador

hasta su fallecimiento, y que ya sufría en diciembre de 1983, resulta obligado coincidir con la Sala de apelación en la declaración de nulidad que hace, respecto a la disposición de última voluntad que se ha impugnado en el pleito. Existen elementos de prueba en los autos más que suficientes para que no pueda prevalecer el error apreciativo que se denuncia en el motivo por cuya causa debe decaer éste...».

Hay que destacar que el artículo 167 del Reglamento Notarial, de 2 de junio de 1944, estableció que «el Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones de Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate».

En todo caso, hay que recordar que la intervención del Notario tiene un carácter preponderante y que el principio *pro capacitate* del otorgante resuelve la problemática a favor del mantenimiento del testamento, reputando capaz al testador, siempre, claro está, que no consta la incapacitación judicial.

En cualquier caso, el juicio, apreciación o valoración que lleven a cabo los facultativos sobre la capacidad mental del testador habrá de ser siempre prevalente con respecto al emitido por el Notario, y ello por razones obvias que creo que ya han sido suficientemente comentadas y analizadas.

REFERENCIA A LA INTERVENCIÓN DE LOS FACULTATIVOS

El artículo 665 del Código Civil estableció expresamente que el Notario no autorizará el testamento sino cuando los médicos respondan de la capacidad del otorgante.

La redacción de este precepto ha originado algunas dudas y vacilaciones en la doctrina, por lo que respecta a la responsabilidad que genera este dictamen en los facultativos.

A esta problemática, apasionante, a mi juicio, la doctrina ha dado respuesta afirmando que, aunque dicho precepto se refiere a la capacidad mental, y es, por tanto, un concepto médico, también es parte integrante, y no puede negarse, de un concepto jurídico y presupuesto de la testamentifacción activa, cuya determinación escapa a las atribuciones de los profesionales médicos, sujetándose, en todo caso, su actuación a su leal saber y entender, por lo que tan sólo se podría exigir responsabilidad en cuanto que en el desempeño de sus funciones y obligaciones hayan actuado con culpa o negligencia inexcusables (32).

(32) SÁNCHEZ ROMÁN, «Estudios...», *ob. cit.*, en nota 30.

No cabe duda, sin embargo, que será el fedatario el que pregunte e inquiere de los médicos en torno a la capacidad mental del testador y serán los facultativos los que deban satisfacer las preguntas relativas a dicho extremo, mediante la oportuna emisión de su opinión profesional y será en esta medida en la que respondan de la capacidad.

La intervención de los facultativos, sobre todo en determinados supuestos, se revela como fundamental. Estimo que el dictamen de los médicos ha de ser determinante en orden a la apreciación de la capacidad mental del testador. Son los médicos los que están verdaderamente facultados para la emisión de un dictamen de esta clase.

Ahora bien, ¿debe ser psiquiatra el facultativo que lo emita o basta con que sea un profesional de la medicina, sin atención a su especialización médica?

La respuesta a esta pregunta no es fácil, pero, en todo caso, hay que tener presente que, en la actualidad, los avances científicos han permitido el reconocimiento y la valoración de determinadas enfermedades y trastornos psíquicos que, hasta hace algunos años, eran prácticamente desconocidos. Hoy en día, lo lógico sería exigir el dictamen de facultativos especialistas en Psiquiatría y no admitir el emitido, por ejemplo, por un médico internista.

Según expone CODÓN y LÓPEZ SÁIZ (33), siempre en contemplación de la actual situación de la Psiquiatría y de los avances operados en este ámbito, si comparamos su estado a la promulgación del Código Civil, hay que entender que es absolutamente necesario, a los fines del artículo 665 de dicho *corpus* legal, intentar, cuanto menos, que los facultativos que hayan de concurrir al otorgamiento sean especialistas en la Ciencia de la Psiquiatría y únicamente ante la imposibilidad o ausencia de ellos, acudir a cualesquiera otros profesionales de la Medicina, cuyo dictamen —aun sin negar la indudable competencia de dichos profesionales—, atendiendo la constante necesidad de especialización que invade todas las profesiones liberales, de la que la Medicina, al igual que el Derecho, no escapa, no puede tener la ortodoxia y autoridad que, sin duda, sería atribuible al emitido por un especialista en Psiquiatría.

Estimo que el dictamen ha de ser emitido por un especialista en Psiquiatría, que será la única persona competente para apreciar la capacidad mental del testador.

Por otro lado, aunque es un tema íntimamente conexo con lo expuesto, hay que tratar la problemática que puede suscitarse cuando el dictamen de los facultativos es dudoso o, al menos, no es radicalmente afirmativo de la capacidad del testador, ¿podría el Notario autorizar el testamento ante la dudas de los médicos psiquiatras?

(33) CODÓN y LÓPEZ SÁIZ, *ob. cit.*, en notas 20 y 23.

A esta interrogante, la mayoría de la doctrina, en nuestro país, se decanta por entender que, en función de los principios del *favor testamenti* y *pro capacitate*, habría que pronunciarse por la validez del testamento, siempre, naturalmente, que se trate de un testador que no ha sido previamente incapacitado. No incurriría, según el sentir de la doctrina dominante, el fedatario en responsabilidad alguna por esta autorización, porque siempre le cabría ampararse en dichos principios jurídicos. El Código Civil, asimismo, se muestra generoso por lo que respecta a la testamentifacción activa y, como expresaba BONET Y RAMÓN (34), declara capaces para este negocio a personas que para cualquier otro no lo son y, además, porque todo lo que concierne al tema de la incapacidad es siempre de interpretación restrictiva.

Desde mi punto de vista, habría que ser mucho más cuidadoso en este tipo de problemas. Tengamos en cuenta que si los facultativos muestran sus dudas o vacilaciones en lo que concierne a la capacidad mental del testador, será porque hay motivos, más que suficientes, para ello. En consecuencia, autorizar un testamento en estas condiciones es, cuanto menos, arriesgado.

Un supuesto diferente, pero relacionado con lo anterior, se plantea AGÚNDEZ (35), cuando el dictamen médico, previo al otorgamiento del testamento por el incapacitado, es favorable a la capacidad, pero el fedatario disienta del mismo. Aquí, parece que la cuestión estaría más clara: Estimo que, a pesar del disentimiento del Notario, éste deberá autorizarlo, si bien ha de admitirse la posibilidad de que éste haga sus reservas en tal sentido. Tengamos en cuenta que no se trata de que el fedatario haga también una apreciación o valoración del dictamen de los facultativos, ya que esto sería absolutamente inadecuado. En consecuencia; el Notario debe estar y pasar por el dictamen emitido por los médicos competentes para ello, aunque, en su fuero interno, su íntimo convencimiento le lleve a la conclusión de que el otorgante no se encuentra en su cabal juicio o con capacidad suficiente como para otorgar testamento.

Otra cuestión a considerar, relacionada con el dictamen de los facultativos, viene referida, precisamente, al momento de la emisión de este dictamen. ¿Cuándo debe producirse? ¿Antes o una vez otorgado el testamento?

Naturalmente, la respuesta a esta cuestión ha de decantarse, siempre y en todo caso, por la emisión del dictamen con anterioridad al otorgamiento del testamento. Esto quiere decir que, con carácter previo, los facultativos habrán de reconocer y examinar al otorgante y comprobar en qué estado mental se encuentra. Sin embargo, no hay obstáculo legal, en principio, para que, una vez concluido el otorgamiento, los facultativos entreguen al Notario autori-

(34) BONET Y RAMÓN, *Código Civil comentado*, Madrid, 1964.

(35) AGÚNDEZ, A., «La incapacidad del enajenado: Concepto, declaración e integración», en *Revista de Derecho Procesal*, 1958.

zante un dictamen escrito, en el que razonen, una vez reconocido y examinado al testador, las bases de sus criterios anteriormente manifestados e incluso se admite que puedan ampliar dichos criterios con nuevas aportaciones y matices concretos. En una palabra, que detallen el informe o dictamen. En este sentido, una interesante sentencia de 26 de mayo de 1918 declaró que la protocolización de un dictamen emitido por escrito por los facultativos intervinientes supone una mayor documentación y no implica una quiebra del formalismo excepcional impuesto legalmente, sino una mayor constancia de las circunstancias fácticas concurrentes en tal delicado momento, máxime cuando la presentación y protocolización de ese dictamen es posterior, en el tiempo, al momento de la testamentifacción activa que, en definitiva, es el que debe ser tomado en cuenta para la observación de aquellas formalidades, siendo el dictamen escrito conveniente para la ilustración judicial.

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA
Doctora en Derecho. Abogada

Problemática de la inclusión y exclusión de bienes en el inventario

SUMARIO: I. EL INVENTARIO COMO OPERACIÓN PREVIA A LA HERENCIA.—II. CONCEPTO Y FINALIDAD DEL INVENTARIO: FINALIDAD E IMPORTANCIA. CONEXIÓN DEL INVENTARIO CON OTRAS OPERACIONES PREPARTICIONALES Y SITUACIONES ESPECIALES PREVISTAS EN EL CÓDIGO CIVIL.—III. CONTENIDO DEL INVENTARIO: 1. LA RELACIÓN DE BIENES Y DERECHOS CONTENIDA EN EL ANTIGÜO ARTÍCULO 1.066 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. 2. METÁLICO: NOCIÓN Y CONTENIDO. 3. ALHAJAS: NOCIÓN. 4. EFECTOS PÚBLICOS Y TÍTULOS VALORES: NOCIÓN Y CLASES. 5. SEMOVIENTES: NOCIÓN Y CLASES. 6. FRUTOS: NOCIÓN Y CLASES. 7. MUEBLES: NOCIÓN Y CLASES. 8. INMUEBLES: NOCIÓN, CLASES Y FORMAS DE DESCRIBIRLOS SEGÚN LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA. 9. DERECHOS Y ACCIONES. 10. EL INVENTARIO DE ESCRITURAS, DOCUMENTOS Y PAPELES. 11. OPERACIONES REGISTRALES QUE PUEDE COMPRENDER EL INVENTARIO. 12. EL PASIVO DE LA HERENCIA.—IV. EXCLUSIÓN E INCLUSIÓN DE BIENES: 1. DERECHOS POTESTATIVOS O DE CONFIGURACIÓN JURÍDICA. 2. BIENES DE DUDOSA PROPIEDAD. 3. BIENES SUSTRÁIDOS. 4. EL AJUAR DOMÉSTICO. 5. DERECHOS QUE SE EXTINGUEN POR LA MUERTE DEL CAUSANTE. 6. DERECHOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL. 7. INDEMNIZACIONES POR CAUSA DE MUERTE QUE CORRESPONDÍAN AL CAUSANTE. 8. BIENES Y DERECHOS DE UN TERCERO.—V. CONCLUSIONES.

I. EL INVENTARIO COMO OPERACIÓN PREVIA A LA HERENCIA

Son operaciones preparticionales todo el conjunto de actividades u operaciones que deben realizar los coherederos (1) desde la apertura de la suce-

(1) Señala el artículo 1.052 del Código Civil: «Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia. / Por los incapacitados y por el ausente deberán pedirla sus representantes legítimos». Ahora bien, ¿Sólo los herederos pueden pedir la partición de la herencia? La respuesta es negativa. También pueden pedir la partición: los legatarios de parte alícuota; los legitimarios; los cesionarios de un heredero o de un legatario de parte alícuota; los acreedores de la herencia; los acreedores de un heredero, pero sólo en el caso que el heredero haya repudiado la herencia en perjuicio de los derechos de los acreedores y estos hayan usado del derecho del artículo 1.001 del Código Civil; el cónyuge viudo (art. 1.038 de la LEC).

sión hasta la división y adjudicación del caudal relicto entre los mismos. Algunas de ellas también hay que realizarlas aunque haya un solo heredero y no haya partición.

La más frecuente causa de extinción de la comunidad hereditaria es la distribución de los bienes hereditarios entre los herederos. Para llegar a ese resultado es preciso realizar una serie de actividades que se engloban en el concepto general de «proceso hereditario». La partición sería el acto de separar, dividir y repartir los bienes hereditarios entre los herederos. Fase final por tanto del proceso.

El Código Civil no contiene una regulación legal de las operaciones que deben realizar los herederos o personas encargadas de repartir los bienes de la herencia entre los coherederos. Esto provoca una dispersión de ideas doctrinales y la necesidad que la práctica jurídica supla esta parquedad legislativa.

A mi juicio, al titular este epígrafe como «operaciones preparticionales» entendemos como tales todo el conjunto de actividades que empiezan con la apertura de la sucesión y que concluyen con la adjudicación de los bienes a los distintos llamados a la sucesión. Se deben distinguir dos fases fundamentales: La primera fase, previa a la partición en sentido estricto y que está compuesta de un conjunto de actividades de muy diversa naturaleza y rango y que van desde la solicitud de la copia del testamento, la liquidación del régimen económico matrimonial, el inventario y avalúo, la colación..., etc. Y la segunda fase, que estaría constituida por la partición en sentido estricto, y que incluiría la formación de los lotes y su adjudicación a los interesados.

La doctrina enfoca este tema desde perspectivas y soluciones muy diferentes. Prácticamente cada autor tiene su propio esquema clasificatorio. Ello nos obliga a exponer de forma seguida un conjunto de opiniones doctrinales, sin olvidar la necesidad de intentar realizar conclusiones con posterioridad. No obstante sin olvidar que prácticamente cada autor tiene su propio criterio clasificatorio sobre las operaciones preparticionales y particionales. Existe un primer grupo de autores que incluyen el Inventario y el Avalúo entre las operaciones particionales, señalan estos autores:

SERRANO ALONSO (2) señala que «la práctica forense ha suplido la parquedad legislativa mediante la creación del llamado cuaderno particional». Añade que «el cuaderno particional se inicia con una descripción detallada de la

(2) SERRANO ALONSO, EDUARDO, *Manual de Derecho de Sucesiones*, Madrid, 1997, Editorial McGraw-Hill, págs. 57 y 58. En la página 57 también señala que «el Código Civil no contiene una relación detallada de las operaciones que deben realizar las personas encargadas de repartir los bienes de la herencia entre los coherederos. La práctica forense ha suplido la parquedad legislativa mediante la creación del denominado cuaderno particional».

persona del causante, del momento de su fallecimiento y de los detalles más relevantes de su testamento con referencia a las disposiciones concernientes al enterramiento y funeral. Su núcleo se compone, al menos, de tres apartados o secciones; una primera a determinar la masa hereditaria», en la que se incluiría el inventario y avalúo de los bienes hereditarios, con la consiguiente liquidación de los mismos. «La segunda sección del cuaderno particional está destinada a formar los lotes de bienes... La tercera sección contiene la adjudicación y entrega de los bienes de cada uno de los coherederos».

El cuaderno particional aparece en este autor y en los demás que estamos señalando, a mi juicio, como el documento que refleja todo el proceso hereditario que tiene lugar desde que muere una persona hasta la adjudicación de los bienes a los herederos.

LACRUZ BERDEJO (3) señala que «El Código Civil contiene escasas indicaciones sobre la estructura general de la partición, pero sobre esta materia hay una práctica muy extendida, según la cual un cuaderno particional comprende, tras la exposición de antecedentes, como operaciones particionales propiamente dichas, y según la enumeración usual (que, por lo demás responde a una *racional secuencia*), el inventario, el avalúo, la colación, la liquidación y la adjudicación». Las operaciones de inventario, avalúo y liquidación se dirigen a concretar el caudal en un conjunto valorado de bienes actuales, esto es, limpio de deudas. Posteriormente, se procederá a la formación de los lotes, guardando la igualdad más posible. Y, finalmente, a la adjudicación de los bienes que correspondan a cada heredero.

La idea de «racional secuencia» que emplea este autor, nos transporta a la idea de «proceso hereditario» que se vislumbra en toda la doctrina, como ya hemos señalado en otra parte de este trabajo.

BALLESTER GINER (4) concluye lo siguiente: «La parte central o núcleo de la partición va precedida de un encabezamiento referido al lugar, fecha, estado civil y sucesores del fallecido, y las bases, que consisten en los supuestos de hecho y de derecho en los que se constatan el testamento o el auto (hoy también acta notarial) de declaración de herederos, la determinación de los interesados, régimen económico matrimonial, si el interesado estaba casado, renunciaciones, etc., cerrándose la partición con las correspondientes comprobaciones y ciertas disposiciones finales que versan sobre la distribución si aparecen deudas y obligaciones, bienes o derechos, convenio sobre entrega de títulos y mutua y recíproca responsabilidad en caso de evicción o saneamiento».

(3) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo V, «Derecho de sucesiones», págs. 117 a 121.

(4) BALLESTER GINER, ELADIO, *Derecho de sucesiones. Aspecto civil y fiscal*. Editorial Revista de Derecho Privado, 2.^a ed., Madrid, 1989, pág. 242.

LLEDÓ YAGÜE (5) propone un cuadro en el que describe las distintas operaciones que comprende la partición. Distingue entre una parte preliminar, en la que encuadra el encabezamiento y las bases, y el propio cuerpo de la partición que subdivide en cuatro grupos: La relación de bienes, con el inventario y el avalúo; la colación de bienes; la liquidación del haber hereditario, y la división y adjudicación.

PUIG PEÑA (6) afirma, refiriéndose a las operaciones particionales, que «Esta cuestión ha quedado generalmente reducida, hasta ahora a “actuaciones de la práctica” con escasa investigación científica». Al estudiar las operaciones particionales en particular, distingue cinco apartados: Inventario, Avalúo, Liquidación, División y Adjudicación.

Destacar, como lo hacen los autores que estamos mencionando, que es la práctica la que ha señalado la estructura del cuaderno, no obstante no se puede afirmar de modo categórico que no existen normas legales; ya que éstas sí que existen en materia de juicio de testamentaría, un ejemplo es el artículo 1.066 de la LEC, que marca el orden de los bienes en el inventario que se refleja en el cuaderno particional.

RIVAS MARTÍNEZ (7) «Divide estas operaciones en cuatro grupos:

1. Sobre el fallecimiento del causante e interesados en la herencia. Se incluyen en este apartado los datos del fallecimiento del causante, su última voluntad, las personas llamadas a la sucesión y en qué concepto y cuantía.
2. Inventario y avalúo.
3. Sobre la liquidación de la masa partible.
4. Sobre la división y adjudicación».

En definitiva, cada autor citado tiene su propio esquema. Todos coinciden en afirmar que tras los antecedentes, se deben enumerar o inventariar los bienes, después liquidarlos y finalmente adjudicarlos, tras la formación de lotes. Un segundo grupo de autores apoyan en cambio mi tesis de que el Inventario y el Avalúo constituyen operaciones preparticionales. Dicen estos autores:

(5) LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO, *Derecho de Sucesiones. La comunidad hereditaria y la partición de la herencia*, Universidad de Deusto, 1993. LLEDÓ YAGÜE nos propone, tras establecer una parte preliminar, una clasificación en cuatro grandes bloques. A saber, inventario y avalúo, colación, liquidación y división y adjudicación.

(6) PUIG PEÑA, FEDERICO, *Tratado de Derecho Civil español*. Tomo V, Sucesiones, vol. III, «Relaciones sucesorias en particular», Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 247. Señala, refiriéndose a las operaciones particionales, que «esta cuestión ha quedado generalmente reducida, hasta ahora, a “actuaciones de la práctica”, con escasa investigación científica; pero en los últimos tiempos y quizá por influencia de los procesalistas, se ha producido una intensa problemática de alcance técnico digna de la mayor estima. Luego PUIG PEÑA, el estudio de las operaciones particionales en particular lo divide en: A) Inventario, B) Avalúo, C) Liquidación, D) División, E) Adjudicación».

(7) RIVAS MARTÍNEZ, JUAN JOSÉ *Derecho de Sucesiones, Común y Foral*, Tomo II, Editorial Dykinson, 1992, capítulo XXI.

DÍEZ PICAZO y GULLÓN (8) señalan que «...cabe destacar que en la mecánica de la partición se pueden distinguir dos momentos fundamentales: un momento preparticional, que comprende tres operaciones fundamentales: el inventario, la tasación y liquidación para determinar el activo neto partible, y un momento particional estricto, que está constituido por la formación de lotes e hijuelas y su adjudicación a los interesados...»

PUIG BRUTAU (9) señala que «la partición se desenvuelve a través de una serie de operaciones que responden a la necesidad de determinar los bienes y relaciones jurídicas que componen la herencia del causante; ... Si la partición requiere, como dice ESPÍN, el previo conocimiento de los bienes dejados por el causante y su valoración respectiva, la primera operación ha de consistir en el inventario y el avalúo de tales bienes; si también es operación previa a la división del haber partible entre los herederos la determinación del activo de la herencia a base de deducir el pasivo, será necesario proceder a la correspondiente liquidación; sólo entonces será posible realizar la división en sentido estricto y la correspondiente adjudicación». Por tanto, este autor habla de tres operaciones distintas, a las que añade la colación.

El *Tribunal Supremo* ha planteado en diversas sentencias el tema que estudiamos y ha hablado de operaciones previas a la partición, distinguiendo entre la partición propiamente tal, como división, formación de lotes y adjudicaciones de bienes, de lo que son las operaciones previas y necesarias para la conclusión de la comunidad hereditaria.

Sentencia de 26 de noviembre de 1955 (10). En su Considerando cuarto establece que «...es indiscutible que la Ley la reputa necesaria (se refiere a la citación para el inventario) y concede al inventario una importancia excepcional proporcionada a su concepto de *base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales*...».

Sentencia de 15 de octubre de 1973 (11). En su Considerando cuarto establece que «...concediendo al inventario una importancia excepcional proporcionada a su concepto de *base fundamental sobre la que descansan las*

(8) DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistemas de Derecho Civil*, vol. IV, 2.ª ed., Editorial Tecnos, pág. 705. Los profesores DÍEZ-PICAZO y GULLÓN destacan, con evidente ánimo de simplificación, dos momentos en la mecánica particional. Un momento previo donde incluyen inventario, avalúo y liquidación, y uno posterior, o propiamente particional, donde se incluyen la formación de lotes y la adjudicación. Esta clasificación propuesta es bastante cercana a la que defiende en esta tesis, y tiene una virtud esencial, que es su claridad y nitidez.

(9) PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, vol. 3.º, Editorial Bosch, 4.ª ed., págs. 463 y sigs.

(10) Sentencia de 26 de noviembre de 1955. Sala 1.ª del Tribunal Supremo. Ponente: FRANCISCO BONET RAMÓN. *Colección Legislativa*, núm. 60, año 1955, págs. 700 y sigs.

(11) Sentencia de 15 de octubre de 1973. Sala 1.ª del Tribunal Supremo. Ponente: MARIANO GIMENO FERNÁNDEZ. *Colección Legislativa*, núm. 427, págs. 319 y sigs.

operaciones particionales, ya que cualquier defecto u omisión en el mismo puede reflejarse en la confección de la partición en sus distintas fases u operaciones...»

Sentencia de 23 de diciembre de 1976 (12). Señala en su primer Considerando que «...inventario, el cual es la *base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales*...»

Sentencia de 22 de marzo de 1984 (13). Señala en su Considerando segundo que «...según entiende correctamente la Sala *a quo*, el documento en cuestión, conjugado con la declaración del testigo al que se le exhibió, no contiene un acto particional propiamente dicho, sino que se limita a expresar una relación de bienes, liquidación y valoraciones de haber hereditario de cada uno de los titulares a efectos meramente fiscales, como así aparece de modo indudable, pues si la comunidad hereditaria se extingue con la división del activo, distribuyendo los bienes en proporción a las respectivas cuotas, es patente que en el escrito de que se trata, dirigido al Liquidador-Jefe del Impuesto General sobre Sucesiones de Vitoria y la provincia de Álava, *sólo se contiene la determinación de la masa dividenda (inventario y avalúo)* y la concreción cuantitativa de la cuota parte de cada heredero y del cónyuge viudo, pero sin la atribución de bienes para cubrir el correspondiente haber mediante la adjudicación de cosas concretas en los términos previstos por los artículos 1.061 y siguientes del Código Civil...». Por lo tanto, la mera relación de bienes y derechos y su valoración (inventario y avalúo) a efectos liquidatorios, no tiene el carácter de operación particional.

Sentencia de 16 de mayo de 1984 (14). Señala en su Considerando cuarto que «...deduciendo que se hubiese encargado el avalúo la previa existencia del inventario; pues, en efecto, no se advierte la tacha de que se habla, ya que, si bien existe la posibilidad de que en un solo acto se efectúen el inventario y la tasación y partición y subsiguiente adjudicación y hasta es práctica usual de los contadores, sin que hayan de darse en las privadas las acusadas diferencias que ofrecen las particiones judiciales en las que el inventario se regula en los artículos 1.063 al 1.067 y las operaciones propiamente divisorias en el 1.077, sin que se identifique aquél con la relación de bienes del punto primero de este último citado artículo, pero con todo y en las particiones privadas como en las judiciales se ha de conceder al inventario como previno la sentencia de 26 de noviembre de 1955, «una importancia excepcional proporcionada a su concep-

(12) Sentencia de 23 de diciembre de 1976. Sala 1.^a del Tribunal Supremo. Ponente: GREGORIO DÍEZ-CANSECO Y DE LA PUERTA. *Colección Legislativa*, núm. 401, págs. 832 y sigs.

(13) Sentencia de 22 de marzo de 1984. Sala 1.^a del Tribunal Supremo. Ponente: JAIME DE CASTRO GARCÍA. *Colección Legislativa*, núm. 178, págs. 1304 y sigs.

(14) Sentencia de 16 de mayo de 1984. Sala 1.^a del Tribunal Supremo. Ponente: CECILIO SERENA VELLOSO. *Colección Legislativa*, núm. 297, pág. 2190 y sigs.

to de base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales», y por lo tanto sólo a partir de la regular formación del mismo como *operación inicial* se pueda pasar a las subsiguientes y lo que la Sala tiene apreciado, sin que el recurso lo haya combatido con éxito es que al cuaderno particional, de 3 de diciembre de 1977, le precedió un inventario que, por no haberse efectuado con la citación prevenida en el párrafo segundo del artículo 1.057 del Código Civil, de aplicación en momento en que la legitimaria ni siquiera estaba emancipada por razón de matrimonio, era nulo y hacía claudicar las operaciones divisorias practicadas sobre esa base inválida...».

Tras esta exposición doctrinal y jurisprudencial podemos exponer una *conclusión*: La falta de normas legales claras sobre esta materia ha hecho que la doctrina se disperse y prácticamente tengamos tantas clasificaciones de las operaciones particionales o teorías distintas como autores han tratado la materia.

Por nuestra parte, vamos a tratar como parte central de nuestro estudio el Inventario y el Avalúo. Y para ello vamos a distinguir dos grandes fases sucesivas en el tiempo que media desde la apertura de la sucesión por el fallecimiento del causante hasta la extinción de la comunidad hereditaria por adjudicación del patrimonio hereditario líquido. Una primera fase, que denominaremos como preparticional y en el que se incluyen un conjunto heterogéneo de actos y operaciones, tales como: la determinación de la última voluntad del causante, bien por la apertura del testamento, ya sea abierto, cerrado u ológrafo, o por la determinación de los herederos abintestatos, ya sea judicialmente o mediante acta de notoriedad; la necesaria interpretación del testamento; la liquidación del régimen económico-matrimonial, en el caso que el causante fuere casado; el inventario y el avalúo de los bienes del causante, que será el núcleo gordiano de nuestro estudio; la colación de bienes en los casos en que sea preciso; el pago de las deudas hereditarias a los acreedores; si hay lugar o no para evitar la división del caudal. Y una segunda fase, que llamaremos particional en sentido estricto. Esta fase consistirá en la liquidación de los bienes hereditarios, la división de los mismos, la formación de lotes entre los herederos y la adjudicación a cada heredero de los bienes que le correspondan, dándose de esta forma fin a la comunidad hereditaria nacida por el fallecimiento del causante.

II. CONCEPTO Y FINALIDAD DEL INVENTARIO

Una de las operaciones imprescindibles en el procedimiento particional es el inventario, el cual, por su forma y contenido, constituye la materia prima de la que se nutren las demás operaciones particionales que le siguen y que tienen que realizarse para que se conozca el total del caudal relicto.

Para satisfacer la necesidad de asegurar los bienes y derechos correspondientes a una persona, cuando por falta de capacidad de ella o por disposición de la ley han de pasar en concepto de administración o de usufructo a otra, o cuando al fallecer una persona, sus causahabientes quieren poner fin a la comunidad hereditaria, ha establecido el legislador como base de garantía, que a aquélla a quien se entreguen los bienes forme inventario de ellos, por cuyo medio se conoce siempre circunstancialmente los que recibió y debe entregar en su día, o el alcance de la responsabilidad civil que por su mala fe o descuido le afecte.

Es el inventario una relación detallada, ordenada y circunstanciada de bienes y documentos, revestida con los requisitos legales necesarios para darle autenticidad. Desde otro punto de vista se puede decir que es una enumeración contable del activo y del pasivo de la herencia, de la comunidad indivisa que se trate de liquidar etc. En nuestro estudio abordamos fundamentalmente el activo de la herencia, al pasivo, sólo hacemos una breve referencia; la razón de ello es que entendemos que el estudio de las cargas, deudas y obligaciones del causante ha de hacerse siguiendo las directrices de la práctica jurídica y de la doctrina, en fase de partición, concretamente al estudiar la operación particional de *liquidación* de la herencia, fase en la que se determina el activo neto partible.

Para que el inventario produzca uno de sus principales efectos, o sea, determinar la responsabilidad civil exigible al que recibe bienes por este medio, es necesario hacer constar en él la valoración o tasación que se les haya dado (15).

Como un primer intento de acercamiento al tema veremos el significado etimológico de la palabra inventario.

El Diccionario de la Lengua Española (16) se refiere al inventario, diciéndonos que es «el asiento de los bienes y demás cosas pertenecientes a una persona o comunidad, hecho con orden y distinción».

(15) CAMINERO, *Tratado teórico y práctico sobre partición de herencia. Tutela y protutela y consejo de familia*, vol. XCIX, 3.ª ed., Editorial Reus, Madrid, 1927, pág. 240.

(16) *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima primera edición. Inventario (del latín *Inventarium*), masculino. Asiento de los bienes y demás cosas pertenecientes a una persona o comunidad, hecho con orden y distinción. Papel o instrumento en que están escritas dichas cosas. V. Beneficio de Inventario. Com. libro de inventarios. El *Diccionario ideológico de la Lengua Española*, 2.ª ed., 8.ª tirada. Editorial Gustavo Gili, Barcelona, 1977, pág. 624, lo conceptúa como «Inventario: Lista o relación ordenada de los bienes y demás cosas pertenecientes a una persona o comunidad. Documento en que están escritas dichas cosas». Como vemos en ambas definiciones se hace referencia al continente (documento, papel, instrumento...) como al contenido (asiento, relación o lista de bienes). No quedaría completa esta aproximación etimológica, si no hago referencia al *Tesoro de la Lengua Castellana o Española de Cobarruvias*, Ediciones Facsímil, Turner, Madrid, junio de 1984, pág. 740, que se refiere al inventario en los siguientes términos: «Inventario. El memorial de bienes muebles o raíces, así de los vivos como de los difuntos. *Catina inventarium repotorium, in-dex*, etc.».

Doctrinalmente, también ha sido objeto de variadas definiciones (17). Iremos señalando algunas:

LLEDÓ YAGÜE (18) y CLEMENTE DE DIEGO (19) dicen que el inventario es «la relación de todos los bienes que constituyen la herencia, descritos de tal modo que puedan ser perfectamente identificados en lo posible».

(17) Aunque el inventario lo estudiamos en el marco de la partición de la herencia, es un tema que interesa, por supuesto, en otros campos del Derecho Privado, quede aquí apuntado a los efectos de señalar su carácter interdisciplinar la definición de CERVERA, dentro del campo del Derecho Mercantil, nos señala que tal palabra procede emplearse en dos acepciones: 1) operación estimativa por la que un comerciante o sociedad valora los diversos objetos materiales o inmateriales, créditos, débitos, etc., que posee para determinar su fortuna, así como el resultado obtenido por las transacciones efectuadas durante el ejercicio. 2) Estado detallado con distinción de activo y pasivo, comprensivo de los valores de todas clases que el comerciante o la empresa posea de los créditos sobre terceras personas, derivadas de la empresa y resultado de la misma. *Diccionario de Derecho Privado*, Labor, 1950, pág. 2391. El criterio legal referente a inventarios y balances se halla expuesto en el Código de Comercio en los artículos 25 a 33 del mismo, recogidos en el Título III titulado «De la contabilidad de los empresarios». Sección primera, llamada «De los libros de los empresarios».

(18) LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO, *Derecho de Sucesiones*, vol. IV, Editorial Universidad de Deusto, Bilbao, 1993, pág. 132, dice: «Con la primera operación (se refiere al inventario), tratamos de describir y detallar los bienes muebles e inmuebles de que consta la herencia. En orden a lo expuesto, el inventario es la relación de todos los bienes que constituyen la herencia, descritos de tal modo que puedan ser perfectamente identificados en lo posible. Quien dice bienes, dice derechos y acciones de toda clase; comprende también las deudas y cargas de la herencia. Queda excluido del inventario el lecho que usaban ordinariamente los esposos y las ropas y vestidos también de uso ordinario, los cuales se entregarán al que de ellos sobreviviere.

Generalmente comprende dos grupos: el de los bienes muebles (metálico, efectos públicos, valores mercantiles, alhajas, objetos artísticos y científicos, muebles de casa y ropas, semovientes, frutos y derechos personales) y el de los inmuebles (fincas rústicas, urbanas, aguas, minas, diques y construcciones marítimas, concesiones administrativas, derechos reales). Al final de él es de buena práctica que aparezcan resúmenes para fijar respectivamente el activo y el pasivo de la herencia», y añade: «el artículo 1.066, párrafo 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil expone para el inventario un orden en la descripción de los bienes».

(19) DE DIEGO, CLEMENTE, *Instituciones de Derecho Civil español*, Tomo III, «Derecho de Sucesiones», Madrid, 1959, edición revisada y puesta al día por COSSÍO Y CORRAL y GULLÓN BALLESTEROS, pág. 458. Añade este autor a lo ya señalado: «Quien dice bienes señala, dice, derechos y acciones de todas clases, comprende también las deudas y cargas de la herencia. Queda excluido del inventario el lecho que ocupaban ordinariamente los esposos y las ropas y vestidos de uso también ordinario, los cuales se entregarán al que de ellos sobreviviere. Generalmente, comprende dos grupos: el de los bienes muebles (metálico, efectos públicos, valores mercantiles, alhajas, objetos artísticos y científicos), muebles de casa, ropas, semovientes, frutos y derechos personales, y el de los inmuebles (fincas rústicas, urbanas, aguas, minas, diques y construcciones marítimas, concesiones administrativas y derechos reales). Al final de él es de buena práctica que aparezcan dos resúmenes para fijar respectivamente el activo y el pasivo de la herencia».

En términos parecidos se expresa RIVAS MARTÍNEZ (20) al decirnos que el inventario consiste en «la relación del caudal relicto con sus bienes descritos o referidos de tal modo que queden suficientemente individualizados e identificados».

ARMERO DELGADO (21) señala que es «la enumeración y descripción de los distintos elementos que integran la herencia, tanto activos, derechos reales o de crédito, como pasivo u obligaciones, excluyendo todos aquellos que por su carácter intransmisible o por otra razón no formen parte del caudal hereditario».

Añade esta definición como la anterior datos en el contenido del inventario, distinguiendo en él un activo y un pasivo, y el hecho de que un cierto número de bienes por su carácter deben ser excluidos. Es una de las más amplias que recogemos, ya que no se limita a hablarnos de bienes sino que nos menciona también derechos y obligaciones. El pasivo del inventario creemos que debe delimitarse, en la fase de *liquidación* de la partición, fase en la que se determina el activo neto partible, ya que si se determinase en esta fase, convertiríamos la liquidación en una mera operación matemática; debemos por tanto limitarnos en esta fase, a «expresar» o «relacionar» los gastos, deudas y cargas de la herencia y de los bienes inventariados.

A la definición anterior, SERRANO ALONSO (22) añade que «el inventario completo detallado de los bienes ha de contener expresión de las cargas y gravámenes que cada uno de ellos tenga».

LACRUZ BERDEJO (23) nos precisa mejor cómo han de ser descritos los bienes. Para él, el inventario es «la relación o enumeración de los que constituyen la herencia, descritos en forma que puedan ser suficientemente identificados. Generalmente se agrupan en dos categorías, relativa una a bienes muebles, y otra a inmuebles; la descripción de éstos acostumbra a ser hecha con arreglo a la legislación hipotecaria para que pueda el cuaderno ser ins-

(20) RIVAS MARTÍNEZ, JUAN JOSÉ, *Derecho de Sucesiones, Común y Foral*, Tomo II, 2.ª ed., Editorial Dykinson, pág. 918, y añade este autor: «Naturalmente esta enumeración (se está refiriendo al art. 1.066 de la LEC) es puramente enunciativa y no tiene carácter imperativo, y tanto menos aun en las particiones efectuadas extrajudicialmente. La descripción de los bienes inmuebles y derechos reales inscribibles debe consignar los datos requeridos para su inscripción (art. 9 de la LH), e igualmente los buques para su acceso al Registro correspondiente».

(21) ARMERO DELGADO, MARIO, *Testamentos y particiones*, Tomo I, «Títulos sucesorios», Madrid, 1951, Instituto Editorial Reus, pág. 62.

(22) SERRANO ALONSO, EDUARDO, *Manual de Derecho de Sucesiones*, Madrid, 1997, Editorial McGraw-Hill, pág. 57, añade este autor: «...Si el causante estaba casado, es preciso señalar cuál era el régimen económico de su matrimonio y, en su caso, proceder a realizar su liquidación con el fin de excluir de los bienes de la herencia los que corresponden al otro cónyuge».

(23) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo V, «Derecho de Sucesiones», Editorial Bosch, 1981, pág. 118.

crito en el Registro de la Propiedad. La enumeración suele hacerse siguiendo el orden establecido en el artículo 1.066 de la LEC».

CASTÁN (24) añade a la definición anterior que «la descripción, tratándose de inmuebles, ha de ser hecha con arreglo a la legislación hipotecaria (25), salvo cuando los bienes hayan sido descritos debidamente en los supuestos o lo sean después en las adjudicaciones». Con respecto a esto, decir que la partición que contenga en otro punto de la misma que no sea el inventario, la descripción de los bienes sería plenamente válida, en base primero a que la forma de hacer la partición responde a una práctica, pero que no está plasmada legalmente la forma en que se haya de realizar, y en segundo lugar sobre la base del principio del *favor partitionis* que rige en toda esta materia.

PUIG PEÑA (26) establece que el inventario es «una relación de bienes y deudas, pero conviene precisar su alcance. En orden a los bienes es necesario proceder ante todo a la separación de bienes del caudal partible»; añade este autor a las definiciones anteriores, la idea de separación de bienes del caudal partible.

Por otra parte, nos señala ALBALADEJO que el inventario suele comprender incluso los bienes que no están en la comunidad (así un legado a cierta persona) aunque verdaderamente la partición no recae sobre ellos, y simplemente se suele recoger en el documento particional a quien corresponden (27).

Jurisprudencialmente hemos de destacar la *sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de febrero de 1960* (28), la cual destaca que «el inventario ha de

(24) CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho Civil español, Común y Foral*, Tomo VI, «Derecho de Sucesiones», vol. I, 9.^a ed., revisada y puesta al día por José María Castán Vázquez y José Batista Montero-Ríos, Editorial Reus, Madrid, 1989, PÁG. 374.

(25) Es interesante destacar, sin perjuicio de que en otra parte toquemos el tema con mayor amplitud, que la descripción de los bienes inmuebles, tanto rústicos como urbanos, deben adaptarse al artículo 51 del Reglamento Hipotecario para evitar, si se solicita la inscripción o inmatriculación en el Registro, posibles notas de suspensión por defectos subsanables.

(26) PUIG PEÑA, FEDERICO, «Tratado de Derecho Civil español», Tomo V, vol. III, «Relaciones sucesorias en particular», *Editorial Revista de Derecho Privado*, Aranzadi, Pamplona, 1972, 2.^a ED., PÁG. 248.

(27) ALBALADEJO, MANUEL, *Curso de Derecho Civil*, Tomo V, «Derecho de Sucesiones», Editorial Bosch, Barcelona, 1982, pág. 163. Añade este autor en la página 164: «A tal efecto, el inventario propiamente dicho de los bienes del causante, suele ir precedido de otro inventario general de todos los bienes de los esposos, propios de cada uno y comunes a los dos, de cuyo inventario, para hacer el de los bienes del difunto, se toman los propios de éste y aquellos que se le atribuyan en pago de su parte en los comunes. Esta operación se denomina liquidación de la sociedad conyugal, y es paso obligado para que el inventario de los bienes del difunto sean de todos los suyos, pero de los que son sólo suyos».

(28) Sentencia de 19 de febrero de 1960. Sala 1.^a del Tribunal Supremo. Ponente: Señor don MANUEL MARÍA CABANILLAS PROSPER. Considerando primero (*RJA*, núm. 914) establece: «Que en el primero de los motivos del recurso fundado en el número primero

ser relación detallada y completa de todos los bienes que constituyen el activo, apreciados en su valor real, así como la de todos los que integran el pasivo, también debidamente valorados, para poder fijar así el saldo posible resultante».

Añade la sentencia que «está privado en absoluto de valor el inventario que no reúne las más elementales condiciones en sentido jurídico, ni se haya firmado o reconocido por los interesados, aparece en hojas sueltas con adiciones, variaciones de cifras y equivocaciones, y en él se omiten bienes de importancia».

Por tanto, entiendo que el inventario consiste en la relación detallada del caudal relicto, con la descripción o referencia de los bienes, de tal modo que queden suficientemente individualizados e identificados, así como los débitos

del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega en primer término, la violación de los artículos 1.281 y 1.284 del Código Civil porque la sentencia recurrida no concede el debido valor al inventario aportado por los demandados-recurrentes con el número uno de los acompañados al escrito de contestación, ya que se dice fue practicado de común acuerdo por todos los interesados para servir de base a la total partición, según lo acreditan sus actos coetáneos y posteriores, en que se hace constante referencia a la numeración del mismo, como es de ver de los documentos suscritos por los demandantes y también aportados con dicho escrito de contestación. Frente a cuya alegación se alza la apreciación del juzgador de instancia, admitida y compartida por la Sala, que estima que dicho inventario no es tal, en sentido técnico-jurídico, por no reunir las más elementales condiciones exigibles para ello, cuales son la relación exacta detallada y completa de todos los bienes que constituyen el activo, apreciados en su valor real, así como la de todos lo que integran el pasivo, también debidamente valorados, para poder fijar así el saldo partible resultante. Condiciones que son las que, en definitiva refleja el párrafo primero del artículo 37 del Código de Comercio, invocado por el Juzgador como uno de tantos preceptos legales aplicables al caso; siendo, por otro lado, de destacar que tal inventario no está firmado por todos los interesados, ni reconocido por ellos; que aparece en unas hojas sueltas, con adiciones, variaciones de cifras y equivocaciones; que muchos de sus apartados y conceptos figuran sin valorar y en él se omiten bienes de importancia, según se deduce de la resultancia de autos, cuales son negocios, fincas, alimentos para personas y ganados, enseres de bodega, dinero y cantidades cobradas; todo lo cual priva en absoluto, a dicho pretendido inventario, de todo valor, como afirma con acierto la sentencia recurrida, en contra de lo que sostienen los recurrentes; sin que el mero detalle de que en los documentos que se citan por estos, relativos a particiones parciales de determinados bienes, hechas por todos los interesados se haga referencia a la numeración de tal inventario, implique el reconocimiento y aceptación del mismo; pues como, en méritos de una apreciación conjunta de la prueba y con referencia a los actos coetáneos y posteriores de las partes, se consigna en la sentencia, a tal inventario no puede dársele más valor y alcance que el de una de tantas relaciones de bienes hechas por los interesados, como referencia o antecedente para los sucesivos convenios que, al no poderse conseguir un total acuerdo para una completa partición, se iban concertando y firmando respecto de determinada clase de bienes, integrantes de la herencia; respecto de los cuales es de señalar que en ellos sí que se detallaban y valoraban los bienes objeto de reparto, firmando todos los interesados tales sucesivos convenios parciales, lo cual no ocurre con ese sedimento inventario, tantas veces mencionado, y al que ninguna eficacia cabe otorgar».

y cargos de la herencia. En definitiva, es la descripción del activo y pasivo de la herencia.

Debe distinguirse, entre los bienes inventariados, los que sean gananciales, que deben ser objeto de una previa liquidación de la sociedad conyugal (operación esta previa a la partición), y los privativos del causante.

Y entre los que forman el caudal relicto aquellos que constituyen la masa sujeta a partición, y aquellos otros que deben ser objeto de predetracción, bien sea por tener un destino legalmente predeterminado o por haber dispuesto de ellos el testador ya a favor de personas que no sean sus herederos, o bien de estos, pero con carácter *extra partem*, aunque estos bienes siempre deban ser tenidos en cuenta a efectos de la computación de las legítimas, de su imputación y de la posible reducción por inoficiosidad.

Hay, asimismo, que incluir en el inventario bienes ya adjudicados por el testador, aunque sólo sea a efectos contables para cómputo de la legítima en su caso.

En mi opinión deberían ser incluidos no sólo las cargas y gravámenes de naturaleza real (censos, hipotecas) que son las señaladas en efecto como cargas deducibles por el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, ya que disminuyen el valor de los bienes, sino también los gravámenes personales, como los arrendamientos, cesiones en precario, etc. A mi juicio, en relación ¿a si ha de incluirse en el inventario los derechos arrendaticios en el apartado 8 del mismo al inventariar «derechos y acciones»? Somos de la opinión que se incluyan a efectos de mera publicidad, ya que pueden representar estos derechos un valor patrimonial, apunta GONZÁLEZ PORRAS que así lo hacía la doctrina anterior a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 (29),

(29) *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Ley 29/1994, de 24 de noviembre. Obra dirigida por CARLOS LASARTE ÁLVAREZ (coordinador). Artículo 16 comentado por GONZÁLEZ PORRAS, JOSÉ MANUEL, Editorial Tecnos, Madrid, 1996. En primer lugar, en la página 445 se dice: «Por tanto se puede afirmar que nuestro Código Civil no admite, porque no dice, la extinción del arrendamiento por muerte ni del arrendador ni del arrendatario; de igual forma que no cabe estimar que el contrato de arrendamiento sea un contrato *intuitu personae*... Para terminar con la afirmación de que el arrendamiento no se extingue con la muerte del arrendador ni del arrendatario ni que se celebra *intuitu personae*, basta traer aquí unas palabras de ALBALADEJO, cuando afirma que “la tesis que defiende se refuerza si se piensa que ni siquiera por transmisión que de la cosa arrendada haga el arrendador, se extingue en principio el arrendamiento, sino que el tercero, sólo tiene derecho a pedir la extinción, si es que la desea (art. 1571.1.º)”. Esto no quiere decir que la regla no pueda tener excepciones...». En las páginas 448 y 449 añade: «La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de noviembre de 1994 (BOE, núm. 282, de 25 de noviembre de 1994), al igual que las que le precedieron, da lugar a interesantes problemas con motivo de los supuestos que en la Ley vigente han aumentado, de continuidad en la relación arrendaticia a favor de persona diferente del titular inicial del contrato, y esto tanto si se trata de arrendamiento de vivienda como si lo es para uso distinto del de vivienda. Los supuestos son varios. Así en el artículo 12 (Desistimiento y

aunque se trata de un derecho no sucesorio sino de un beneficio legal, encontrando en la ley su expresión, alcance y contenido, no obstante como para el heredero que lo reciba puede suponer entrar en su patrimonio un valor patrimonial, no está de más que se haga mención del mismo en el inventario. Aunque soy de la opinión que estos tales derechos suponen más un «beneficio

vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario); artículo 15 (Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario); artículo 16 (Muerte del arrendatario), y artículo 33 (Muerte del arrendatario en arrendamientos para uso distinto del de vivienda). Conviene advertir que aunque la ley habla en estos dos últimos supuestos de «muerte del arrendatario», sin embargo estamos ante dos situaciones diferentes. Tanto en las leyes precedentes como en la actual regulación, el contraste es evidente, pues mientras en el caso de subrogación en el arrendamiento de viviendas no estamos, como veremos, ante una sucesión verdadera y propia, tal y como se regula en el Código Civil, en cambio sí se trata de arrendamiento para uso distinto del de vivienda (lo que antes se denominaba local de negocio) si cabe hablar de sucesión. El artículo 60 del Texto Refundido de 1964, al igual que el vigente artículo 33 de la Ley, hablan de que «en caso de fallecimiento del arrendatario, cuando en el local se ejerza una actividad empresarial o profesional, el heredero o legatario que continúe en el ejercicio de la actividad podrá subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendatario hasta la extinción del contrato». No veo inconveniente que se pueda mantener, como lo hacía la doctrina anterior a la nueva ley, que el valor patrimonial en que consiste el arrendamiento se incluya en el «as» hereditario (art. 659 del Código Civil) y siga la suerte de la herencia, en general, con más las circunstancias que exige la ley especial». Sigue diciendo en las páginas 449 y 450: «la ley de 1994, a diferencia de lo que establecía el derogado artículo 59 del Texto Refundido de 1964, no dice nada respecto de si caben o no sucesivas subrogaciones... ahora bien yo creo que dentro del plazo contractual mínimo de los cinco años, si el azar determina una serie de muertes sucesivas, en ese plazo de tiempo, sí caben todas las subrogaciones posibles [argumento en el art. 9.1.º *in fine*; art. 16.1.j) *in fine* y art. 16.4]. Esto es, creo, el espíritu de la Ley, ya que al establecerse un derecho a pactar una duración contractual mínima no importan las posibles subrogaciones que puedan producirse en dicho período. Por eso no hay limitación a las subrogaciones dentro del plazo pactado y de sus prórrogas». Finalmente, en la página 452 añade: «Efectivamente lo que tiene lugar, si llega a funcionar la subrogación en los términos contemplados por el artículo 16 de la Ley, es simplemente una novación meramente subjetiva de la persona del inquilino que, como señalaba para la legislación derogada FUENTES LOJO, obliga al arrendador no a celebrar nuevo contrato sino sólo “a cambiar en los recibos el nombre del arrendatario”. Igual criterio y respecto de la nueva ley es el de SERRANO ALONSO y PÉREZ DE VARGAS, entre otros. Y buena prueba de ello es que, ocurrida la subrogación, nada del contrato que no sea su sujeto cambia. No se modificará la renta (salvo lo dispuesto en el art. 18.2) ni cambia la duración del contrato inicial (art. 9). En resumen, estamos ante un cambio meramente subjetivo en una relación negocial que sigue siendo la misma...». Añade en la página 457: «Por mi parte estimo que la naturaleza jurídica del derecho a continuar gozando de la vivienda arrendada por parte de determinadas personas expresamente señaladas en la Ley, es un beneficio legal establecido para asegurar la estabilidad en la vivienda del arrendatario difunto... Y esa finalidad se asegura mediante una sucesión (palabra que tanto gramatical como jurídicamente supone, sencillamente, colocarse una persona en el lugar de otra, sustituyéndola y asumiendo la titularidad de los derechos transmisibles de otra; cambio de sujeto e identidad de la relación) legal (la establece expresamente la Ley especial) a título particular en el contrato y por supuesto diferente de la sucesión por causa de muerte.

legal» que opera al margen de la sucesión del causante y de la voluntad de éste, y que si hay una desigualdad entre los beneficiarios encuentra su origen en la ley.

Nuestro Derecho positivo no contiene una regulación sistemática y general del inventario. Tampoco el Código Civil contiene una regulación del inventario hereditario, y por tanto, carece de un concepto legal del mismo. No obstante, existen múltiples referencias en nuestro Derecho sobre el inventario (30).

(30) El Código de Comercio dedica los artículos 25 a 33 a los Libros de los empresarios y contiene varias referencias al inventario. El artículo 25 establece que «todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará... un libro de Inventarios y...»; el artículo 28 señala que «el libro de Inventarios y Cuentas anuales se abrirá... Se transcribirán también el inventario de cierre de ejercicio y las cuentas anuales». Son numerosas las referencias al inventario que se realizan en las leyes mercantiles especiales, más concretamente en las leyes reguladoras de las sociedades de capital; esta materia queda dicha sin poder entrar en su análisis, al no ser el objeto de nuestra tesis. La todavía vigente Ley de Enjuiciamiento Civil contiene múltiples referencias al inventario de los bienes hereditarios, dentro del Título X del Libro II, dedicado a las testamentarías. El artículo 1.062 establece que «no podrá decretarse dicha intervención sino limitada a formar judicialmente los inventarios...»; el 1.063 dice que «para hacer los inventarios judicialmente se dará comisión al actuario sin perjuicio de que el Juez pueda concurrir a su formación...»; el 1.064 señala que «dentro de los ocho días siguientes en que se haya mandado formar judicialmente el inventario...»; añade el artículo 1.065 que «deberán ser citados para la formación del inventario: ...»; el artículo 1.066, como veremos a lo largo de nuestro estudio, podemos considerarlo como clave, y señala que «citados todos los que menciona el artículo anterior, en el día y hora señalados, procederá el actuario, con los que concurran, a formar inventario, el cual contendrá la descripción de los bienes de la herencia por el orden siguiente: ...»; finalmente, el artículo 1.067 señala que «se formará, además, con igual precisión, inventario especial...». Contiene nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil una regulación más o menos amplia del inventario de los bienes hereditarios en el juicio voluntario de testamentaría; en todo caso, es la regulación más amplia que podemos encontrar en nuestro Derecho. El Código contempla la figura del inventario de bienes en varias ocasiones, sin establecer un concepto del mismo ni una regulación detallada y precisa. En el entendimiento que tal regulación no es demasiado precisa, ya que la formación del inventario debe dejarse a la práctica jurídica. Enumeremos algunas referencias del Código Civil al inventario: Artículo 185: «El representante del declarado ausente quedará atenido a las obligaciones siguientes: Primero. Inventariar los bienes muebles y describir los inmuebles de su representado...». Artículo 196: «Firme la declaración de fallecimiento del ausente, se abrirá la sucesión en los bienes del mismo, ... Será obligación ineludible de los sucesores, aunque por tratarse de uno sólo no fuese necesaria partición, la de formar notarialmente un inventario detallado de los bienes muebles y una descripción de los inmuebles». Artículo 262: «El tutor está obligado a hacer inventario de los bienes del tutelado dentro del plazo de sesenta días, a contar de aquél en que hubiese tomado posesión de su cargo». Artículo 264: «El inventario se formará judicialmente con intervención del Ministerio Fiscal y con citación de las personas que el Juez estime conveniente». Artículo 266: «El tutor que no incluya en el inventario los créditos que tenga contra el tutelado se entenderá que los renuncia». Artículo 491: «El usufructuario, antes de entrar en el goce de los bienes, está obligado: 1.º A formar, con citación del propietario o de su legítimo representante, inventario de todos ellos, haciendo tasar los

El artículo 1.066, apartado 1.º de la LEC, establecía cómo se han de describir los bienes del inventario. La enumeración tiene, a mi juicio, carácter

muebles y describiendo el estado de los inmuebles...». Añade el artículo 493 que «el usufructuario, ... podrá ser dispensado de la obligación de hacer inventario o de prestar fianza, cuando de ellos no resulte perjuicio a nadie». Artículo 977: «El viudo o la viuda al repetir matrimonio, hará inventariar todos los bienes sujetos a reserva, anotar en el Registro de la Propiedad la calidad de reservables de los inmuebles...». Artículo 1.010: «Todo heredero puede aceptar la herencia a beneficio de inventario, aunque el testador se lo haya prohibido. También podrá pedir la formación de inventario antes de aceptar o repudiar la herencia, para deliberar sobre este punto». Artículo 1.013: «La declaración a que se refieren los artículos anteriores no producirá efecto alguno si no va precedida o seguida de inventario fiel y exacto de todos los bienes de la herencia, hecho con las formalidades y dentro de los plazos que se expresarán en los artículos siguientes». Artículo 1.014: «...En uno y en otro caso, el heredero deberá pedir a la vez la formación del inventario y la...». Artículo 1.017: «El inventario se principiará dentro de los treinta días siguientes a la citación...». Artículo 1.018: «Si por culpa o negligencia del heredero no se principiare o no se concluyere el inventario, ... se entenderá que acepta la herencia pura y simplemente». Artículo 1.019: «El heredero que se hubiese reservado el derecho de deliberar deberá manifestar al Juzgado, dentro de treinta días, contados desde el siguiente al en que se hubiese concluido el inventario, si acepta o repudia la herencia...». Artículo 1.020: «...durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia...». Artículo 1.021: «...no tendrá obligación de hacer inventario...». Artículo 1.022: «El inventario hecho por el heredero que después repudie la herencia, ...». El Código Civil regula la partición de la herencia en los artículos 1.051 al 1.081, y en dichos preceptos sólo contiene una referencia al inventario en el artículo 1.057, párrafo tercero, que ha sido redactado por la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Señala el precepto que «lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre coherederos haya alguno sometido a la patria potestad o tutela, o a curatela por prodigalidad o por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas; pero el contador partidor deberá, en estos casos, inventariar los bienes de la herencia con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas». Artículo 1.396: «Disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y del pasivo de la sociedad». Los dos siguientes preceptos establecen que debe contenerse en el activo y en el pasivo del inventario, respectivamente. El artículo 1.399 señala que «terminado el inventario se pagará... Respecto a las demás, si el caudal inventariado no alcanzase...». Artículo 1.401: «...El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial...». Artículo 1.403: «Pagadas... hasta donde alcanzase el caudal inventariado». Artículo 1.404: «Hechas las deducciones en el caudal inventariado...». Artículo 1.410: «En todo lo no previsto en este artículo sobre la formación del inventario, reglas sobre tasación..., se observará lo establecido para la partición y liquidación de la herencia». Artículo 1.417: «Producida la extinción se determinarán las ganancias por las diferencias entre los patrimonios inicial y final de cada cónyuge». Los siguientes preceptos del Código, desde el 1.418 al 1.434, establecen y determinan la forma de establecer el patrimonio inicial y el final. Artículo 1.668: «Es nulo el contrato de sociedad, siempre que se aporten bienes inmuebles, si no se hace un inventario de ellos, firmado por las partes, que deberá unirse a la escritura». La Ley Hipotecaria también carece de un concepto de inventario, aunque como el Código Civil contiene múltiples referencias al mismo. Así, el artículo 184 señala que «el viudo o la viuda que por repetir matrimonio esté obligado a reservar determinados deberá con intervención judicial, hacer inventario de todos ellos...». Por su parte, el artículo 260 del Reglamento Hipotecario ratifica la práctica de este inventario. Las leyes

puramente enunciativo y no imperativo, tanto en las particiones judiciales como extrajudiciales.

Para terminar esta relación destacaremos que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (31) dedica al tema el artículo 792, que se titula: de la «Formación del Inventario», y se incardina en el Título II, denominado «De la división judicial de patrimonios» que consta de dos capítulos: Capítulo I: «De la división de la herencia», y Capítulo II: «Del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial». Se echa de menos tanto en el 792 como en el 807 en sede de régimen económico matrimonial, la enumeración que ya contenía el añejo artículo 1.066, lo cual se suple con la parca expresión del artículo 792, que señala: «...el cual contendrá la relación de los bienes de la herencia y de las escrituras, documentos y papeles de importancia que se encuentren».

La importancia, pues, del inventario y su relación detallada es fundamental, ya que la partición que no lleve un inventario detallado con bienes correctamente descritos adolece de un vicio sustancial, y no habiendo inventario, no hay términos hábiles de liquidar y dividir la herencia.

FINALIDAD E IMPORTANCIA

Podemos decir que la finalidad del inventario es reconstruir (32) lo que era propiedad del difunto, comprensiva de todas aquellas relaciones jurídicas

fiscales también contienen múltiples referencias a la práctica del inventario. Centrándonos en la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, de 18 de diciembre de 1987, señala en su artículo 31, en una clara referencia al inventario de los hereditarios, que «Los sujetos pasivos vendrán obligados a presentar una declaración tributaria, comprensiva de los hechos imponible a que se refiere la presente Ley, en los plazos y en la forma que reglamentariamente se fijen». En este sentido el artículo 66.2 del Reglamento del Impuesto señala que «El documento, que tendrá la consideración de declaración tributaria, deberá contener, además ... una relación detallada de bienes y derechos adquiridos que integren el incremento de patrimonio gravado, con expresión del valor real que atribuyen a cada uno, así como de las cargas, deudas y gastos cuya deducción se solicite...». La combinación del artículo 1.013 del Código Civil, con el artículo 66.2 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones puede hacernos concluir que el inventario es la relación «fidel y exacta de todos los bienes de la herencia, hecho con las formalidades y dentro de los plazos» legales y que deberá contener los «bienes y derechos adquiridos», así «como las cargas, deudas y gastos».

(31) Ley núm. 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, publicada el 8 de enero. Entrará en vigor al año de su publicación, como indica la Disposición Final vigésima primera.

(32) Como medida preliminar para realizar la división, dice BARBERO, es necesario reconstruir el «as hereditario». BARBERO, DOMENICO, *Sistema Istituzionale del Diritto Privato italiano*, Tomo II (Unione tipografico-Editrice Torinese, seconda edizione, Torino, 1949, pág. 847).

transmisibles (33), que permitirá al contador-partidor saber con qué cuentan los herederos para ser dividido entre ellos.

Desde el punto de vista del contador-partidor, la finalidad normal de la realización del inventario es la mencionada, pero su conformación implícitamente conlleva una medida genérica de prevención; al fijarse el caudal relicto a través del inventario, cualquier ocultación o sustracción posterior a su práctica resulta evidente. Por ello es que una vez practicado por el contador-partidor, el inventario constituye una operación inmovible, que permite el seguro desarrollo normal de las demás operaciones particionales (34).

Jurisprudencialmente son muchas las sentencias del Tribunal Supremo y las Resoluciones de la DGRN que han subrayado la importancia excepcional del inventario, constituyendo la «base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales» (35), y por lo tanto sólo a partir de la regular

(33) Así se pronuncia ARMERO DELGADO cuando dice que del inventario deben excluirse todos aquellos elementos de carácter intransmisibles. ARMERO DELGADO, MARIO, *Testamentos y particiones*, Títulos Sucesorios, Tomo I, Instituto Editorial, Reus, Madrid, 1951, pág. 62.

(34) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a de 13-5-1916, *CL*, núm. 73, Tomo LIV, vol. II de 1916, pág. 432, dice: la ley «concede al inventario una importancia excepcional, proporcionada a su concepto de base fundamental sobre las que descansan las operaciones particionales». Sentencia núm. 73 en *Colección Legislativa*, Tomo LIV, vol. II, pág. 436. En el mismo sentido, la sentencia núm. 33 de 23-6-1950, en *Colección Legislativa*, Tomo XXXI, págs. 400 y 401.

(35) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a de 13-5-1916, dice: la ley «concede al inventario una importancia excepcional, proporcionada a su concepto de base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales». Sentencia núm. 73 en *Colección Legislativa*, Tomo LIV, vol. II, pág. 436. En el mismo sentido, la sentencia núm. 33, de 23-6-1950, en *Colección Legislativa*, Tomo XXXI, págs. 400 y 401.

En el mismo sentido, sentencia del TS de 26 de noviembre de 1955. Ponente: DON FRANCISCO BONET RAMÓN. Señala esto mismo en su Considerando cuarto. *Colección Legislativa*, núm. 60, pág. 709, dice: «Considerando que sean cualesquiera el alcance y efectos de la citación, es indiscutible que la Ley la reputa necesaria y concede al inventario una importancia excepcional proporcionada a su concepto de base fundamental sobre la que descansan las operaciones particiones, debiendo intervenir a nombre de los menores de edad, sus representantes legales y por tanto, los defensores judiciales de los sujetos a patria potestad cuando existen intereses contradictorios entre éstos y el padre o la madre respectivos, como preceptúa el artículo 165 del Código Civil». Dejamos también reseñada la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de diciembre de 1976. Ponente: GREGORIO DíEZ-CANSECO Y DE LA PUERTA, donde en su Considerando primero se dice: «que según conocida por la reiterada doctrina jurisprudencial la partición realizada por Comisario nombrado expresamente por el testador, equivale a la hecha por éste, equiparación entre una y otra clase de partición que encuentra su única excepción en el caso de que entre los coherederos haya alguno de menor edad o sujeto a tutela, en cuyo supuesto el artículo 1.057, párrafo segundo del Código Civil, impone al Comisario el deber de inventariar los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios, medida de precaución tomada por el legislador en el exclusivo interés de estas personas, siendo manifiesto que la Ley reputa necesaria tal citación para la formalización del inventario, el cual es la base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales, citación cuya

formación del mismo como operación inicial se puede pasar a las subsiguientes; «El inventario nulo hace claudicar las operaciones divisorias practicadas sobre esa base inválida» (36). «Cualquier defecto u omisión en el mismo

falta u omisión no vicia de nulidad radical o absoluta las operaciones particionales realizadas, pero sí de nulidad relativa o anulabilidad, la cual únicamente puede ser reclamada por aquellos en cuyo favor o beneficio se ha establecido la garantía, esto es, por los coherederos, acreedores y legatarios».

(36) Así lo señala la sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de mayo de 1984. Ponente: Don CECILIO SERENA VELLOSO. Considerando cuarto. *Colección Legislativa*, núm. 297, pág. 2203, dice: «que los motivos segundo y tercero conciernen a la prueba de presunción y se enderezan contra el mismo aserto de haberse efectuado el inventario durante la menor edad y antes de la emancipación por matrimonio de la legitimaria Elia Pilar, y el motivo segundo, con igual amparo que el primero, o sea, por el cauce del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, apea en que “el hecho base sobre el que asienta esta presunción —que el contador-partidor había encargado al citado perito agrícola la realización del avalúo— no está en absoluto probado”, pues muy por el contrario —razona— “consistía en que lo asesorase técnicamente, aportando las informaciones necesarias para que el propio contador-partidor pudiese realizar con garantías de acierto el inventario y avalúo y la distribución de bienes”, pero al partir el motivo, con insistencia y reiteración, de que el encargo hecho al perito era el de “identificar las fincas, describirlas y valorarlas”, esto es, de que “la misión encargada a dicho perito había consistido en identificar las fincas e informar sobre su valoración”, y preguntarse cómo puede darse por probado que “el contador-partidor encargó al perito agrícola que efectuase el avalúo”, todo ello enfrente de la apreciación fáctica de la Sala de Instancia de que se ha hecho mérito, es visto que hace supuesto de la cuestión, ya que el motivo lo que había de demostrar era el error de la Sala al sentar su aserto de datar el inventario en aquel período anterior al matrimonio de la menor legitimaria, lo que sé error de hecho y no de derecho y sí lo que el artículo invocado, o sea, el mil doscientos cuarenta y nueve del Código Civil, establece es que “las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho del que han de deducirse está completamente acreditado, la Sala declara acreditado ese dato que se combate de operación de inventario inscrita en un lapso de tiempo, tal error es de hecho y ha de impugnarse como tal; y la misma suerte desestimatoria merece el motivo tercero en que, ahora por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la violación por falta de aplicación, del artículo mil doscientos cincuenta y tres del Código Civil, por no existir, a juicio del motivo, el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Deduciendo que se hubiese encargado el avalúo la previa existencia del inventario; pues, en efecto, no se advierte la tacha de que se habla, ya que, si bien existe la posibilidad de que en un solo acto se efectúen el inventario y la tasación y partición y subsiguiente adjudicación y hasta es práctica usual de los contadores, sin que hayan de darse en las privadas las acusadas diferencias que ofrecen las particiones judiciales en las que el inventario se regula en los artículos mil sesenta y tres a mil sesenta y siete y las operaciones propiamente divisorias en el mil setenta y siete sin que se identifique aquel con la “Relación de Bienes” del punto primero de este últimamente citado artículo, pero con todo y en las particiones privadas como en las judiciales se ha de conceder al inventario, como previno la sentencia de 26 de noviembre de 1955, “una importancia excepcional, proporcionada a su concepto de base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales”, y por lo tanto sólo a partir de la regular formación del mismo como operación inicial se pueda pasar a las subsiguientes y lo que la Sala tiene apreciado, sin que el recurso lo haya combatido con éxito, es que al Cuaderno Particional de tres de diciembre de mil novecientos setenta y siete le precedió un inventario que, por no haberse

puede reflejarse en la confección de la partición en sus distintas fases u operaciones» (37).

Como decimos, el inventario es una relación detallada de todos los bienes y derechos del causante, con sus cargas y obligaciones (38), y su importancia excepcional viene dada porque en el caso de hacerlo mal o incompleto determinaría la nulidad de las operaciones divisorias. Ahora bien, esta conclusión del Tribunal Supremo, enunciada con esta brevedad, debemos entenderla como insatisfactoria y ello porque el principio de conservación de la partición (*favor partitionis*), matiza o casi corrige tal aseveración, y porque la mera omisión de un bien o de varios sólo debe conllevar una adición hereditaria. Por tanto, para que la nulidad del inventario determine la nulidad de la partición debe conllevar mala fe y grave quebranto de los derechos de un heredero.

efectuado con la citación prevenida en el párrafo segundo del artículo mil cincuenta y siete del Código Civil, de aplicación en momento en que la legitimaria ni siquiera estaba emancipada por razón de matrimonio, era nulo y hacía claudicar las operaciones divisorias practicadas sobre esa base inválida».

(37) Así lo señala la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 1973 (Ponente: Don MARIANO GIMENO FERNÁNDEZ) en su Considerando cuarto. *Colección Legislativa*, núm. 427, pág. 332, dice: «que como sostiene la sentencia de 25 de noviembre de 1965, cualesquiera que sea el alcance de la citación es indudable que la ley estima necesaria y la impone cuando se da el supuesto del párrafo segundo del artículo 1.057 del Código Civil, concediendo al inventario una importancia excepcional proporcionada a su concepto de base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales, ya que cualquier defecto u omisión en el mismo puede reflejarse en la confección de la partición en sus distintas fases u operaciones; no siendo tal precepto más que reflejo de la protección especial dispensada por la ley con carácter imperativo a los menores, a que antes se ha hecho referencia y por ello, su incumplimiento determina la nulidad de todas las operaciones que integran la partición, puesto que además, las facultades del contador-partidor, para llevar a cabo las subsiguientes operaciones que integran aquélla, no quedan expeditas en el supuesto contemplado en autos, en tanto no se lleve a cabo la práctica del inventario con citación de todos los herederos y el defensor judicial del menor, cuyo nombramiento pudo solicitar del Juzgado al amparo de la amplitud que para ello otorga el párrafo segundo del ya citado artículo 165 del Código Civil».

(38) La mera relación de bienes y derechos y su valoración (inventario y avalúo) a efectos liquidatarios no tiene el carácter de operación particional, sentencia del TS de 22 de marzo de 1984. Ponente: Don JAIME DE CASTRO GARCÍA. Considerando segundo. *Colección Legislativa*, 178, pág. 1308: «...Si la comunidad hereditaria se extingue con la división del activo, distribuyendo los bienes en proporción a las respectivas cuotas, es patente que en el escrito de que se trata, dirigido al liquidador-jefe del Impuesto General sobre Sucesiones de Vitoria y la provincia de Álava, sólo se contiene la determinación de la masa dividenda (inventario y avalúo) y la concreción cuantitativa de la cuarta parte de cada heredero y del cónyuge viudo, pero sin la atribución de bienes para cubrir el correspondiente haber mediante la adjudicación de cosas concretas en los términos previstos por los artículos 1.061 y sigs. del Código Civil...».

CONEXIÓN DEL INVENTARIO CON OTRAS OPERACIONES PREPARTICIONALES
Y SITUACIONES ESPECIALES PREVISTAS EN EL CÓDIGO CIVIL

La escritura de herencia o el cuaderno particional suelen ser reflejo de los hitos fundamentales del «proceso hereditario», reseñando unas operaciones preparticionales y recogiendo en la práctica otras, como ocurre con la liquidación del régimen matrimonial (sociedad de gananciales, régimen de participación), que es un presupuesto previo para poder realizar el inventario y el avalúo de los bienes de la herencia, ya que primero es saber qué bienes pertenecen al cónyuge del causante y cuáles a éste.

Otra operación con conexión e influencia directa sobre la determinación de la masa dividenda es la colación.

Puede definirse la colación como la agregación ideal a la porción de masa hereditaria que corresponda a los herederos forzosos cuando son dos o más los concurrentes a la sucesión, de todas las liberalidades que en vida recibieron del causante, formando una nueva masa que se distribuirá igualitariamente (o en la proporción distinta querida por el causante) entre aquéllos mediante el sistema de toma de menos, si así procediese, e igualación cualitativa para los coherederos del colacionante cuando ello fuera posible (39).

(39) La doctrina española ha tratado con amplitud este tema de la colación, y son muy numerosas las definiciones y conceptos acuñados. Veamos algunos sin ánimo exhaustivo. PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, vol. 3.º, 4.ª ed., revisada y puesta al día. Editorial Bosch, Barcelona, 1991, pág. 506. La colación consiste en la adición contable a la herencia del importe de las donaciones que en vida otorgó el causante a los herederos que son legitimarios, con el fin de procurar entre ellos la igualdad o proporcionalidad, por presumirse que el causante no quiso desigualdad de trato, de manera que la donación otorgada a uno de ellos se considera un anticipo de su futura cuota hereditaria, salvo que el causante manifieste lo contrario.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo VI, vol. 1.º, Editorial Reus, Madrid, 1959, pág. 299. «Agregación que deben hacer a la masa hereditaria los herederos forzosos que concurran en una sucesión con otros (de los bienes que hubieren recibido) del causante en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlos en la cuenta de la partición». ROYO MARTÍNEZ, MIGUEL, *Derecho Sucesorio mortis causa*, Editorial Edelce, 1.ª ed., Sevilla, 1951, pág. 354. Define la colación, en sentido técnico, cómo «la acción de tomar en cuenta, al partir una herencia, el valor de los bienes o beneficios que un heredero forzoso, concurrente con otros de igual carácter, ha recibido del *de cuius* por actos *inter vivos*». DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *La Colación*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1.ª ed., Madrid, 1956, pág. 151, define la colación, como «la obligación que tienen los herederos forzosos que concurran a la herencia del donante, de aportar a la masa hereditaria lo que hubieran recibido por donación de éste, con objeto de igualar sus porciones hereditarias en la partición, proporcionalmente a sus respectivas cuotas, pero únicamente, tanto en cuanto sean herederos o lleguen a serlo, ya que la colación no se aplicará al legatario o al que renuncia a la herencia, y siempre, salvo dispensa de esta obligación hecha por el causante». VALLET DE GOYTISOLO, JUAN, *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. IV, 2.ª ed., revisada y aumentada. Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1992, págs. 474 y sigs. Distingue hasta cuatro líneas de conceptualizar o entender la

La finalidad de la colación es alcanzar la igualdad global de trato entre los herederos forzosos respecto a las atribuciones patrimoniales que el causante hubiera efectuado en su favor, *inter vivos* o *mortis causa*, sin más discriminación que las claramente queridas por aquél; se pretende que aquellas diferencias inherentes a las donaciones *inter vivos* queden enjugadas al tiempo del fallecimiento del donante cuando se distribuya su herencia, compensando con una mayor atribución de bienes relictos las liberalidades recibidas anticipadamente; se considera que las cuotas hereditarias fijadas por el testador o por la Ley a los herederos forzosos no están referidas al caudal relicto sino a la masa formada por la *pars hereditatis* que a ellos corresponde más todas las liberalidades colacionables, siendo estas últimas, por tanto, anticipo de las respectivas cuotas sucesorias futuras. Este es el objetivo típico de la colación y al que habrá de estarse al interpretar los diferentes preceptos que el Código Civil le dedica (40).

colación. Nosotros las expondremos esquemáticamente, señalando las diferentes corrientes doctrinales, que recoge su obra, ya citada:

«Primera.—Para BURÓN, MANRESA, SÁNCHEZ ROMÁN y MUCIUS SCAEVOLA, la colación viene a ser la computación y la consiguiente imputación, a legítima o como mejora de lo donado, efectuadas exclusivamente entre los herederos forzosos con el objeto de regular las legítimas y la mejoras. Segunda.—Para LÓPEZ R. GÓMEZ, NAVARRO AMANDI, BONET, OYUELOS, DE BUEN y ALGUER, parecen que reducen el contenido de la colación a la imputación de la legítima, excluida la mejora, de lo que sin dispensa de colación fue donado a los herederos forzosos que concurran a la sucesión del donatario. Tercera.—Para FALCÓN, PÉREZ ARDA, MAURA, OTERO VALENTÍN, ARENAS y FELICÍSIMO DE CASTRO se debe identificar el concepto de colación con la computación, o reunión, ficticia para fijar la legítima y la parte libre, y con sus consiguientes imputaciones y reducciones. Cuarta.—Para MORELL Y TERRY, CALDERÓN NEIRA, SERRANO BERNARD, DE DIEGO Y NAVARRO DE PALENCIA, CASSO, CASTÁN TOBEÑAS, BONET, ROYO MARTÍNEZ, ROCA SASTRE, LACRUZ BERDEJO, el concepto estricto de colación lo fundamentan en la presunta voluntad de causante, referidas a las relaciones de los herederos forzosos entre sí, de que lo donado por el causante a uno de los herederos forzosos se entienda como un anticipo de su cuota hereditaria». «Concluye VALLET que el fundamento de la colación está en la presunta voluntad del causante. Es una presunción legal *iuris tantum* respecto de la misma».

(40) VALLET DE GOYTISOLO, JUAN, *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. IV, 2.^a ed., revisada y ampliada. Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1992, pág. 488. Señala que «la finalidad y el fundamento de la colación se hallan en la presunta voluntad del causante. Es una presunción legal *iuris tantum* respecto de la misma. Según ALGUER, esta presunción se refiere a la intención de que lo donado se impute a la legítima del donatario, salvo declaración en contrario del donante. En cambio, la mayor parte de la doctrina, como MORELL, DE DIEGO, LACRUZ BERDEJO, CASTÁN, ROYO MARTÍNEZ y otros, estiman referida esa presunción a que es la voluntad del causante que lo donado se entienda dado a cuenta de la cuota hereditaria del donatario». En esta misma línea, BONET, RAMÓN, *Código Civil comentado*, Madrid, 1964, pág. 763. Señala que «en nuestro Derecho el fundamento de la colación es subjetivo, ya que depende de la voluntad del causante dispensar de ella, presumiéndose que cuando no lo ha hecho expresamente es porque desea se aplique igual trato a los legitimarios, a los que hizo en vida las donaciones, con el carácter de anticipos de su cuota hereditaria». El Tribunal Supremo ha mantenido esta misma línea de fundamentación de manera reiterada. Así: sentencia de 17 de marzo de 1989. Ponente: BURGOS

En la medida en que las donaciones colacionables se traen a la masa que ha de repartirse igualitariamente entre los herederos forzosos concurrentes, la colación puede cumplir un papel regulador de las legítimas.

Ahora bien, no por ello ha de considerarse que la colación tiene una finalidad exclusiva de protección de los legitimarios; se trata de una institución de más amplio alcance, como se ha señalado, aunque a veces cumpla ese objetivo protector. En este sentido pueden hacerse las siguientes observaciones:

- a) Existen hipótesis en las que si la colación sólo pretendiera proteger las legítimas, no tendría razón de ser su aplicación. Ejemplo: Testador que instituye herederos a todos, agotando el tercio libre con una donación a uno de los hermanos.
- b) Puede haber supuestos en los que no entrando en juego la colación, sin embargo sí resultan inoficiosas algunas de las donaciones hechas a un legitimario. Ejemplo: Padre que lega a un hijo en pago de su legítima, y el legado no cubre ésta; nombrando al otro heredero y realizando una donación que agota los otros dos tercios.
- c) Hay supuestos en los que pese a haber colación no es ésta la vía que permitirá la salvaguarda de los deberes legitimarios. Ejemplo: Padre que lega a un hijo en pago de su legítima y el legado no cubre ésta, nombrando a los demás herederos.

Considerar, pues, a la colación únicamente como instrumento protector de la legítima supone desconocer que, mientras que la voluntad igualitaria que subyace en la colación tiene potencialidad expansiva a todo el caudal computado, la igualdad inherente a las legítimas se concreta a sólo dos tercios de aquél.

La colación es una institución de Derecho Sucesorio en la que, si bien su contenido específico es contingente y queda encomendado al criterio del legislador, sus caracteres definitorios son, en su esencia, inconfundibles, al precisarse para su existencia y exigencia que se den los requisitos legales que recoge el artículo 1.045 del Código Civil. Vamos a enumerar los requisitos

PÉREZ DE ANDRADE. Señala esta sentencia «que la colación consiste en una aportación contable o por imputación, mediante la cual se trae a la partición el valor que tenían las cosas, mejorándose, deteriorándose o pereciendo estas cosas para el dueño (art. 1045.20), regla completada en los artículos 1.047, 1.048 y 1.049 del Código Civil, debiendo entenderse que la toma de menos del donatario, o la atribución complementaria, incluso cuando exista parte en lo donado que exceda de la cuota del colacionante, como sucede en el caso que estudiamos las compensaciones, tienen que efectuarse adicionando contablemente valores al activo repartible, y compensando en su caso, las diferencias en metálico, pero de ninguna forma mediante la aportación de bienes *in natura*, no contemplada en ningún precepto legal».

de la colación acudiendo a la jurisprudencia, concretamente a la *sentencia de 3 de marzo de 1965* (41). Veamos estos requisitos:

- Primero: Concurrencia de herederos forzosos en una misma sucesión.
- Segundo: Que uno o varios de ellos hayan recibido del causante de la herencia, en vida de éste, determinados bienes.
- Tercero: Que tal recepción la haya sido por vía de dote, donación y otro título lucrativo.
- Cuarto: Que los bienes mismos o su valor se traigan a la masa hereditaria para ser computados en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición.

Pasemos a desarrollar estos requisitos:

1.º *Concurrencia de herederos forzosos*. Para que la colación proceda han de concurrir varios herederos que además sean legitimarios. Esto es:

- a) Ha de tratarse de coherederos. Debemos entender que el artículo 1.035 se refiere a legitimarios cuando habla de herederos forzosos, pero también es preciso que se trate de sucesores a título universal porque de la colación se derivan efectos que sólo son posibles entre coherederos, esto es, entre quienes son partes en el proceso de partición de una herencia. La justificación de esta línea argumental es clara; si la colación actúa sobre «la proporción de las cuotas en el activo remanente de la comunidad hereditaria» (LACRUZ) no puede haber duda que sólo cabe entre sucesores a título universal.

En resumen, la colación sólo se da entre herederos. Pero no entre todos, sólo entre herederos que sean legitimarios. Por lo tanto:

- La colación no puede invocarse entre sucesores a título singular: legatarios, fideicomisarios o donatarios no instituidos herederos.
- Tampoco tiene lugar para los herederos en cosa cierta.
- Tampoco entre descendientes de ulterior grado. Aunque este punto merece una mayor precisión.

El Código Civil regula esta cuestión en los artículos 1.038, 1.039 y 1.040. Los artículos 1.039 y 1.040, que son claros y precisos, formulan la tesis expuesta. Así, el artículo 1.038 dice: «Los padres no estarán obligados a colacionar en la herencia de sus ascendientes lo donado por éstos a sus

(41) Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1965. Base de Datos Colex Data. Referencia: 65C-3812. Ponente: Ilmo. Señor AGUADO GONZÁLEZ.

hijos», y el 1.040 establece: «Tampoco se traerán a colación las donaciones hechas al consorte del hijo; pero si hubieran sido hechas por el padre conjuntamente a los dos, el hijo estará obligado a colacionar la mitad de la cosa donada».

Frente a esta regla, el 1.030 establece la excepción: «Cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus tíos o primos, colacionarán todo lo que debiera colacionar el padre si viviera, aunque no lo haya heredado. También colacionarán lo que hubiesen recibido del causante de la herencia en la vida de éste, a menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad si no perjudicare a la legítima de los coherederos».

Los nietos sólo colacionarán cuando sucedan a los abuelos por derecho de representación de su padre. El criterio podría ser lógico, basándonos en la naturaleza jurídica del derecho de representación, pero como sentencia LA-CRUZ, «sería ilógico que la condición de coleccionables de las donaciones a los nietos dependiera de la circunstancia de vivir o no (o ser desheredados) el padre al abrirse la sucesión del donante».

- b) Los coherederos han de ser legitimarios. La protección que ofrece la colación a los herederos sólo ampara a los herederos forzosos, no a otros herederos.
- c) Que los herederos legitimarios no hayan repudiado la herencia. La colación no ha lugar si el donatario repudia a la herencia. Así, el artículo 1.036 dice: «La colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así le hubiese dispuesto expresamente o si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa».
- d) Que la colación no perjudique la legítima del colacionante «si la cuota hereditaria incrementada con la colación no alcanzare el valor de la legítima, deberá corregirse en la medida necesaria el resultado de la colación. Sobre el derecho voluntario está el derecho necesario y por encima de la voluntad expresa o tácita del testador están los límites que la Ley le impone imperativamente» (VALLET).

2.º *Recibir bienes en vida.* Este requisito que apunta la sentencia es obvio y lógico. Se encuentra en la esencia de la institución. Es el presupuesto previo o anterior. Para que el heredero legitimario esté obligado a colacionar, deberá haber recibido en vida del causante bienes de éste.

Nuestro Código contempla la misma a lo largo de toda la regulación. Lo formula con carácter general y lo eleva (así la sentencia que estudiamos) a la categoría de pilar esencial de la colación el artículo 1.035, que nos dice:

«...los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia en vida de éste...». Otros artículos repiten su formulación (42).

3.º *La recepción debe ser a título lucrativo.* La regla general del Código, contenida en el artículo 1.035, es que son colacionables todas las liberalidades entre vivos, pues habla de lo recibido del causante «por dote, donación u otro título lucrativo».

Por tanto, puede afirmarse: quedan sujetos a colación, cualesquiera que sean las vías por las que se efectúen, todos aquellos sacrificios patrimoniales que el causante realiza en vida, voluntariamente y con ánimo de liberalidad en favor del heredero forzoso y que producen un correlativo enriquecimiento para éste. Ahora bien, más allá de esta fórmula general conviene examinar algunas hipótesis concretas:

- a) Las donaciones remuneratorias u onerosas han de colacionarse en la medida en que excedan al valor del servicio o carga.
- b) Las donaciones hechas hace más de treinta años también han de colacionarse, pues como el deber de colacionar está ligado a la partición, no prescribe en vida del donante.
- c) Es también donación las reparaciones, construcciones, mejoras y plantaciones hechas en finca del heredero forzoso por el causante, aunque lo donado será, bien el gasto hecho si es menor que la utilidad obtenida, bien ésta si es menor que el gasto.
- d) El perdón de una deuda del heredero forzoso cuando para el acreedor-causante es un acto voluntario y gratuito, también deberá colacionarse tanto si se hace expresamente como si se deja de exigir el cobro.
- e) La renuncia a una herencia por el causante cuando por efecto de ella son llamados algunos de sus herederos forzosos, no ha de colacionarse a no constar que tal renuncia se hizo de intento para beneficiar a éste. En contra se estima que deberán colacionarse los pagos indebi-

(42) Artículo 1038.2: «...lo que hubiesen recibido del causante de la herencia durante la vida de éste...».

Artículo 1.039: «...en la herencia de sus ascendientes lo donado por éstos a sus hijos».

Artículo 1.040: «...las donaciones hechas al consorte del hijo...».

Artículo 1.041: «...los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario, ni regalos de costumbre».

Artículo 1.942: «...los gastos que éste hubiere hecho para dar a sus hijos una carrera profesional o artística...».

Artículo 1.043: «...las cantidades satisfechas por el padre para redimir a sus hijos de la suerte de soldado, pagar sus deudas, conseguirles un título de honor y otros gastos análogos».

Artículo 1.046: «La dote o donación hecha por ambos cónyuges...».

dos hechos por el causante a un heredero forzoso por cuenta de obligaciones nulas si no había prescrito la acción de nulidad, pues de otro modo resultaría una donación indirecta en perjuicio de los demás.

- f) Si el causante dona un décimo de lotería que después resulta premiado, sólo habría de colacionarse el importe del décimo, no el del premio, pues éste no formó parte en ningún momento del patrimonio del donante.
- g) Las percepciones derivadas de los seguros de vida contratados en beneficio de alguno de los herederos forzosos no están sujetas a colación, pero las primas correspondientes sí han de ser colacionadas por el beneficiario. Por lo demás, señalar que las disposiciones testamentarias a título singular están dispensadas de colación salvo que el causante hubiese dispuesto otra cosa y que quedan excluidas de colación las transmisiones a título oneroso por contrato válido y eficaz, pero si el precio fuere inferior al normal de mercado y lograra acreditarse el *animus donandi* por la diferencia, ésta deberá colacionarse. Las donaciones encubiertas bajo apariencia de compraventa, aún cuando se hagan en escritura pública, son nulas, y por tanto, no es que hayan de colacionarse, sino que han de volver al caudal hereditario.

Finalmente, señalar que el artículo 1.041 señala los bienes que en ningún caso son colacionables y que los artículos 1.042 y 1.043 establecen los bienes que sólo son colacionables cuando el causante lo dispone.

Concluamos este punto en los términos que se pronuncia el Tribunal Supremo en *sentencia de 25 de mayo de 1992*. Esta sentencia nos dice que la sentencia de 3 de junio de 1965, en un minucioso estudio de la colación y de sus caracteres o requisitos, establece «que la Ley, al referirse a la materia colacionable, menciona dos conceptos específicos “dote y donación” y uno genérico con la expresión “u otro título gratuito”, pero en el concepto de “donación” habrá de comprenderse tanto las que se llaman “propias”, incluidas en el artículo 618 del Código Civil, como las impropias que suponen enriquecimiento del beneficiario por ellas, sin efectiva y simultánea transmisión de bienes; en cambio, cuando la Ley habla, con carácter general, de otro título gratuito, ha de entenderse que el mismo habrá de reunir los requisitos de ser derivativo y dimanante del *de cuius*, con la que se excluyen los que reúnan tales caracteres, siendo ajeno, por tanto, a la materia colacionable cuanto no sea lucro que proceda de la voluntad del causante, bien tenga por causa una obligación incumplida cualquiera, apropiación unilateral, rendición de cuentas, anticipos reintegrables o cualquiera otro débito, convencional o legal, ajeno al motivo específico a que se refiere el artículo 1.035 del Código Civil.

4.º *Traer los bienes o su valor al inventario.* Tal requisito, reflejado en la sentencia de 3 de marzo de 1965, es un carácter esencial de la institución, que debemos situar en el plano de los efectos de Colación.

La doctrina, al estudiar los efectos de la colación, suele hablar de tres efectos principales:

- a) Aportación contable o colación por imputación al inventario.
- b) Toma de menos por el colacionante.
- c) Atribución compensatoria a los coherederos.

Tales efectos se encuentran entrelazados. Esto es, una vez que se producen los requisitos necesarios para la colación, el obligado a colacionar deber aportar el valor de lo recibido para la formación del inventario; una vez precisado el inventario tomará de menos en el caudal lo ya recibido, y los coherederos recibirán de más en igual a lo ya recibido por el colacionante.

El artículo 1.045 del Código Civil establece: «No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios».

Tres conclusiones podemos extraer de este precepto:

- a) La colación obliga a la adición contable del valor. Obviamente, el sistema no impide la posibilidad de traer a colación los mismos bienes donados si los interesados están de acuerdo.
- b) Los bienes deberán valorarse al tiempo en que se valoren los bienes hereditarios. Esto es, no al tiempo en que el colacionante recibió los bienes sino al tiempo de la formación del inventario.
- c) Los riesgos de deterioro o pérdida los asume el colacionante.

En relación al tiempo de la valoración conviene analizar la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de diciembre de 1992. En esta sentencia se estudia el supuesto de una finca donada que pasó de rústica a urbana, como consecuencia de una modificación de las normas urbanísticas. La sentencia señala: «El artículo 1.045 del Código Civil, en su párrafo segundo, establece la particularidad que de producirse aumento o deterioro físico posterior a la donación y aún su pérdida total causal o culpable, será de cargo y riesgo o beneficio del donatario en su caso».

Resulta bien claro en cuanto sólo prevé las circunstancias físicas posteriores, no ninguna otra, y por tanto no incluye los incrementos económicos o de valor de cualquier tipo que puedan afectar a los bienes donados, como pueden ser los plusvalores derivados de procesos urbanísticos, recalificación de terrenos, creación de infraestructuras revalorizadoras, modificaciones sustanciales en el entorno o cese de actividades agrarias, residenciales o de simple recreo

y su sustitución por otras, industriales o de cualquier tipo más rentable, en las que en todo caso el bien permanece con la misma identidad física.

En estos casos el citado párrafo segundo del artículo 1.045 y todas estas circunstancias coyunturales, por no ser precisamente aumentos o deterioros físicos, han de correr a cargo y beneficio de la masa partible y, asimismo, cuando se produce la alteración del valor, como en el caso de autos, por consecuencia de una actuación administrativa y no de forma constatada por la propia actividad decisiva, exclusiva y determinante de recurrente.

Lo anteriormente analizado se refuerza teniendo en cuenta que nuestro Código Civil rechaza la colación *in natura*, salvo pacto entre los coherederos, a favor de la colación por imputación que consiste en la adición contable a la masa hereditaria del valor del bien donado, conforme a lo ya expuesto y deferida a favor de los herederos legitimarios (sentencia de 17 de marzo de 1989), produciéndose de esta forma un incremento en el activo a repartir, con la consecuencia de una «toma de menos» en el mismo por parte del donatario que colaciona.

El Código Civil, en los artículos 1.046 a 1.050, regula los restantes efectos de la colación.

Como culminación a nuestro estudio vamos a concretar las consecuencias de la colación atendiendo a la sentencia de 3 de marzo de 1965. Así:

- a) Que la institución persigue una finalidad igualitaria.
- b) Que la colación no atienda a la impugnación del acto jurídico de transmisión de los bienes a que afecta y el que, en principio y normalmente, respeta y tiene por firme, hasta el punto de que el artículo 1.045 fija el valor de los bienes, en el que tenían al tiempo de la donación y sus vicisitudes económicas posteriores son a beneficio o cargo de quien los adquirió.
- c) Que si la donación es excesiva, se reduce en lo que resulte inoficiosa y se colacionará en la proporción en que no se reduzca.
- d) Que la Ley, al referirse a la materia colacionable, menciona dos conceptos específicos: «dote y donación», y uno genérico con la expresión «u otro título gratuito», pero en el concepto de «donación» habrá de comprenderse, tanto las que se llaman «propias», incluidas en el artículo 618 del Código Civil, como las «impropias», que supone enriquecimiento del beneficiado por ellas, sin efectiva y simultánea transmisión de bienes. En cambio, cuando la Ley habla, con carácter general, de otro título gratuito, ha de entenderse que, al mismo, deberá reunir los requisitos de ser «derivativos» y dimanantes del *de cuius*, con lo que se excluyen los que no reúnen tales caracteres, siendo ajeno, por tanto, a la materia colacionable cuanto no sea lucro que proceda de la voluntad del causante, bien tenga por causa una

obligación incumplida cualquiera, apropiación unilateral, rendición de cuentas, anticipos reintegrables o cualquiera otro débito, convencional o legal, ajeno al motivo específico a que se refiere el artículo 1.035 del Código Civil.

- e) Que, en consecuencia, la «colación» es una institución *sui generis*, que puede coincidir o no con la reducción sobre una misma donación, sin perder nunca su fisonomía propia y que no cabe confundir, dado su origen y finalidad, con las acciones restitutorias que, por título, pueden ejercitarse para la debida integración de la masa hereditaria; se trata, en suma, de tres «medios» distintos, aún cuando tales tiendan a idéntico fin.

Para terminar el tema de la Colación hemos de referirnos a la distinción de la misma de la partición propiamente dicha. Señala en este punto DE LOS MOZOS: «Hay que distinguir la colación de las operaciones particionales, lo que también ha confundido la generalidad de la doctrina anteriormente criticada. La colación respecto de la partición —y así lo entendió ya el propio GARCÍA GOYENA—, viene a ser un *prius*, aunque necesariamente se ha de reflejar en ella, como de una u otra manera, todas las disposiciones del causante o de la ley; pero en sí constituye una ordenación de la sucesión, «desde el momento mismo de fallecer el causante, variando desde entonces la proporción de las cuotas en el activo remanente de la comunidad hereditaria, de tal modo que los coherederos con derecho a colación podrán alegar desde el primer momento su calidad de tales, para que se les compute como un mayor valor de interés que tienen en el consorcio». Opinión que también se encuentra en la doctrina italiana y en la francesa» (43).

En el mismo sentido tenemos la opinión de MUÑOZ GARCÍA: «Consideramos con la doctrina italiana, que es una operación preliminar, en cuanto forma una primera masa hereditaria con todos los bienes existentes al fallecimiento del causante y todos los bienes que éste en vida hubiese donado. Masa ideal a la que se restan todas las deudas y cargas que pesen sobre la herencia del causante. La finalidad de esta operación es conocer el montante hereditario» (44).

La colación, además, ofrece normas especiales, que la propia sistemática del Código distingue de las establecidas en materia de partición:

- Algunas establecen en materia análoga preceptos que suponen una derogación de las normas particionales; así los artículos 1.047 y 1.048

(43) DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *La Colación*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1.ª ed., Madrid, 1956, pág. 149 y sigs.

(44) MUÑOZ GARCÍA, CARMEN, *La colación como operación previa a la partición*, Editorial Aranzadi, 1.ª ed., Pamplona, 1998, pág. 237.

en relación con los artículos 1.061 y 1.062, al invertir los términos en los primeros, del *modus operandi* establecido en los segundos; cuando por otra parte, en lo que tienen de reiteración nos viene a demostrar que ésta sería innecesaria de constituir la colación una nueva parte de las operaciones particionales.

- Por otra parte, el artículo 1.049 establece para la colación, necesariamente, una regulación de frutos diversa de la contenida en el artículo 1.063.
- Y asimismo, el artículo 1.050 dispone que aunque surja contienda en materia de colación, no por eso dejará de proseguirse la partición, prestando los presuntos obligados la correspondiente fianza, llevándose a cabo, cuando aquélla se solucione, una participación complementaria como veremos.

En suma, los valores colacionables únicamente se traen a la cuenta de la partición, como expresa el artículo 1.035 del Código Civil, para ser regulados en ella conforme a sus propias normas, no de acuerdo con las que rigen las operaciones particionales. Esto prueba la autonomía de la institución que siempre ha de operar con carácter previo a la partición en el proceso hereditario.

Asimismo existen ciertas «situaciones especiales», previstas en el Código Civil, que determinan la necesidad de realizar inventarios específicos, que no presentan ninguna especialidad en cuanto a la forma de realizarse, pero que no obstante deben ser conocidas por la persona o personas que realizan el inventario y el avalúo de los bienes de la herencia, pues pueden influir sobre la práctica de estas operaciones.

A) Así, si el causante estaba previamente declarado en situación legal de ausencia. El representante del mismo deberá haber dado cumplimiento al artículo 185 del Código, que impone al representante del declarado ausente la obligación de inventariar los bienes muebles y describir los inmuebles de aquél (45). Este Inventario y Avalúo deben anotarse en el Registro Civil (46), estando obligado a promover sin demora esta anotación el propio representante legal del ausente (47).

(45) Este inventario y su descripción se venía señalando vigente la anterior LEC, que, por exigencia del artículo 2.045-1.º de la misma, tendría que practicarse judicialmente con intervención del Ministerio Fiscal; y añade el apartado segundo del precepto que «practicado el inventario, se proveerá al representante del título justificativo de su representación». En cuanto al funcionario ante el que ha de practicarse en el nuevo régimen procesal creemos que es el secretario judicial por exigencia del artículo 794 de la nueva LEC.

(46) Confróntese el artículo 290, número 1 del Reglamento del Registro Civil.

(47) Artículo 291, número 2 del Reglamento del Registro Civil.

Al no imponer ni el Código Civil ni la LEC la tasación de los bienes, no habrá criterio de referencia para los sucesores a la hora de hacer el avalúo de los bienes de la herencia.

Firme la declaración de fallecimiento del ausente, la realización del inventario y avalúo es obligatoria para los sucesores del mismo (48), que deberán tener en cuenta la anotación de los bienes que se haya hecho en el Registro Civil por el representante del ausente.

Para atender a esta necesidad, dispone el párrafo 4.º del 196, la obligación ineludible de los sucesores de formar notarialmente un inventario detallado de los bienes muebles y una descripción de los inmuebles, disposición esta que está corroborada por el número 6.º del artículo 198 al volver a hablar de la escritura notarial de descripción o inventario de los bienes cuando se refiere a las circunstancias que hay que hacer constar en el Registro Central de Ausentes.

Llama la atención que aquí se exige la forma notarial, en contraste con la judicial, que es la prescrita en la declaración de ausencia legal; a nuestro juicio debía de haberse exigido la judicial en ambos casos con intervención del Ministerio Fiscal.

B) Si el causante estaba sujeto a tutela, el tutor tendrá que haber hecho inventario de los bienes del tutelado conforme al artículo 262 del Código Civil. Queremos destacar varios puntos que debe tener en cuenta el partidor:

1. Teniendo en cuenta el carácter judicial del inventario y las garantías que se observan en su realización, habrá de concedérsele una presunción de veracidad.

2. Se hará constar, por anotación en el Registro Civil (arts. 88 LRC y 290.1.º RRC), la existencia del inventario de los bienes del tutelado que haya sido formalizado judicialmente. La anotación están obligados a promoverla el propio Juez, el tutor y el Ministerio Fiscal (art. 291 RRC). Se practicará mediante testimonio de la diligencia extendida en la formación del inventario (art. 292.1. RRC). En esta anotación constará especialmente el valor total que se asigne a los bienes del tutelado que hayan sido objeto de inventario (art. 292.2.º RRC).

(48) Establece, por otra parte, el artículo 196 del Código Civil: «firme la declaración del fallecimiento del ausente, se abrirá la sucesión en los bienes del mismo, procediéndose a su adjudicación por los trámites del juicio de testamentaría o abintestato, según los casos, o extrajudicialmente... será obligación ineludible de los sucesores, aunque por tratase de uno solo no fuese necesario partición, la de formar notarialmente un inventario detallado de los bienes muebles y una descripción de los inmuebles».

3. Existirán bienes excluidos del control del tutor, que son los recogidos en el artículo 265 del Código Civil, que establece: «El dinero (49), alhajas (50), objetos preciosos (51) y valores mobiliarios (52) o documentos (53) que, a juicio de la autoridad judicial, no deban quedar en poder del tutor, serán depositados en un establecimiento destinado a este efecto. Los gastos que las anteriores medidas ocasionen correrán a cargo de los bienes del tutelado».

4. Por último, el tutor que no incluya en el inventario los créditos que tenga contra el tutelado, se entenderá que los renuncia, conforme al artículo 266. La consecuencia es clara: no se podrán, pues, incluir en la herencia del tutelado.

Por tanto, en estas dos situaciones estudiadas, los sucesores se encuentran con un inventario previamente relacionado y anotado en el Registro Civil.

(49) En cuanto al dinero, no es fácilmente imaginable que exista en cantidad apreciable que justifique dejarlo fuera del poder del tutor, sin estar ya depositado en algún Banco o Caja de Ahorros (téngase en cuenta que la imposición a plazo fijo no es un título valor, STS de 28-XI-89). Si, como es más probable, estuviera ya depositado, la decisión del juez deberá consistir en excluir el poder de disposición del tutor sobre el depósito. O, en su caso, ordenar, para ese dinero, un depósito que resulte más rentable, dejando en manos del tutor, en todo caso y aunque no esté previsto, las sumas necesarias para atender a los gastos urgentes de mantenimiento y educación del menor, así como las que permitan atender a los primeros gastos de administración.

(50) El concepto de «alhajas» será el estricto de joyas u objetos de metal precioso que sirven principalmente de adorno. Dado que el Juez no tiene por qué tener conocimientos cualificados en la materia, habrá que acudir para saber si se encuentra ante una alhaja al juicio pericial, pues, como acertadamente se ha advertido al Juez lo que únicamente le corresponde es ante un objeto ya calificado como joya o alhaja, decidir si debe de quedar o no en manos del tutor. En otra parte de este trabajo, en concreto cuando examinamos la relación de bienes del artículo 1.066 de la LEC, profundizamos más sobre este concepto.

(51) Fundamentalmente son dos las conceptualizaciones que se predicán de la expresión «objetos preciosos», sobre la base de su posible interpretación en los diversos preceptos en que tal expresión aparece utilizada. O bien se pone el acento para conceptualizar un objeto como precioso en su singular valor histórico o artístico, o, por el contrario, se toma como referencia, simplemente, su puro valor económico. A la vista de la específica finalidad del artículo 265, precepto considero que no procede atender a esta conceptualización excluyente. Por objetos preciosos que no han de quedar en poder del tutor, el juez puede entender que se trata tanto de los que tengan un valor histórico cultural o artístico como los que careciendo de esas cualidades alcancen un relevante valor económico.

(52) Habrán de considerarse las acciones y las obligaciones de las sociedades anónimas, con exclusión de las participaciones de las sociedades de responsabilidad limitada. Sin embargo al amparo de la Ley del Mercado de Valores, tendrían también la calificación de valores los títulos no emitidos en serie como los certificados de depósito, pagarés de empresa y letras de cambio bursátiles, en suma, los denominados «activos financieros».

(53) El concepto de «documentos» ha de considerarse ceñido a aquellos cuyo valor resida en su propia naturaleza intrínseca, como autógrafo puramente ejemplificativo, el manuscrito de una obra literaria.

III. CONTENIDO DEL INVENTARIO

1. LA RELACIÓN DE BIENES Y DERECHOS CONTENIDA EN EL ANTIGUO ARTÍCULO 1.066 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

La relación de bienes y derechos del artículo 1.066 de la LEC, pretendía ser reflejo de lo que es el contenido de la sucesión de una persona.

GUILARTE GUTIÉRREZ opina, comentando la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que: «sin duda, se ha liberalizado el formalismo anterior, tal y como resulta de la comparación de este precepto con el anacrónico artículo 1.066 de la vieja LEC. En esta línea, el vigente artículo 794 de la LEC se limita a exigir que el inventario contenga la relación de los bienes de la herencia frente a la derogada necesidad de relacionar metálico, efectos públicos, alhajas, semovientes, frutos, inmuebles, derechos y acciones» (54). Nosotros no estamos de acuerdo con esta opinión por las razones que más adelante tendremos ocasión de exponer.

En cualquier caso, señalar que nos encontramos diferencias entre el nuevo régimen procesal y el que se preveía en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Así podemos señalar las siguientes notas que caracterizan la nueva regulación:

- En la nueva regulación se individualiza la competencia para realizar el inventario en el secretario, el cual deberá ordenar la forma de llevar a cabo tal inventario conforme a la legislación civil. Es decir, el antiguo artículo 1.063 de la LEC comisionaba al secretario para la elaboración del inventario, estableciendo que el juez pudiese concurrir a la formación del mismo cuando lo solicitase alguno de los interesados y él lo creyese conveniente. En cambio, en la anterior regulación, el artículo 1.095, párrafo primero, establecía que en el juicio necesario de testamentaría los inventarios se formaban judicialmente. Es decir, la reforma, al atribuir tal facultad siempre al secretario judicial, pone de relieve el carácter no jurisdiccional de estas actuaciones iniciales.
- En cuanto a la formación del inventario, las antiguas reglas contenidas en los artículos 1.066 y 1.067 parecen estar refundidas en el nuevo artículo 794 de la LEC.
- De la lectura de los nuevos preceptos de la LEC, 794 y siguientes, igual que ocurría con los antiguos artículos 1.066 y 1.067, parece se saca la misma conclusión, que el inventario sólo afecta al activo de la herencia y a los documentos del causante, pero ello no es así, siendo debido tal

(54) GUILARTE GUTIÉRREZ, VICENTE, *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo IV, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 4401.

apariencia a una falta de precisión que se ha arrastrado en la nueva LEC. El Código Civil, posterior a la Ley procesal de 1881, claramente establece en su artículo 659 que la herencia comprende todos los bienes derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte.

- El inventario que se forma con los interesados no tiene que estar evaluado. El avalúo es una operación que efectúan los peritos en el procedimiento para la división (art. 784.2 LEC). La controversia en el inventario está en relación con la inclusión o exclusión de bienes (art. 794 LEC) no con el importe de cualquiera de sus partidas, como se establece en el inventario para la liquidación del régimen económico matrimonial (art. 809.2 LEC).
- En el artículo 786 de la LEC, en sede del procedimiento para la partición, se expresa en general que si el testador hubiera establecido reglas distintas para el inventario, avalúo, etc..., el contador atenderá a lo que resulte de ellas, siempre que no perjudiquen la legítima de los herederos forzosos. Tal precepto tiene su antecedente en lo dispuesto en el artículo 1.046 de la antigua LEC y resulta expresión del principio que la voluntad del testador es la Ley especial. Así, por ejemplo, el testador puede disponer el inventario y la computación del ajuar conyugal en contra de la norma establecida en el artículo 1.321 del Código Civil.
- Se establece en el apartado tercero del artículo 794 de la nueva LEC, que regula la formación del inventario como estamos viendo, «que en aquellos supuestos en que no pudiese terminar el inventario en el día señalado, se continuará en los siguientes. Tal precisión (superflua) es un arrastre de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1.066 de la Ley de 1881 sobre la diligencia de inventario.
- Por último, en el párrafo cuarto y último del nuevo artículo 794 de la LEC, se señala lo que procede cuando se suscitare entre los interesados controversia sobre la inclusión o exclusión de bienes en el inventario. En tal supuesto se citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal. El establecimiento del contencioso constituye una novedad legislativa reguladora de los llamados en la práctica forense incidentes de inclusión o exclusión de bienes carentes hasta ahora de regulación específica. En la regulación anterior, como hemos ido viendo, el contencioso en el proceso sucesorio sólo se producía aunque no hubiera acuerdo inicial sobre el inventario después de formuladas las operaciones divisorias.

HERNÁNDEZ GIL señala que dicho contenido está integrado por «todas las relaciones jurídicas susceptibles de transmitirse *mortis causa* o, lo que es lo

mismo, por todas aquellas relaciones respecto de las cuales, fallecido el titular, es posible la sustitución del sujeto» (55).

En el intento de fijar el concepto de la herencia, resulta necesario hacer una breve referencia a un concepto mucho más restringido de la misma, mantenido por el Tribunal Supremo en algunas de sus sentencias hasta el año 1941. La sentencia de 5 de diciembre de 1941 (56) define la herencia como «el conjunto de bienes, derechos y obligaciones del causante después de sacar del caudal de la sucesión las deudas y mandas dejadas por el causante». Consecuente con este criterio, la sentencia de 18 de marzo de 1897 declaró que «no hay realmente herencia cuando una deuda absorbe todos los bienes relictos». Ahora bien, para rechazar esta acepción limitada de la herencia es suficiente atender al contenido de los artículos 659 y 661. Del primero resulta que la herencia comprende las obligaciones de la persona fallecida, y del segundo, que el heredero sucede en las obligaciones del difunto. La herencia está constituida, pues, por un conjunto de relaciones jurídicas, que pueden dar lugar a un activo y a un pasivo, siendo indiferente, por razón de su unidad, el importe de uno y otro. Cabe, por ello, que el pasivo supere al activo o, incluso, que sólo existan deudas (*damnosa hereditas*), sin que ello tenga trascendencia alguna en orden a la existencia de la herencia. La sentencia de 10 de noviembre de 1981 dice que «no deja de producirse el fenómeno sucesorio aunque el pasivo sea superior al activo en el caudal relicto, según el artículo 659 del Código Civil».

De la fijación del contenido o ámbito objetivo de la sucesión se ocupa el artículo 659, que establece: «La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte».

El artículo 659 pretende fijar el contenido de la herencia. En términos de gran generalidad, dice que «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte». En realidad, deja pendiente la pregunta de cuáles sean esos derechos y obligaciones. Quizá porque no pueda contestarse con carácter general y sí sólo en cada caso concreto.

SÁNCHEZ CALERO (57) opina que este precepto incurre en la incorrección de entender qué sucede en los bienes cuando, en realidad, lo que se transmite a los herederos son los derechos sobre los bienes. Esto es lo que permite que distintos sucesores de un mismo causante puedan adquirir diferentes derechos

(55) HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO, *Obras completas*, Tomo IV, «Derechos Reales, Derecho de Sucesiones», Editorial Espasa-Calpe, S. A., Madrid, 1989, pág. 483.

(56) Este criterio reducido de herencia y cercano al sistema anglosajón donde se sigue la máxima «antes es pagar que heredar», cambia a partir del año 1941, entre otras podemos citar las sentencias de 8 de febrero de 1972 o la de 22 de marzo de 1984.

(57) SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo IX, vol. 1-A, «Comentario al artículo 659 del Código Civil», Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990, pág. 8.

sobre un mismo bien (propiedad, usufructo, servidumbre, etc.). En la herencia se integran, además, relaciones jurídicas que no formaban parte del patrimonio del causante, surgidas, precisamente, por su muerte o después de ella; como ejemplo se pueden citar las cargas hereditarias.

Por tanto, pueden ser objeto de la sucesión *mortis causa* derechos nuevos, nacidos por voluntad del testador o por disposición de la ley, pero cuyo fundamento se encuentra en un preexistente derecho del causante (un usufructo, voluntario o legal, constituido sobre una finca propiedad del *de cuius*).

En estos casos, de derechos o relaciones jurídicas nuevas, es evidente que no se puede hablar de adquisición derivativa de una relación jurídica existente en el patrimonio del difunto. Pero, considerando que tales relaciones surgen a la muerte y por causa de la muerte, por la *vis* atractiva de la sucesión *mortis causa*, quedan sujetas a la disciplina de esta clase de sucesión.

De lo anterior cabe deducir que la sucesión, como dice BINDER, es el ingreso en una situación jurídica completamente nueva y de propio sentido, que sólo comprende el patrimonio del causante con numerosas reservas y cambios (58).

Como conclusión, de todo lo que venimos diciendo la sucesión universal no implica que el heredero suceda, literalmente, en todas las relaciones del causante, ni tampoco en la misma forma en que a éste pertenecían tales relaciones jurídicas. Es decir, la sucesión no se da en todo el patrimonio del causante.

Tengamos en cuenta que una de las operaciones imprescindibles en el «proceso hereditario» es el inventario, que es la descripción del activo y del pasivo de la herencia. Por tanto, son objeto de la partición los siguientes elementos reales que se recogen en el inventario de la herencia: Primero, las cosas propiamente hereditarias. Segundo, los derechos y obligaciones transmisibles del difunto. Tercero, los títulos de adquisición de esas cosas o derechos. Examinemos cada uno de estos elementos, con brevedad.

1.º *Las cosas propiamente hereditarias*

Son el conjunto de bienes muebles o inmuebles, rústicos o urbanos, de la pertenencia del causante, que están en estado de indivisión o conjunción sucesoria. Es en realidad todo lo que forma parte activa del patrimonio del causante que debe ser traído a la partición. Deben añadirse los semovientes.

Nos hacemos, al hilo de lo que estamos diciendo, la siguiente pregunta: ¿Qué cosas no deben venir a la partición? (59):

(58) BINDER, J., *Derecho de Sucesiones*, traducido y anotado por J. LUIS LACRUZ BERDEJO, Barcelona, 1953, pág. 12.

(59) LEYES DE PARTIDAS. Ley 2.ª, Título 15 de la Partida 6.ª Al hablar de las exclusiones, nuestras Leyes de Partidas hablaban de «las cosas malas, así como ponzoñas o malas yerbas o dañosas melecinas», las cuales, junto con otras de parecida naturaleza

- a) Las servidumbres que son indivisibles y subsisten en su integridad, no obstante la división de los fundos dominantes o sirvientes y de los inmuebles a que están afectos y pertenecientes a distintos dueños (por ejemplo, servidumbre de paso, elementos comunes de la propiedad horizontal). El artículo 535 del Código Civil establece que «las servidumbres son indivisibles. Si el predio sirviente se divide entre dos o más, la servidumbre no se modifica y cada uno de ellos tiene que tolerarla en la parte que le corresponda. Si es el predio dominante, el que se divide entre dos o más, cada porcionero puede usar por entero de la servidumbre, no alterando el lugar de su uso, ni agravándola de otra manera».
- b) Los buques, ya que el régimen especial del condominio obstaculiza sustancialmente la práctica divisoria.
- c) Las propiedades mineras no deben venir a partición porque conservan íntegro el concepto de unidad (60).
- d) Muchas legislaciones establecen la exclusión particional en determinados bienes de familia, para evitar la excesiva pulverización de la propiedad. A ello responde la institución alemana del «Anerbenrecht», por la que se asegura la indivisibilidad de la casa paterna, del terreno necesario para alimentar una familia (61).
- e) Deben excluirse de las particiones los panteones o sepulturas de familia, fundadas en capilla o propiedad privada o en cementerio público.

como libros y escrituras de «encantaciones», deben quemarse o destruirse. También debían quedar excluidas las cosas «mal ganadas» por el causante, las cuales habrían de ser restituidas a quien corresponda su titularidad.

(60) COVIÁN, *Partición de herencia*. Enciclopedia Jurídica española, vol. XXIV. Editor: Francisco Seix, Barcelona, 1950, pág. 339. Señala COVIÁN que cuando las minas son de gran extensión y la forma de presentarse los minerales lo permita, pueden dividirse hasta la pertenencia y en este caso ser objeto de partición.

(61) Encontramos los siguientes casos, sin carácter exhaustivo, en nuestro Derecho: a) Legislación de Casas Baratas (Real Decreto de 10-10-1924), b) Ley de Colonización y Repoblación Interior (30 de agosto de 1907), c) Las unidades mínimas de cultivo, recogidas en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973, actualmente reguladas en los artículos 23 a 27 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de Explotaciones Agrarias. El artículo 24 de esta Ley dice: «1. La división o segregación de una finca rústica sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. 2. Serán nulos y no producirán efecto entre las partes ni con relación a tercero, los actos o negocios jurídicos, sean o no de origen voluntario, por cuya virtud se produzca la división de dichas fincas, contraviniendo lo dispuesto en el apartado anterior. 3. La partición de herencia se realizará teniendo en cuenta lo establecido en el apartado 1 de este artículo, aún en contra de lo dispuesto por el testador aplicando las reglas contenidas en el Código Civil sobre las cosas indivisibles por naturaleza o por ley y sobre la adjudicación de las mismas a falta de voluntad expresa del testador o de convenio entre los herederos». Es decir, la voluntad del testador no puede ir contra una norma imperativa y ésta lo es.

- f) Finalmente han de considerarse excluidas las fundaciones y sus bienes, ya que se consideran indivisibles.

2.º *Los derechos y obligaciones del difunto*

Es frecuente acudir al criterio de la patrimonialidad: son transmisibles las relaciones patrimoniales, es decir, las constituidas por derechos y deberes susceptibles de valoración económica e intransmisibles las no patrimoniales. Sin embargo, tal regla no puede reputarse como absoluta.

Así hay derechos que, pese a su indudable contenido patrimonial no son transmisibles *mortis causa*, como los de usufructo (art. 513.1.º del Código Civil), uso (art. 525), y habitación (art. 539), la renta vitalicia (art. 1.808), el derecho de alimentos (art. 150), los derechos obtenidos como beneficiario en virtud de la legislación de accidentes de trabajo, dado el carácter vitalicio de los mismos. Trataremos más adelante la problemática de las indemnizaciones por causa de muerte en el caso de accidentes de trabajo y las indemnizaciones derivadas de accidentes de tráfico.

Es también intransmisible «el derecho de opción de compra», aunque no se hubiere formulado *intuitu personae*, por la sencilla razón de que esta opción no da lugar al nacimiento de ningún derecho subjetivo.

En general, los derechos dimanantes de las relaciones contractuales consideradas *intuitu personae* son intransmisibles. Entre ellas se señalan las derivadas del contrato de trabajo que se extinguen por muerte del trabajador; también se extinguen las derivadas del arrendamiento de obra cuando se han encargado a una persona por razón de sus cualidades personales; las derivadas del mandato (art. 1732.3.º del Código Civil) con las peculiaridades previstas en el artículo 1.738 y en el 1.739 del Código Civil; de la comisión mercantil respecto del comisionista fallecido (art. 280 del Código de Comercio) y el mandato hecho en contemplación a la persona del comodatario (art. 1.742 del Código Civil), no se transmiten los derechos aunque sí se transmiten los resultados patrimoniales de esos contratos pendientes de liquidar (62).

No son transmisibles como regla general, dado su carácter no patrimonial, los derechos de la personalidad (derecho al nombre, etc.) ni los honores ni los títulos nobiliarios, aunque éstos se hallen sujetos a un régimen sucesorio; tampoco son transmisibles las relaciones familiares puras, ni los derechos morales de autor.

(62) LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones*. Parte General. Editorial Bosch, Barcelona, 1961, pág. 155.

Son también intransmisibles la acción de resarcimiento que se deriva de la lesión de un derecho personalísimo (nombre, honor, etc...) si el causante, pudiendo, no la ejercitó en vida, ya que es fácil deducir que si el causante no ejercitó este derecho, teniendo posibilidades de ello, es que perdonó dichos atentados. Son, en cambio, transmisibles a los herederos en ciertos casos las acciones de filiación y el derecho moral de autor, así como las relaciones de hecho con trascendencia jurídica, en el caso de la usucapión o prescripción comenzadas.

Por lo que se refiere a los derechos de carácter corporativo en las sociedades, no se transmite la condición de socio en las sociedades civiles (arts. 1.680 y 1.700 del Código Civil), ni en las sociedades o compañías mercantiles colectivas y en comandita por muerte de un socio colectivo (art. 221 del Código de Comercio), sin perjuicio de la validez del pacto de continuar la sociedad entre los socios sobrevivientes y los herederos del fallecido (arts. 1.714 del Código Civil y 222.1 del Código de Comercio).

De no transmitirse la condición de socio, se transmite en cambio, el contenido patrimonial inherente, tal como se deduce del artículo 1.704 del Código Civil, ya que dispone en su párrafo 1.º que «en este caso el heredero del que haya fallecido sólo tendrá dicho derecho a que se le haga la partición, fijándola en el día de la muerte de su causante, y no participará de los derechos y obligaciones ulteriores, sino en cuanto sean una consecuencia necesaria de lo hecho antes de aquel día».

En lo referente a las Sociedades de Responsabilidad Limitada y Sociedades Anónimas, la condición de socio y accionista es transmisible sin perjuicio de las limitaciones estatutarias.

Respecto al *derecho de arrendamiento*, para poder determinar su transmisibilidad o no, es necesario distinguir entre arrendamiento de local de negocio y arrendamiento de vivienda. Hay que determinar, en primer lugar, el régimen jurídico aplicable al mismo si es anterior al 9 de mayo de 1985, celebrado entre el 9 de mayo de 1985 y el 1 de enero de 1995 o, por último, posterior a esa fecha. Para los anteriores al 85 sigue plenamente vigente el artículo 60 de la LAU.

La nueva LAU, de 24 de noviembre de 1994, ha recortado las posibilidades de subrogación del inquilino. En lo referente al arrendamiento de vivienda, hay que tener en cuenta que el Código Civil no incluye entre las causas extintivas del arrendamiento de la vivienda, la muerte del arrendatario. Por esta razón, y dada la posibilidad de subarrendar, si el contrato no lo prohíbe expresamente —art. 1.550 del Código Civil— se ha estimado, como regla general, su transmisibilidad sucesoria y como excepción su intransmisibilidad en los siguientes supuestos: *a)* pacto expreso en contrario, *b)* arrendamiento constituido por un usufructuario (art. 480 del Código Civil), *c)* que la duración del arrendamiento penda de la voluntad del arrendatario, *d)* que por sus

circunstancias especiales deba entenderse celebrado *intuitu personae*, y e) que los sucesores no puedan cumplir las obligaciones del arrendatario (63).

(63) *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Ley 29/1994, de 24 de noviembre. Obra dirigida por Carlos Lasarte Álvarez (Coordinador). Artículo 16 comentado por GONZÁLEZ PORRAS, JOSÉ MANUEL, Editorial Tecnos, Madrid, 1996. En primer lugar en la página 445 se dice: «Por tanto se puede afirmar que nuestro Código Civil no admite, porque no dice, la extinción del arrendamiento por muerte ni del arrendador ni del arrendatario; de igual forma que no cabe estimar que el contrato de arrendamiento sea un contrato *intuitu personae*... Para terminar con la afirmación de que el arrendamiento no se extingue con la muerte del arrendador ni del arrendatario ni que se celebra *intuitu personae*, basta traer aquí unas palabras de ALBALADEJO, cuando afirma que “la tesis que defiende se refuerza si se piensa que ni siquiera por transmisión que de la cosa arrendada haga el arrendador, se extingue en principio el arrendamiento, sino que el tercero, sólo tiene derecho a pedir la extinción, si es que la desea (art. 1571.1.º)”. Esto no quiere decir que la regla no pueda tener excepciones...». En las páginas 448 y 449 añade: «La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de noviembre de 1994 (BOE, núm. 282, de 25 de noviembre de 1994), al igual que las que le precedieron, da lugar a interesantes problemas con motivo de los supuestos, que en la Ley vigente han aumentado, de continuidad en la relación arrendaticia a favor de persona diferente del titular inicial del contrato y esto tanto si se trata de arrendamiento de vivienda como si lo es para uso distinto del de vivienda. Los supuestos son varios. Así en el artículo 12 (Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario); artículo 15 (separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario); artículo 16 (Muerte del arrendatario), y artículo 33 (Muerte del arrendatario en arrendamientos para uso distinto del de vivienda). Conviene advertir que aunque la ley habla en estos dos últimos supuestos de “muerte del arrendatario”, sin embargo estamos ante dos situaciones diferentes. Tanto en las leyes precedentes como en la actual regulación, el contraste es evidente, pues mientras en el caso de subrogación en el arrendamiento de viviendas no estamos, como veremos, ante una sucesión verdadera y propia, tal y como se regula en el Código Civil, en cambio si se trata de arrendamiento para uso distinto del de vivienda (lo que antes se denominaba local de negocio) sí cabe hablar de sucesión. El artículo 60 del Texto Refundido de 1964, al igual que el vigente artículo 33 de la Ley, hablan de que “en caso de fallecimiento del arrendatario, cuando en el local se ejerza una actividad empresarial o profesional, el heredero o legatario que continúe en el ejercicio de la actividad podrá subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendatario hasta la extinción del contrato”. No veo inconveniente que se pueda mantener, como lo hacía la doctrina anterior a la nueva ley, que el valor patrimonial en que consiste el arrendamiento se incluya en el “as” hereditario (art. 659 del Código Civil) y siga la suerte de la herencia, en general, con más las circunstancias que exige la ley especial». Sigue diciendo en las páginas 449 y 450: «la Ley de 1994, a diferencia de lo que establecía el derogado artículo 59 del Texto Refundido de 1964, no dice nada respecto de si caben o no sucesivas subrogaciones... ahora bien, yo creo que dentro del plazo contractual mínimo de los cinco años, si el azar determina una serie de muertes sucesivas en ese plazo de tiempo; si caben todas las subrogaciones posibles [argumento en el art. 9.1.º *in fine*; art. 16.1.j) *in fine* y art. 16.4]. Esto es, creo, el espíritu de la Ley, ya que al establecerse un derecho a pactar una duración contractual mínima, no importan las posibles subrogaciones que puedan producirse en dicho período. Por eso no hay limitación a las subrogaciones dentro del plazo pactado y de sus prórrogas». Finalmente, en la página 452 añade: «Efectivamente lo que tiene lugar, si llega a funcionar la subrogación en los términos contemplados por el artículo 16 de la Ley, es simplemente una novación meramente subjetiva de la persona del inquilino que, como señalaba para la legislación derogada FUENTES LOJO obliga al arrendador no a cele-

3.º *Los títulos de adquisición de las cosas o derechos*

Al respecto establecen los artículos 1.065 y 1.066 del Código Civil: «Los títulos de adquisición o pertenencia serán entregados al coheredero adjudicatario de la finca o fincas a que se refieran», y «Cuando el mismo título comprenda varias fincas adjudicadas a diversos coherederos, o una sola que se haya dividido entre dos o más, el título quedará en poder del mayor interesado en la finca o fincas, y se facilitará a los otros copias fehacientes a costa del caudal hereditario. Si el interés fuere igual, el título se entregará, a falta de acuerdo, a quien por suerte corresponda. Siendo original aquel en cuyo poder quede, deberá también exhibirlo a los demás interesados cuando lo pidieren».

No queremos cerrar el tema que estamos abordando sin hacer referencia, aunque sea somera, al tema de la *validez de la partición* que guarda relación con el tema que estamos tratando. Recordemos que la no inclusión de bienes del causante en la partición y por tanto en el inventario determina, en principio, la nulidad de la partición (64).

Pero esto es aplicable para aquellos casos más graves, en que ocasionándose un perjuicio, no sea posible la modificación de la partición con la adición de los objetos o valores omitidos (art. 1.079). Es al heredero demandado al que corresponde optar, entre indemnizar el daño o consentir que se proceda

brar nuevo contrato sino sólo “a cambiar en los recibos el nombre del arrendatario”. Igual criterio y respecto de la nueva ley es el de SERRANO ALONSO y PÉREZ DE VARGAS, entre otros. Y buena prueba de ello es que ocurrida la subrogación, nada del contrato que no sea su sujeto cambia. No se modificará la renta (salvo lo dispuesto en el art. 18.2) ni cambia la duración del contrato inicial (art. 9). En resumen, estamos ante un cambio meramente subjetivo en una relación negocial que sigue siendo la misma...». Añade en la página 457: «Por mi parte estimo que la naturaleza jurídica del derecho a continuar gozando de la vivienda arrendada por parte de determinadas personas expresamente señaladas en la Ley, es un beneficio legal establecido para asegurar la estabilidad en la vivienda del arrendatario difunto... Y esa finalidad se asegura mediante una sucesión (palabra que tanto gramatical como jurídicamente supone, sencillamente, colocarse una persona en el lugar de otra, sustituyéndola y asumiendo la titularidad de los derechos transmisibles de otra; cambio de sujeto e identidad de la relación) legal (la establece expresamente la Ley especial) a título particular en el contrato y por supuesto diferente de la sucesión por causa de muerte.

(64) Lo mismo que la liquidación de la sociedad de gananciales, operación preparticional, que si se realiza sin la intervención del cónyuge determina también la nulidad de la partición. Es por otra parte causa para rescindir la partición la lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas (cuestión esta que guarda relación colateral con otra operación preparticional que es el avalúo), si bien la partición hecha por el difunto es una excepción, ya que sólo podrá ser impugnada por causa de lesión en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador (arts. 1.074 y 1.075). Sobre este tema ver la monografía de MONTAÑA CASANI: «La rescisión por lesión». Editorial Titant lo Blanch, Valencia, 1999, donde estudia históricamente esta institución en derecho común y en los derechos forales.

a nueva partición (65). Si se opta por la indemnización, ésta puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio, si ese opta por hacer nueva partición ésta no afectará a los que no hayan sido perjudicados y por tanto hayan recibido lo que les corresponda en la herencia, todo ello conforme al artículo 1.077. La Jurisprudencia ha interpretado este precepto en sus justos límites, declarando, por ejemplo, que para optar por nueva partición es preciso que el demandado no haya enajenado parte considerable de inmuebles adjudicados y, a la inversa, que se impone ésta, cuando sin ella no es posible fijar con garantía de acierto la cantidad indemnizable (66).

(65) Sobre el problema de la partición parcial, la obra *La partición parcial de la herencia y su impugnación por lesión*, de CUBIELLAS JOINS, JOSÉ MARÍA, 1.^a ed., Editorial Titant lo Blanch, Valencia, 1998, en la página 65, dice: «Parece que lo correcto sería entender como partición parcial aquella en la que previa prestación del consentimiento de todos los interesados, acuerdan adjudicarse solamente una parte del caudal dejando el resto para una decisión posterior, pero sin adjudicación *pro indiviso*, razón por la cual continuarán en situación de comunidad hereditaria».

(66) Sentencia del Tribunal Supremo. Sala 1.^a de 19 de mayo de 1945 (*Repertorio Aranzadi*, núm. 586). Ponente: Ilmo. Señor JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS. En su Considerando sexto establece: «cierto es que el precepto citado, respondiendo a un procedente criterio que aconseja evitar en cuanto sea laudable las dificultades y cuestiones que son susceptibles de producir la práctica de una nueva partición, faculta al heredero demandado para optar entre éste o indemnizar el daño que significa la lesión, pero la concesión y el uso de esta facultad han de quedar lógicamente supeditados a que las circunstancias con que en la partición aparezca producida la lesividad perjudicial para el heredero que, fundado en ella demande, sea reparable por cualquiera de los indicados medios, y no lo es notoriamente, en el caso cuestionado en el pleito, de manera distinta, de la que ofrece la práctica de una nueva partición en la que con exactitud veraz se valoren los bienes de la herencia y se asigne la cuota hereditaria que corresponde a la demandante». Sentencia del TS de 9 de marzo de 1951 (*R. Jurídica Aranzadi*, núm. 1611). Ponente: Don MARIANO MIGUEL Y RODRÍGUEZ. Considerando cuarto, establece: «Artículo 1.077 del Código Civil porque aún siendo cierto que la concesión y el uso de la facultad de opción que este proceso sustantivo dispone no es tan absoluta que, según declaró la Sala en su sentencia de 19 de mayo de 1945, excluya la práctica de una nueva partición cuando sin ella no quepa fijar sin garantía de acierto la cantidad indemnizable; si esto no ocurre, necesariamente se ha de reconocer el derecho de alternativa del citado artículo establece como efecto de la acción rescisoria por lesión en las particiones». Sentencia del TS, de 5 de noviembre de 1955 (*R. Jurídica Aranzadi*, núm. 3100). Ponente: Don PABLO MURGA CASTRO. Establece en su Considerando primero: «Que como el testamento partición verificado por los padres a favor de sus hijos, adolece en las adjudicaciones que realiza de defectos sustanciales, como son los de estimar que les pertenecían bienes que no estaban en su acervo, exclusión de otros que por el contrario les correspondían, más errores de esencia al atribuir extensión superficial equivocada a los terrenos que a unos y a otros concedían, dándoles un valor cuantitativo en oposición al que realmente les debía ser asignado, lo cual varía y altera el capital hereditario, contradiciendo la verdadera voluntad del testador, que se aduce tanto de los errores invocados cuanto de los testamentos no se presume el designio de perjudicarles, todo ello hace indispensable una nueva partición». Sentencia del TS de 8 de mayo de 1963 (*R. Jurídica Aranzadi*, núm. 2503). Ponente: Don MANUEL TABOADA ROCA. Considerando segundo, establece: «que la circunstancia de que en la partición de bienes de doña Francisca S. R., realizada por el contador, se hayan incluido

Domina por tanto esta materia, el principio del *favor partitionis*, que no está recogido en nuestro Código Civil de forma expresa, aunque se deduce indirectamente del mismo. Básicamente se trata de una formulación jurisprudencial [sentencia de 31 de mayo de 1980 (67), sentencia de 15 de junio de 1982 (68)], de la que se hace eco la doctrina jurídica (69).

los derechos que a ella le correspondían en las herencias de su madre y hermano fallecidos, y que se hayan adjudicado con determinada valoración a uno de sus herederos sin la previa partición que la recurrente cree indispensable, no contraviene lo preceptuado en el artículo 1.057 invocado, ni constituye vicio que implique la nulidad de la partición: Primero, porque si la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte (como el art. 659 previene) la partición de ella, si ha de ser completa, tendrá que contener también adjudicaciones de derechos transmisibles de los que figuraban en la herencia; segundo, porque si la recurrente entendía que con la adjudicación de esos derechos sucesorios a su coheredero, se le causaban perjuicios superiores a la cuarta parte de la herencia, podía impetrar la rescisión de ella por lesión (art. 1.074), pero no su nulidad; y tercero, porque si creía que con ella se habrían destruido alguno o algunos objetos o valores de la herencia, podría pedir que se completase o adicionase con ellas como el artículo 1.079 preceptúa».

(67) Sentencia de 31 de mayo de 1980. Ponente: GALLARDO ROS. *RJA* 1980/2724. Base de Datos Colex Data. Esta sentencia trata una cuestión fundamental. A saber, si la lesión de la legítima producida en las operaciones particionales realizada por el Comisario determinan la nulidad de la partición o sólo suponen una rescisión por lesión. Debemos partir para resolver la cuestión «del principio del *favor partitionis* o principio de conservación de la partición, evitando en cuanto sea posible que se anule o rescinda, como tiene declarado la jurisprudencia —sentencias de 13 de octubre 1960 y 25 de febrero 1969, entre otras— ajustándose a las disposiciones de aquel cuerpo legal (arts. 815, 1.056, 1.074 y 1.077) y a las enseñanzas de la doctrina tradicional de que “conviene consultar a la estabilidad de actos tan importantes como la partición, mientras lo permita la equidad”, por lo cual si se trata de agravios patrimoniales de lo que se trata “se deben volver a hacer si los errores y lesión son sustanciales y tan enormes que de otro modo no se pueden enmendar, pues pudiendo se deben reformar y permitir al demandado la elección que se deshagan o se supla el engaño”, criterio este que es el más equitativo para evitar dispendios y dilaciones a los interesados». La sentencia sigue razonando en esta misma línea, es decir, el principio de conservación de la partición exige evitar en lo posible la nulidad de la partición, supliéndola por la correspondiente indemnización; sólo cuando no haya otra solución por la enormidad del fraude debe propiciarse la nulidad particional.

(68) Sentencia de 15 de junio de 1982. Ponente: BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO. *RJA* 1982/3428. Base de Datos Colex Data. Señala esta sentencia que «el Código Civil carece casi en absoluto de normas relativas a la nulidad de las particiones hereditarias y es necesario respetar el criterio de nuestro ordenamiento jurídico, muy restrictivo en cuanto a la admisión de las pretensiones de invalidez de las particiones, en el sentido de no dar lugar a la invalidez sino cuando no hay más remedio, para evitar la vuelta de los bienes a la indivisión y los gastos, molestias e inconvenientes que acarrearía una nueva partición. Cuando la partición tenga naturaleza de contrato habrá de serle aplicable el derecho común de los contratos, con la consiguiente distinción entre la nulidad absoluta o radical y anulabilidad o nulidad relativa, rigiendo para la segunda lo establecido en los artículos 1.300 al 1.314 del Código Civil, con el preceptivo plazo de cuatro años que, para la acción, establece el artículo 1.301».

(69) Así VALLET DE GOYTISOLO, JUAN, en su obra *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. IV, 2.^a ed., Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1992, págs. 561 y 562, lo resume

Tras esta introducción nos centraremos en el antiguo artículo 1.066, que contenía la relación de bienes que han de figurar en el inventario, artículo que era una enumeración sintética de relaciones jurídicas de carácter patrimonial transmisibles. Para terminar haciendo referencia al nuevo régimen legal contenido en el artículo 794 de la LEC.

Establecía el artículo 1.066 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

«Citados todos lo que menciona el artículo anterior, en el día y hora señalados, procederá el actuario, con lo que concurran, a formar el inventario, el cual contendrá la descripción de los bienes de la herencia por el orden

así: «antes de darle esos nombres concretos, así lo había advertido el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de julio de 1904, al basar teológicamente la conservación de partición, aunque fuera a costa de indemnizar los perjuicios producidos, “con el objeto y fin práctico” de mantenerla siempre y cuando haya posibilidad de reparar tales perjuicios, sin necesidad de efectuar una nueva partición. Calificándolo de principio general, la misma sentencia consideró que en él “se fundan especialmente las disposiciones legales contenidas en los artículos 1.073, 1.074, 1.075, 1.079 y 1.080 del referido cuerpo legal» (el Código Civil). La sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de abril de 1943, explicó que el fin práctico, por el cual se erige este principio, es: «el designio de evitar en lo posible las perturbaciones que una nueva partición ocasionaría a los herederos y a terceros que con ellos hubieran contratado de buena fe». El bautismo jurisprudencial con el nombre de principio de conservación ha sido más tardío; se produjo en sentencia de 25 de febrero de 1969. Después, la sentencia de 31 de mayo de 1980 lo denominaría «básico postulado del *favor partitionis* o principio de conservación de la partición». En sentencia de 17 de enero de 1985, el Tribunal Supremo ha entroncado este principio de derecho particional de conservación de las particiones con otro más amplio, al exponer que «el legislador, por razones de economía y seguridad jurídica, vela por el mantenimiento en lo posible de aquellos actos jurídicos que comportan una atribución de derechos que no es aconsejable sustraer del tráfico jurídico, manteniéndolos en un estado de incertidumbre que va en detrimento del interés común, preceptos que no hacen sino seguir el principio informador del artículo 1.294»... Sin embargo, la relación que hace esta sentencia entre el principio de conservación y el de seguridad en el tráfico jurídico no es totalmente explicativa de aquél, ni convincente; pues, sólo en parte y únicamente en algunos casos, la aplicación de aquél favorece directamente a terceros. Básicamente su protección se centra en los mismos coherederos, y sólo mediatamente redundará en beneficio del tráfico jurídico en cuanto elimina estados de incertidumbre», y añade que «el análisis de la aplicación del principio de conservación de las particiones, o del *favor partitionis*, en Derecho común español requiere, en primer lugar, un repaso de los artículos del Código Civil que se hallan orientados por él y, después de las sentencias del Tribunal Supremo que han interpretado estos supuestos o que han hecho otras aplicaciones concretas del principio. Su ordenación sistemática exige que se sitúen esas aplicaciones debidamente calificadas con relación a los supuestos jurídicos en los cuales, como mitigación de sus consecuencias, actúe este principio para evitar que deba procederse a otra partición nueva, a la que habría lugar de no tenerlo en consideración. Hemos visto que la sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de julio de 1904, señaló que los artículos 1.074, 1.075, 1.077, 1.079 y 1.090 estaban orientados a este principio. A ello deben adicionarse los 1.056 y 1.069, no mencionados en ella, pero señalados en la de 8 de marzo de 1945... otros artículos como el 813, 815 y 816... 1.300 y 1.303 aplicados a la partición... Por mi parte, también lo creo aplicable a la interpretación del artículo 1.081 en relación con los 1.079 y 1.080 del Código Civil...»

siguiente: 1.º Metálico, 2.º Efectos públicos, 3.º Alhajas, 4.º Semovientes, 5.º Frutos, 6.º Muebles, 7.º Inmuebles, 8.º Derechos y acciones.

Todo se expresará en las diligencias que se extiendan, con la claridad y precisión convenientes, y si el inventario no se puede terminar en el día señalado, se continuará en los siguientes».

El orden del artículo 1.066 de la LEC se aplica tanto a las particiones judiciales como a las extrajudiciales. Señalar a este respecto nuestra crítica a la Ley 1/2000, de 1 de enero, sobre Enjuiciamiento Civil, ya que no se ha establecido un artículo similar al 1.066, sólo tenemos pocas referencias al inventario en los artículos 785.1, 786, 791.2, 793 y 794; en este último artículo se nos indica que el mismo, «contendrá relación de los bienes de la herencia y de las escrituras, documentos y papeles de importancia que se encuentren». Por tanto, no se nos indica cómo hay que realizar dicha relación de bienes, ni si en esa relación se han de reflejar las cargas que pesen sobre los mismos, ni en definitiva, si se han de reflejar las deudas o los gastos de última enfermedad, entierro, funeral, etc. (pasivo de la herencia).

Es un tanto aventurado, en mi opinión, suprimir un artículo, que aunque estuviese obsoleto en su enumeración, como dijimos en nuestra introducción, y citamos expresamente la opinión de GUILARTE, tanta utilidad venía prestando como orientación o guía a la hora de hacer esta operación preparticional y que incluso servía en otros campos, así cuando se liquidaba el régimen matrimonial o cuando se liquidaba en Hacienda la herencia. Se imponía su reforma pero no su desaparición.

El orden que contenía el artículo 1.066 de la LEC responde a una idea que es la «división» del conocimiento, regla que constituye parte de un método didáctico de exposición de la materia objeto de estudio. La división (70) es la distribución de un todo en sus partes. Es la exposición del contenido de una idea o de su extensión. Sus elementos son: 1.º el objeto divisible; 2.º el principio o razón de dividir, que debe tomarse del contenido o de la definición, pues toda cosa se divide por su contenido, la razón de dividir que se toma de la definición, por lo cual está, es la base de la división que ha de revelar la naturaleza de lo divisible, y 3.º los miembros de la división. Las características que debe tener toda buena división son:

- a) Debe ser completa o adecuada (abrazar todas las partes del asunto).
- b) Distinta e irreducible (los miembros se excluyen unos a otros).

(70) Históricamente fue la manía de los escolásticos. BACON, los enciclopedistas y otros han dividido y distribuido en grandes cuadros todos los géneros del conocimiento humano, según el orden que les ha parecido mejor. HAMILTON nos dijo: «las partes están, o contenidas en el todo dividido o contenidas bajo él, en el primer caso la división se llama partición y en el segundo división-lógica».

- c) Inmediata (referirse a las partes primordiales del asunto).
- d) Limitada (evitar las divisiones y subdivisiones multiplicadas).

En definitiva, olvidar esta regla de conocimiento que es la división cuando, por ejemplo, los científicos que estudian el genoma humano, mediante el estudio dividido e individualizado de todos y cada uno de los cromosomas van a conseguir una mayor eficacia en el futuro en la lucha con las enfermedades es, a mi juicio, imperdonable, teniendo la distribución del inventario en las partes que lo conforman, como finalidad aliviar la inteligencia o el entendimiento facilitando la comprensión del mismo, y descargar la memoria del que lo realiza y del que lo supervisa.

Nos señala ROYO MARTÍNEZ (71) que cuando no hay bienes de un grupo se le omite simplemente, sin necesidad de hacer constar la inexistencia.

Citar al respecto la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de diciembre de 1901 (72), que dice que este precepto es de carácter meramente adjetivo, marcando sólo el orden del inventario, y nada resuelve y determina acerca de los bienes que deben ser sus objetos, no pudiendo entenderse la frase «bienes de la herencia», sino como sinónima, en su sentido más genérico, y comprensiva de todos aquellos que por su naturaleza del juicio deben tenerse en cuenta para la liquidación.

Nos parece de todo punto correcta la doctrina de esta sentencia, que coloca en sus justos términos el valor del precepto, que es valor adjetivo. El determinar qué bienes son de la herencia escapa de la LEC y nos introduce en el derecho sucesorio, en concreto nos incardinan en el 659 del Código Civil y en toda la problemática que conlleva su estudio, tema que hemos apuntado al principio de este apartado.

No obstante el uso y la aplicación extensiva que se ha hecho de este precepto en la práctica, ya que el mismo se utiliza fuera del campo testamentario (73), así pues en materia de aplicación de régimen matrimonial, en

(71) ROYO MARTÍNEZ, *Derecho Sucesorio*, mortis causa, Editorial Edelce, 1.^a ed., Sevilla, 1951, pág. 352.

(72) Sentencia citada por AGUILAR ALMEIDA, LEOPOLDO, en su obra *Ley de Enjuiciamiento Civil. Comentada, anotada y algunos juicios críticos*, Tomo IV, Editorial Cultural, S. A., La Habana, 1949, pág. 492.

(73) Un repaso al Código Civil pone de manifiesto que los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil son aplicables además de a los procesos sucesorios a las liquidaciones por extinción, de las sociedades de gananciales y sociedades civiles y comunidades de bienes: El artículo 196, del capítulo II, Libro I, trata de la declaración de fallecimiento y establece que firme la declaración de fallecimiento, del ausente, se abrirá la sucesión en los bienes del mismo, procediéndose a su adjudicación por los trámites de los juicios de testamentaria o abintestato, según los casos, o extrajudicialmente. El artículo 406, inserto en el Título III del Libro Segundo, dedicado a la comunidad de bienes, establece que serán aplicables a la división entre los partícipes de la comunidad, las reglas concernientes a la

materia de tutela, ausencia, etc., hace que el mismo merezca un estudio detallado, pues en la práctica diaria de los tribunales, los bienes que se recogen suelen ser sólo los que esta enumeración comprende y con el orden que expresa el precepto.

Para completar el sentido y carácter del precepto, citaremos también la sentencia de 4 de julio de 1867 (74) del Tribunal Supremo, que dice que no es obligatorio el orden establecido en este artículo, y por tanto, no se anula el inventario por no observarse en el mismo si en él constan descritos todos los bienes.

Por otra parte, en relación con las omisiones de bienes en el inventario, la sentencia de 25 de abril de 1893 (75), señala que después de incoado el mismo, la ley no prohíbe que se subsanen las omisiones padecidas en las diligencias para su realización.

Los jueces deben ejercer su autoridad e impedir que el inventario (76) haga eternos los juicios de testamentaría y abintestato. Una práctica del todo viciosa que se está dando es la de paralizar las testamentarías en cuanto una de las partes interesadas promueve incidente de inclusión o exclusión de bienes en el inventario. Existen sentencias del Tribunal Supremo dictadas en casación, resolviendo sobre la pertenencia de unos bienes a la herencia, cuya partición espera pacientemente por decisión judicial, a que la sentencia permita conocer qué bienes comprenden el inventario. Nos destaca en relación con esto, MARINA MARTÍNEZ-PARDO (77): «Muy pronto tuve esa experiencia y el problema surgió entre padre viudo e hijos, todos labradores, a los que aquél

división de herencia. El artículo 1.606 cuando dice: «No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos sean secretos entre los socios, y en que cada uno de ellos contrate en su propio nombre con los terceros». Esta clase de sociedades se regirán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes. Luego le será aplicable lo dispuesto en el artículo 406. El artículo 1.708, inserto en el Capítulo III, Libro IV, bajo el título de los modos de extinguirse la sociedad (se refiere a las sociedades civiles con personalidad jurídica), determina: «La partición entre socios se rige por las reglas de las herencias, así en su forma como en las obligaciones que de ella resultan». «Son civiles aquéllas que no inscritas en el Registro Mercantil tengan por objeto una actividad que no pueda calificarse como mercantil» (art. 16.2 de LSA). En cualquiera de los anteriores supuestos, el procedimiento judicial sólo es aplicable a los casos en que los herederos, los comuneros, los consocios o los esposos no hagan uso de su derecho a convenir el modo de liquidar y partir el caudal común.

(74) *Ídem.*, obra citada en la nota 287, anterior.

(75) *Ídem.*, obra citada en la nota 287, anterior.

(76) Ha sido muy positiva en esto la reforma de la LEC que en materia de liquidación del régimen económico matrimonial exige que la solicitud en la que se pide la formación de inventario vaya acompañada de una propuesta en la que, con la debida separación, se harán constar las diferentes partidas que deban incluirse en el inventario con arreglo a la legislación civil realizada por la parte que la pide acompañada de los documentos justificativos de las diferentes partidas. Ver al respecto el artículo 808 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(77) MARINA MARTÍNEZ-PARDO, JESÚS, *Juicio de testamentaría*, Cuadernos de Derecho Judicial. Obra editada por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pág. 18.

les entregó la posesión de las fincas cuando crearon familia independiente. Un hijo tenido por el padre durante la viudez, generó la necesidad de liquidar la sociedad conyugal y el problema de decidir si las entregas de fincas fueron o no en propiedad. Si eran o no caudal partible. No había problema de colación porque en Aragón la legítima tiene regulación singular, distinta del Código Civil. La indigencia a que podía llegar aquel padre me hizo pensar, antes de paralizar la testamentaria por un incidente de exclusión de bienes».

El propósito del legislador de 1881 era el de poner coto a los innumerables incidentes que en aquella época ya dañaban a los procesos.

La tesis permisiva de los incidentes paralizadores era absurda por los efectos antieconómicos que produce la existencia de patrimonios indivisos que exigen su rápida liquidación, los incidentes deben ser los menos limitados en sus casos y en el tiempo.

La tesis prohibitiva podía obtenerse de la lectura de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues su artículo 1.070 indicaba que puede haber en el procedimiento tantos contadores como grupos de intereses, el artículo 1.077 cuando dice «las operaciones divisorias (en plural) deberán presentarse por los contadores (en plural) y suscritas por ellos», está demostrando que puede haber tantos proyectos de partición como grupos de interesados.

Pero sobre todo, porque el mismo artículo 1.077 decía: las operaciones contendrán: «1. Relación de los bienes que en concepto de cada uno forme el caudal partible. 2. Avalúo de todos los comprendidos en esa relación (ahora en singular)».

Es decir, que si hay tantos proyectos de partición como contadores y tantos inventarios en lo que las partes discrepen, se dará paso a la actuación del dirimente. Y su resultado podrá ser aceptado o dar paso a la impugnación por la vía del declarativo correspondiente evitando el incidente de exclusión.

Abundando más sobre esta cuestión, según la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de julio de 1994 (78), para el Supremo, «las divergencias que se

(78) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a de 5 de julio de 1994. Ponente: JESÚS MARINA MARTÍNEZ-PARDO. Fundamento Jurídico Tercero. *Colección Legislativa*, núm. 659, tercer trimestre de 1994, pág. 59 y sigs. «Tercero.—El motivo tercero (el segundo no fue admitido), por el cauce del número 5.º del artículo 1.692 denuncia la infracción del artículo 1.253 del Código Civil por entender que la cosa juzgada no debió apreciarse entre el presente litigio y la sentencia dictada en el incidente de exclusión de bienes. En el cuerpo del motivo se alega, en síntesis: a) Que el incidente de exclusión de bienes está sometido a los artículos 741 y 745.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y su objeto exclusivo era detraer determinados bienes del inventario, y que por su carácter accidental y secundario no puede prejuzgar las cuestiones que surjan en posterior juicio declarativo. b) Que la sentencia incidental no produce efecto de cosa juzgada con relación a este proceso posterior, pues los artículos 1.066 y 1.068 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre inventario, no impiden un juicio posterior según el artículo 1.088 de dicha Ley. c) Que siempre caben las acciones de nulidad, anulabilidad o rescisión de particiones,

den en el juicio de testamentaría pueden suscitarse y resolverse sin necesidad de plantear cuestiones procesales incidentales relativas a la inclusión o exclusión de bienes, puesto que, según el artículo 1.077, las particiones contendrán, como ya hemos señalado: 1.º) Relación de bienes que en concepto de

conforme a lo dispuesto en el artículo 1.073 del Código Civil. d) Que los procesos de testamentaría tienen naturaleza de jurisdicción voluntaria. Y, por último, que la *causa petendi* es distinta entre ambos procesos. En el incidente, detraer bienes del inventario: en este declarativo, partir herencias, declarar la validez de la escritura de cesión de bienes y la ineficacia de las operaciones particionales. El motivo merece una serie de consideraciones jurídicas previas a la decisión: A) El juicio de abintestato, como el de testamentaría, son efectivamente calificados por la inmensa mayoría de la doctrina como procedimientos de jurisdicción voluntaria, puesto que en principio, no necesariamente ha de entenderse que exista empeñada cuestión o contienda entre partes conocidas y determinadas. Por ello, entre otras circunstancias, la iniciativa corresponde a los instantes, que en cualquier momento pueden apartarse del procedimiento, darlo por finalizado, pedir su archivo por cualquier causa, incluso por haber llegado a solución extrajudicial. Basta ver lo dispuesto en los artículos 961, 1.002, 1.047, 1.084, 1.087 y 1.089 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. B) En cualquier momento también pueden surgir posiciones contrapuestas, posturas dialécticas o de fondo diversas y, por ello, la ley reconoce la existencia de posibles grupos de intereses, para cada uno de los cuales permite la designación de un contador (art. 1.070) o peritos (art. 1.071) cuando no se pongan de acuerdo en que sea uno sólo el designado. C) Los criterios diversos de los distintos grupos exigen la designación de un contador dirimente, que resolverá los puntos en que hubiere discrepancias (art. 1.082) y que pueden versar sobre el monto de bienes que forman el caudal partible (como sucedió en el caso de autos). Que esto es así se desprende del propio tenor del artículo 1.077 de la Ley, según el cual, las operaciones divisorias deberán presentarse por los contadores (plural de contadores, plural de operaciones), extendidas en papel común y suscritas por ellos. Caben, pues, tantos proyectos de partición como contadores y cada uno de ellos suscriben su respectiva partición. D) Las divergencias pueden suscitarse y resolverse sin necesidad de plantear cuestiones procesales incidentales, relativas a la inclusión o exclusión de bienes, puesto que según el artículo 1.077, las particiones contendrán: 1.º relación de bienes que en concepto de cada uno “formen el caudal partible”, y 2.º el avalúo de todos los comprendidos en esa relación. En consecuencia, las relaciones de bienes pueden ser discrepantes y quedar como punto a decidir posteriormente por el dirimente, o pueden dar lugar a juicios declarativos, cuando los titulares dominicales de los bienes los insten sin esperar a la decisión del dirimente, que, efectivamente, será siempre susceptible de impugnación (arts. 1.088 y concordantes). E) La práctica judicial, más por la inercia de los antecedentes históricos que con base en la realidad legislativa vigente, y sin apoyo en los propósitos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha tolerado los llamados incidentes de inclusión y exclusión de bienes, que han llegado incluso a esta Sala de casación, dando lugar a decisiones sin plantearse nunca el problema de la legalidad de estas demandas, su cauce procesal y las consecuencias de la tramitación en el desarrollo normal de los juicios de testamentaría. Que existen sentencias de esta Sala, dictadas en resolución de incidentes de exclusión de bienes, no impide que se exponga el verdadero propósito del legislador de 1881 en materia de procesos sucesorios. E) La normativa anterior en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 no señalaba a las testamentarias y abintestatos una tramitación sujeta a reglas específicas, y la falta de ordenación legal provocó la inexistencia de criterios unitarios, así como complicaciones económicas y retrasos que aconsejaron al legislador de 1855 intentar acabar con los abusos, tomar medidas rigurosas de tramitación y evitar las dilaciones que no sean absolutamente necesarias; así lo expresaba la Exposición de Motivos. La Ley de 1881 siguió con buen criterio

cada uno formen el caudal partible, y 2.º) El avalúo de todos los comprendidos en esa relación». Por esta razón señala que «puede existir discusión con relación a los bienes a incluir en la partición, que resolverá el contador dirimente, o bien dicha cuestión puede ser definida en un juicio declarativo, si los dueños de los bienes formulan una demanda en tal sentido, sin esperar a la decisión de ese dirimente, que, conforme a los artículos 1.088 y siguientes del Código Civil, podrá ser impugnada en cualquier caso».

la “poda de incidentes” y supresión de dilaciones inútiles, y a cumplir dicho propósito lleva la interpretación dada al artículo 1.077, la cual, permite afirmar que la ley vigente no autoriza retrasos derivados de los incidentes de inclusión o exclusión de bienes en los inventarios, basta para obtener esta conclusión con volver a recordar lo anteriormente dicho y tratar de responder a la pregunta sobre cuál es el número de incidentes que se pueden plantear, simultánea o sucesivamente, las instancias y casación que corresponde permitirles y si es compatible la enorme dilación de los procedimientos con la obtención de tutela judicial efectiva con ese cauce procesal. G) Incuestionablemente, cuando en un inventario se incluyan bienes que pertenecen a otro dueño o no se incluyen los que, perteneciendo al común los posee un coheredero o un tercero, pueden los que se crean con derecho a reivindicar o pedir mera declaración de dominio. En definitiva, hacer valer su derecho, y entonces será el juicio declarativo el que colateralmente y sin paralizar la testamentaría, servirá para decidir la cuestión dando lugar en su día a partición complementaria de bienes (art. 1.079 del Código Civil) o a la rectificación correspondiente a la exclusión de bienes. H) No fue éste el camino seguido por la testamentaría, de la que procede este recurso, que fue iniciada en 1985, fue paralizada por la demanda incidental, hasta que recayó sentencia firme de la Audiencia de Burgos en 1988, tras la cual, sin acudir a casación, prosiguió hasta la partición del dirimente, que tuvo en cuenta la sentencia dictada. La sentencia que anuló lo dispuesto en la escritura, respecto a la cesión de bienes y prestación de alimentos, produce cosa juzgada material y no cabe plantear cuestión sobre lo mismo (aspecto negativo de la cosa juzgada), y todos los procesos posteriores en que se involucren tales bienes han de respetar lo decidido por la sentencia (aspecto positivo), y esto es lo que hizo el contador dirimente, tener como cuestión resuelta que los bienes formaban parte del caudal partible. I) En conclusión, no deben favorecerse los incidentes paralizadores, el cauce adecuado para excluir bienes del juicio de testamentaría es el juicio declarativo correspondiente, y la decisión produce cosa juzgada entre las partes. Pero cosa juzgada también ha producido la sentencia dictada en proceso incidental, porque la fuerza decisoria no se pierde aunque, siguiendo la práctica forense, se sustanciará por la vía incidental, porque sabido es que, bajo el nombre de incidentes, está el juicio declarativo especial, que por ministerio de la ley se ventila por el cauce de los artículos 741 y siguientes. Que incidentes, propiamente dichos, son los que cumplen los requisitos de los artículos 742, 744 y 745, pero que deben los Jueces repeler de oficio los que no reúnan los requisitos legales para su calificación de cuestión relacionada con el asunto principal y que exijan una resolución independiente, previa o no. Y la sentencia que recaiga en dichos incidentes produce, igualmente, fuerza de cosa juzgada cuando no cabe contra ellos ningún recurso. Es por ello desacertada la cita de los artículos 741 y 745 a los efectos del recurso de casación, y también la cita de los artículos 1.068 y 1.088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que lo único que hacen es permitir la impugnación de las particiones cuando no se cumplan las reglas legales de la misma. Que el juicio de testamentaría tenga la naturaleza de jurisdicción voluntaria no impide que le queden resueltas definitivamente las cuestiones hereditarias o que se confirmen tras la impugnación de particiones en juicio declarativo como el presente, cuando la impugnación tiene otro apoyo que negar la eficacia de una resolución judicial firme».

En efecto, en primer término, en la resolución analizada se afirma que son rechazables los llamados incidentes de inclusión y exclusión de bienes que ha aceptado la práctica judicial, hasta el punto de que el propio Tribunal Supremo ha consentido este tipo de pretensiones cuando ha resuelto recursos de casación sin plantearse el problema de la legalidad de estas demandas, su cauce procesal y las consecuencias de su tramitación en los juicios de testamentaría.

Ello no obstante, revisando su postura, sienta que, «la Ley de Enjuiciamiento Civil no autoriza retrasos derivados de los incidentes de inclusión o exclusión de bienes en los inventarios», señalando acto seguido que, «cuando en un inventario se incluyan bienes que pertenezcan a otro dueño o no se incluyen los que, perteneciendo al común, los posee un coheredero o un tercero, pueden los que se crean con derecho reivindicar o pedir la mera declaración del dominio, indicando posteriormente de manera tajante, que será el juicio declarativo el que colateralmente y sin paralizar la testamentaría, el que servirá para decidir la cuestión, dando lugar en su día a la partición complementada de bienes (art. 1.079) o a la rectificación correspondiente a la exclusión de bienes».

A pesar de que, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo no deben favorecerse los incidentes paralizadores; que el cauce adecuado para excluir (o incluir) bienes del juicio de testamentaría es el juicio declarativo correspondiente y que la decisión produce cosa juzgada entre las partes, si, de manera incorrecta, se ha seguido un procedimiento incidental, la sentencia dictada en este proceso también tiene la fuerza de cosa juzgada respecto a esa exclusión o inclusión de bienes (creemos que para evitar esto deberían ser muy tasados los casos en que se puedan utilizar, ya que la regla general debe ser la de acudir al juicio declarativo).

Y es que para el Tribunal Supremo «que el juicio de testamentaría tenga la naturaleza de jurisdicción voluntaria no impide que en él queden resueltas definitivamente las cuestiones hereditarias, o que se confirmen tras la impugnación de las particiones en juicio declarativo...», como acaeció en el caso examinado por la sentencia reseñada.

Como ya hemos indicado al principio de esta pregunta donde se han analizado las novedades del nuevo régimen procedimental, todas estas discusiones doctrinales han sido zanjadas, ya que el párrafo cuarto y último del nuevo artículo 794 de la LEC señala lo que procede cuando se suscitare entre los interesados controversia sobre la inclusión o exclusión de bienes en el inventario. En tal supuesto se citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal. El establecimiento del contencioso constituye una novedad legislativa reguladora de los llamados en la práctica forense incidentes de inclusión o exclusión de bienes carentes hasta ahora de regulación específica. En la regulación anterior como hemos ido viendo el contencioso en el proceso sucesorio, sólo se producía

aunque no hubiera acuerdo inicial sobre el inventario después de formuladas las operaciones divisorias y por la vía de un juicio declarativo posterior.

La formación judicial de los inventarios tiene un parecido salvando las distancias con el procedimiento para la formación de la masa en los procesos de liquidación a que las situaciones de concurso y quiebra dan lugar. Esa masa se integra, en cualquiera de los tres supuestos, por aportación de los bienes que deben constituir la y por eliminación de aquellos que no pueden formar parte de ella. El ejercicio de determinadas acciones de condición reivindicatoria en el primer caso, y el de adecuadas acciones de tercería en el segundo, fijan establemente el haber partible y permiten llegar a la división con plena seguridad.

Pues bien, el inventario judicial, tal como se delinea y articula en la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es ni más ni menos que una operación de recuento que, previa citación de los interesados llamados a intervenir en él, se encomienda al secretario judicial.

En lo que se refiere a la *descripción de los bienes*, nos remitimos en este punto a lo señalado por el TS en su sentencia de 19 de febrero de 1960 (79),

(79) Sentencia de 19 de febrero de 1960. Sala 1.^a del Tribunal Supremo. Ponente: MANUEL MARÍA CABANILLAS PROSPER. Considerando primero. *RJA*, núm. 914, establece: «Que en el primero de los motivos del recurso fundado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega en primer término, la violación de los artículos 1.281 y 1.284 del Código Civil porque la sentencia recurrida no concede el debido valor al inventario aportado por los demandados-recurrentes con el número uno de los acompañados al escrito de contestación; ya que se dice fue practicado de común acuerdo por todos los interesados para servir de base a la total partición, según lo acreditan sus actos coetáneos y posteriores, en que se hace constante referencia a la numeración del mismo, como es de ver de los documentos suscritos por los demandantes y también aportados con dicho escrito de contestación; frente a cuya alegación se alza la apreciación del juzgador de instancia, admitida y compartida por la Sala, que estima que dicho inventario no es tal, en sentido técnico-jurídico, por no reunir las más elementales condiciones exigibles para ello, cuales son la relación exacta, detallada y completa de todos los bienes que constituyen el activo, apreciados en su valor real, así como la de todos lo que integran el pasivo, también debidamente valorados, para poder fijar así el saldo partible resultante; condiciones que son las que, en definitiva, refleja el párrafo primero del artículo 37 del Código de Comercio, invocado por el Juzgador como uno de tantos preceptos legales aplicables al caso; siendo, por otro lado, de destacar que tal inventario no está firmado por todos los interesados, ni reconocido por ellos; que aparece en unas hojas sueltas, con adiciones, variaciones de cifras y equivocaciones; que muchos de sus apartados y conceptos figuran sin valorar y en él se omiten bienes de importancia, según se deduce de la resultancia de autos, cuales son negocios, fincas, alimentos para personas y ganados, enseres de bodega, dinero y cantidades cobradas; todo lo cual priva en absoluto a dicho pretendido inventario de todo valor, como afirma con acierto la sentencia recurrida, en contra de lo que sostienen los recurrentes. Sin que el mero detalle de que en los documentos que se citan por estos, relativos a particiones parciales de determinados bienes, hechas por todos los interesados, se haga referencia a la numeración de tal inventario, implique el reconocimiento y aceptación del mismo; pues como, en méritos de una apreciación conjunta de la prueba y con referencia a los actos coetáneos y posteriores de las partes, se consigna en la sentencia, a tal inventario no puede dársele más valor y alcance que el de una de tantas relaciones de bienes hechas por los intere-

que señala que el inventario es «la relación detallada y completa de todos los bienes que constituyen el activo apreciados en su valor real, así como la de todos los que integran el pasivo, también debidamente valorados, para poder fijar así el saldo partible resultante...».

Una última cuestión de gran trascendencia que nos queremos dejar en el tintero sería la siguiente. El proceso divisorio es por esencia universal, ya que por razón de su objeto constituye el mismo una universalidad de cosas, un patrimonio, una entera comunidad hereditaria. El artículo 1.066 de la LEC, trataba de desgranarnos los diferentes elementos que constituyen la universalidad que constituye la herencia, hoy tiene esta misión el 794 de la LEC, mas nos choca en el mismo una ausencia que es cada vez más frecuente, y lo será en el futuro, que la herencia como tal, esté integrada no por bienes concretos sino por universalidades independientes, nos referimos a las empresas (80). Y es que el tipo de sociedad capitalista en que nos movemos coloca a esta figura en

sados, como referencia o antecedente para los sucesivos convenios que, al no poderse conseguir un total acuerdo para una completa partición, se iban concertando y firmando respecto de determinada clase de bienes, integrantes de la herencia; respecto de los cuales es de señalar que en ellos sí que se detallaban y valoraban los bienes objeto de reparto, firmando todos los interesados tales sucesivos convenios parciales, lo cual no ocurre con ese sedicente inventario, tantas veces mencionado, y al que ninguna eficacia cabe otorgar».

(80) LACRUZ BERDEJO, LUNA SERRANO y RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho Civil*, I, vol. III, Editorial Boch, 1990, pág. 37, nos señala: «Entre las universalidades se encuentra la empresa mercantil o agraria, que se caracteriza, frente a las restantes, por su condición de “complejo organizado”, es decir, por existir en ella —dice BALLARÍN MARCIAL— “un elemento principal o básico, y junto a él un conjunto de cosas o derechos accesorios, mientras que en las (otras) universalidades todos los elementos que las integran vienen considerados en pie de igualdad por el ordenamiento jurídico”. La empresa (la mercantil, sobre todo), está integrada por un conjunto de bienes y relaciones: el inmovilizado (edificios, máquinas en su caso, utillaje, etc.), las mercancías, las primeras materias, y asimismo valores inmateriales; no sólo las patentes y marcas, sino algo tan intangible como los secretos industriales, el *know how* y la clientela, amén de las relaciones laborales de los empleados, y la organización. Todo esto se considera en el tráfico como un valor unitario: puede ser en su conjunto objeto de hipoteca mobiliaria, y se vende o arrienda como un todo. Entra, así, en el concepto de *universitas*. Mas la empresa no constituye una unidad patrimonial cerrada y autónoma (menos, un sujeto de derechos), según puede observarse en el comerciante individual, cuyo negocio sólo está separado de los restantes bienes de su titular, contable, pero no jurídicamente. O sea: el comerciante responde por las deudas de la empresa de la que es titular con todos sus bienes, incluso el mobiliario de su vivienda particular, y, a la inversa, sus acreedores particulares —el que le vendió el mobiliario en cuestión, por ejemplo—, pueden embargarle las mercaderías de su comercio o industria. La empresa —insisto— entra ampliamente dentro del concepto de universalidad, como se observa cuando se traspasa de un titular a otro con todo su activo y pasivo, pero aun entonces se ve claro que no constituye un patrimonio, pues la empresa no pasa al adquirente de un golpe, como una unidad —según ocurre con la herencia—, y, al contrario, el antiguo comerciante o industrial que traspasa sigue siendo responsable de todas las deudas del negocio contraídas mientras era suyo, aunque el adquirente se haya obligado a pagarlas».

la cresta de la ola de la sociedad. Quizá la quiebra del derecho de sucesiones se esté produciendo porque la mayoría de las transmisiones hereditarias de importancia en cuanto al caudal vienen enmascaradas en transmisiones de participaciones sociales y ello con el fin de eludir tributos. Esto exige que el legislador se replantee el tema y sepa captar esta realidad social. La empresa no pasa al adquirente de un golpe, como una unidad, según ocurre con la herencia, no constituye un patrimonio, y así el antiguo comerciante o industrial que traspasa, sigue siendo responsable de todas las deudas del negocio contraídas mientras era suyo, aunque el adquirente se haya obligado a pagarlas.

2. METÁLICO: NOCIÓN Y CONTENIDO

No cabe duda que el dinero cuya titularidad correspondiera al causante en el momento del fallecimiento debe inventariarse. Tanto el dinero existente en el domicilio o domicilios del causante, como el que exista en cuentas bancarias de cualquier tipo (81). Es conveniente para facilitar en muchos casos la división, expresar separadamente las cantidades en divisas extranjeras y las cantidades en moneda nacional, entiéndase con relación a ésta la nueva moneda europea, el euro y su equivalencia en pesetas, asimismo se indicarán en este apartado los resguardos de depósitos o cuentas corrientes de los bancos nacionales y extranjeros.

A mi juicio, para que quede convenientemente delimitado este apartado hay que hacer algunas reflexiones en torno a lo que entendemos por dinero (82).

Mientras que las cosas y los bienes (materiales e inmateriales) son relativos y perecederos, el «dinero» se concibe como un poder patrimonial abstracto que se materializa en un objeto simbólico o signo que es la moneda (peseta, marco, franco, dólar, etc.), la cual no se entrega por sus características empíricas o formales, sino en cuanto es la unidad monetaria que permita traspasar a otras personas un valor económico concreto a cambio de otras cosas, bienes, servicios o derechos.

La particularidad por tanto del dinero es la de ser unidad de medida del valor económico o patrimonial, para lograr en la práctica los resultados que debe prestar toda unidad de medida: su uniformidad, consistencia y seguridad.

(81) En este supuesto el inventario deberá realizarse expresando tanto la cantidad existente como los datos identificativos de la cuenta bancaria en que estuviese depositado el dinero.

(82) Díez PICAZO, LUIS, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, «Las relaciones obligatorias», Tecnos, Madrid, 1999. Señala en la pág. 253 y sigs., que «aunque en términos generales, las obligaciones pueden consistir en entregar una cosa o en hacer o no hacer algo, en una economía medianamente avanzada y fundada en la división del trabajo, el dinero opera como instrumento de intermediación en los cambios y, por consiguiente, como uno de los más importantes objetos de las posibles prestaciones que se insertan en una relación obligatoria».

La moneda es el símbolo o signo en que se materializa el dinero. Cuando el gobernante supremo (emperador, rey, jefe de estado, presidente, etc.) o sus delegados (ministros, consejos bancarios centrales, banco nacional, etc.), acuñan (83) la moneda, bien de un modo más elemental (concepción metalista), unen a la unidad de medida que crean el valor material o metálico (oro, plata) de que se compone a su rango cuantitativo (una, cinco, cien pesetas), o bien, de un modo más evolucionado (concepción nominalista), unen a este rango cuantitativo el valor impuesto o declarado sobre el que lo imprimen (papel o billete), sobre la base de la confianza que los ciudadanos ponen en sus poderes constituidos, estableciéndose así su valor nominal o fiduciario.

Ahora bien, esta concepción teórica e ideal es una teoría pura del dinero, sobre todo muy querida por los economistas arbitristas y los matematizantes, aquellos que pretenden obtener leyes constantes o cuasifísicas del dinero, sin darse cuenta de que el dinero es un producto de la inventiva y del raciocinio humano, un objeto artificial y simbólico, un bien cultural, por tanto sometido al libre albedrío personal e indiscriminado de sus pasiones y no a ninguna constante física o natural.

Nos señala BONET CORREA (84) que «la realidad cotidiana y una incursión en la historia de los pueblos, desbaratan esta ilusión de la identidad cuantitativa y valorativa del dinero, haciendo muy difícil que la moneda resulte ese instrumento de seguridad y certeza en cuanto a su valor asignado, que se mantenga como depósito de valor fijo y que constituya el medio para una justicia distributiva general y conmutativa particular».

Las funciones económicas del dinero son fundamentalmente dos: el dinero es una «unidad de medida» del valor económico que se atribuye a las cosas y a los bienes en general; es un intercambio de bienes y servicios. Es decir, el dinero es ante todo una unidad de medida y «un instrumento de intercambio». El dinero tiene una concepción evidentemente funcional: la función abstracta de medida y la función concreta de cambio. Desde este concepto de dinero la deuda de dinero debemos entenderla como aquella relación obligatoria que se expresa en dinero y que está dirigida a proporcionar al acreedor dinero como poder patrimonial incorporal (85).

(83) En España, tradicionalmente, la acuñación de monedas es una prerrogativa de la Corona, pertenece al señorío del Rey. Así se señala en el Fuero Viejo, Ley 1, Título 1, Libro 1. La Constitución Española, en su artículo 149, establece que «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... 11.º Sistema monetario, divisas, cambio y convertibilidad; bases de la organización del crédito, banca y seguros».

(84) BONET CORREA, JOSÉ, *Las deudas de dinero*, 1.ª ed., Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1981, pág. 25.

(85) Díez PICAZO, LUIS, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, «Las relaciones obligatorias», Tecnos, Madrid, 1999. En sus páginas 257 y siguientes distingue tres tipos diferentes de deudas monetarias: A) Las deudas de moneda individual. Son aquéllas que recaen sobre monedas que se encuentran individualizadas y completamente

El problema de la devaluación de la moneda puede solucionarse de dos formas diferentes.

En primer lugar, entendiendo que el deudor debe cumplir entregando al acreedor un poder adquisitivo o un valor intrínseco que en el momento del pago equivalga al que tenía en el momento de la constitución de la obligación la suma fijada; esto es, si la moneda se devalúa, el deudor debe entregar un número de monedas proporcionalmente superior, y si se ha revalorizado, lo contrario.

En segundo lugar, el deudor cumple entregando al acreedor el preciso número de unidades monetarias pactadas y sufre el acreedor la devaluación monetaria. La primera solución o solución valorista es más justa al atender mejor al principio de equivalencia de las prestaciones. Sin embargo, supone una inseguridad evidente, ya que obliga a un continuo cambio de las cantidades. La segunda solución, o solución nominalista, dota al tráfico jurídico de una seguridad fundamental.

El *Código Civil español*, al igual que casi todos los códigos civiles de tradición romanista, no establece ni concreta una definición del dinero; se trata de un concepto que viene sobreentendido y que el legislador da por conocido. No obstante, del contexto de ciertos artículos del Código Civil se puede deducir y saber el alcance que el legislador español concedió al concepto de dinero, advirtiéndose que con intuición y experiencia certera ha calado en su genuino sentido, naturaleza y funciones.

El artículo 1170.1.º del Código Civil señala que: «El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u otro que tenga curso legal en España. La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado. Entretanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso».

Si examinamos el artículo 1170.1 del Código, se ven reflejadas las tres categorías fundamentales que abarcan su ideario: en primer lugar, una categoría amplia y general, la de «dinero», si bien referida en este lugar a las «deudas o relaciones obligatorias»; una segunda categoría concreta del dinero, referida a la «especie pactada» de dinero, que lo será tanto de aquellas especies del ámbito nacional como del extranjero (euros, dólares, yens, ru-

determinadas. B) Deudas de especie monetaria. Aquellos casos en que el negocio constitutivo de la obligación se ha señalado, como circunstancia esencial, la especie a la que deben pertenecer las piezas monetarias con las cuales el pago de la deuda haya de hacerse. C) Deudas de suma de dinero. Es la verdadera deuda pecuniaria, en la que los medios solutorios son indiferentes. El deudor está obligado a proporcionar al acreedor una suma que valga a la medida o importe señalado en la obligación. El deudor no debe cosas sino un valor económico.

blos, etc.), y por último, una categoría más particularizada, la de «moneda», pero no cualquier moneda, sino la «que tenga curso legal en España», actualmente el euro (la peseta con carácter transitorio).

Conforme a este artículo, el deudor viene obligado a proporcionar al acreedor el valor de la cantidad prometida en dinero, es decir, debe entregar para cumplir la obligación entregando una cantidad de dinero suficiente para satisfacer el valor de la cantidad prometida. Consagra el principio nominalista.

El *artículo 1.753* señala que «el que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible adquiere su propiedad y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad». El *artículo 1.754* señala que «la obligación del que toma dinero a préstamo se regirá por lo dispuesto en el artículo 1.170 de este Código. Si lo prestado es otra cosa fungible, o una cantidad de metal no amonedado, el deudor debe una cantidad igual a la recibida y de la misma especie y calidad, aunque sufra alteración en su precio». Ambos preceptos consagran el principio nominalista en nuestro Derecho, esto es, el deudor debe una cantidad igual a la recibida, y de la misma especie y calidad, aunque sufra alteración en su precio.

El *artículo 312* del Código de Comercio establece que «consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida, con arreglo al valor legal que tuviera la moneda en el tiempo de la devolución, salvo si se hubiera pactado la especie de moneda en que había de hacerse el pago, en cuyo caso la alteración que hubiera experimentado su valor será en daño o beneficio del prestador». Contempla el supuesto dos posibilidades. En primer lugar, la deuda de suma de dinero, en la que se cumple devolviendo una cantidad igual a la recibida, según el valor legal que tuviera la moneda al tiempo de su devolución. Se trata de una aplicación concreta del principio nominalista. En segundo lugar, la deuda de especie monetaria, en este caso la alteración del valor es en daño del prestador. Por lo tanto, aplica igualmente el principio nominalista.

La *Jurisprudencia del Tribunal Supremo* aplica con mayor abundamiento el principio nominalista, aunque cada vez con más matizaciones. Así nos lo dice la sentencia de *17 de diciembre de 1994* (86): «Nuestro Código Civil

(86) Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de diciembre de 1994. Ponente: ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL. *RJ* 9428/1994. SÉPTIMO.—«También procede decisión de rechazo al último de los motivos, en el que se aduce infracción de la doctrina jurisprudencial que se aporta favorable al principio nominalista, pues la sentencia recurrida hace condena de abono de daños causados, actualizando los valores en el trámite de su ejecución. La Sala sentenciadora aplicó la solución valorista —siempre más justa que la nominalista—, manteniendo así el principio de equivalencia de las prestaciones, en cierto sentido compensados del largo tiempo transcurrido desde que ocurrió el siniestro, sin abono de indemnización alguna. Si bien, sin decidida claridad, nuestro Código Civil parece seguir el sistema nominalista, a tenor del contenido de los artículos 1.170 con relación a los 1.754 y 1.753 y en cierto sentido el precepto 312 del Código de Comercio respecto a los

parece seguir el sistema nominalista, a tenor del contenido de los artículos 1.170 con relación a los 1.754 y 1.753 y en cierto sentido el precepto 312 del Código de Comercio respecto a los préstamos en dinero, por lo que se ha venido tradicionalmente considerando las deudas pecunarias como obligaciones de suma; no obstante la jurisprudencia más reciente se encamina a superar tal concepción para aperturarse a reputar las deudas indemnizatorias como deudas de valor, y así el Código Civil aporta cierto apoyo en sus artículos 1.106, 1.045 y 1.079».

Otra sentencia de 25 de mayo de 1992 (87), en cambio hace una aplicación rígida del principio nominalista, señala: «Fundamento de Derecho octavo; el principio nominalista que acoge nuestro Código Civil y el carácter de deudas de dinero y no deudas de valor que tienen las prestaciones dinerarias que se reclaman impide la revalorización judicial de las mismas mediante la aplicación de remedios de estabilización como es el Índice de Precios al Consumo, que sólo pueden ser hechos valer cuando tales cláusulas estabilizadoras hayan sido pactadas por las partes o vengán establecidas por un precepto legal; consecuentemente, decae este último motivo».

En definitiva, el Tribunal Supremo persigue la justicia al caso concreto, y aplica el principio nominalista o lo flexibiliza o ignora dependiendo de las circunstancias del caso y de la equidad y justicia.

El dinero, por otra parte, en cuanto moneda, posee las cualidades de las cosas muebles, no obstante nuestro Código exceptúa al dinero y a la moneda entendida como «metálico» de los objetos muebles.

préstamos en dinero, por lo que se ha venido tradicionalmente considerando las deudas pecunarias como obligaciones de suma; no obstante la jurisprudencia más reciente se encamina a superar tal concepción para aperturarse a reputar las deudas indemnizatorias como deudas de valor, y así el Código Civil aporta cierto apoyo en sus artículos 1.106, 1.045 y 1.079. La jurisprudencia de esta Sala no ha rehusado aplicar la concepción de deuda de valor, unas veces al momento de la decisión del litigio con sentencia condenatoria de reparación, como al tiempo en que se liquide su importe en vía ejecutoria ordinaria [sentencias de 31 de mayo de 1985 (*RJ* 1985/2839), que refiere las de 20 de mayo de 1977 (*RJ* 1977/2132), 21 de enero y 29 de junio de 1978 (*RJ* 1978/2455), 26 de octubre de 1987 (*RJ* 1987/7475), 15 de junio de 1990 (*RJ* 1990/4761) y 4 de febrero de 1992 (*RJ* 1992/825)]. En el caso de autos se configura como deuda de valor así declarada, lo que no fue controvertido en la instancia, por lo que no cabe su planteamiento como cuestión nueva; pero que, en todo caso, tiene por objeto el efectivo pago del valor de las cosas siniestradas que se traduce en su satisfacción a medio de las cantidades dinerarias que se establezcan, traduciéndose de esta manera los valores a equivalencias monetarias precisadas, y han de actuar a efectos de concretar el importe de los pagos por los que viene condenada la Aseguradora recurrente, lo que no contradice las disposiciones especiales de los artículos 18, 20 y 38, párrafo último de la Ley de Contrato de Seguro. El motivo se rechaza».

(87) Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de mayo de 1992. Ponente: PEDRO GONZÁLEZ POVEDA. *RJ* 4378/1992.

El artículo 346 en su apartado segundo establece que: «cuando se use tan sólo la palabra “muebles”, no se entenderán comprendidos el dinero, los créditos, efectos de comercio, valores...». Y en el artículo 347 manifiesta que: «Cuando en venta, legado, donación u otra disposición en que se haga referencia a cosas muebles o inmuebles se transmita su posesión o propiedad con todo lo que en ellas se halle, no se entenderán comprendidos en la transmisión el metálico, valores, créditos y acciones...». En definitiva, estamos ante dos normas de carácter puramente interpretativo.

No obstante, la consideración por la doctrina de la moneda como un bien mueble lleva a la conclusión de que le son aplicables todas aquellas normas que el Código dispone para tales bienes. Sin embargo, se aprecia que el legislador tuvo en cuenta los matices especiales que el dinero tiene al no incluirlo dentro de la acepción genérica como objeto mueble.

Esta consideración del dinero como bien distinto de los bienes muebles va a determinar, por lo que se refiere al inventario, que el mismo ocupe un lugar distinto del dedicado a los bienes muebles, tal como refleja el artículo 1.066 de la LEC. La enumeración del 1.066 de la LEC hemos señalado que no tiene carácter obligatorio, no obstante si no se siguiese el orden que señala este artículo, deberá de separarse nítidamente el dinero del resto de los bienes muebles, sin que sea válido incluir al mismo dentro de un genérico apartado titulado «muebles».

3. ALHAJAS: NOCIÓN

Se comprenderán entre éstas, los muebles de metales preciosos o que tengan pedrería fina, de gran valor, bien por la materia de que se componga, bien por el excesivo trabajo artístico que conlleven o bien por ambas cosas.

La palabra alhaja se aplica siempre a cosas de valor y mérito; pero indica menos valor que joya, palabra que se aplica a los objetos preciosos de la Corona y demás ornamentos del Patrimonio Nacional y a los propios de las imágenes religiosas.

Esta palabra, según los tiempos, ha tenido distinta significación.

En nuestra antigua jurisprudencia, siguiendo a las leyes romanas y a su origen etimológico (88), era todo mueble de uso doméstico.

En el lenguaje común, las preseas y objetos de metales o piedras preciosas; aún cuando el verbo alhajar se usa en el sentido de amueblar. En el segundo párrafo del artículo 346 tenemos esa expresión tradicional de «amueblar» o «alhajar» las habitaciones, además de emplear la palabra «alhaja» en

(88) Procede esta palabra del árabe al-hâyâ, la cosa necesaria el utensilio. *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 1970, pág. 62.

la otra acepción de objetos de metales y piedras preciosas, que no están comprendidos en la palabra «muebles», ya que este término se reserva a los objetos que componen el repertorio de cosas de una casa.

En el lenguaje metafórico, toda cosa de mucho valor o estimación en su clase.

A mi juicio, para ver pues qué sentido tiene la expresión a efectos de partición, hay que tener en cuenta lo establecido en el artículo 1.321 del Código Civil, y en el artículo 346.2.º establece el primer precepto: «Fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber. No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor».

Podemos observar cómo este precepto nos está limitando el concepto de alhajas a objetos de metales o piedras preciosas, igual ocurre con el artículo 346, párrafo segundo del Código Civil, que nos dice que cuando se use sólo la palabra «muebles» (nos quiere determinar este precepto lo que es el mobiliario de una vivienda o habitación), no se incluirán las alhajas ni otras cosas que no tengan por destino amueblar las habitaciones. Por tanto las alhajas, en el sentido de objetos de metal precioso, ni forman parte del ajuar doméstico ni del mobiliario de una estancia o habitación.

Es decir, que en el primer párrafo nos determina el contenido del ajuar doméstico concretado a las ropas que visten la casa (se entienden comprendidas dentro de las mismas, a mi juicio, las mantelerías, ropas de cama y cortinas) mobiliario (se entiende comprendido dentro del mismo los muebles de uso ordinario del que fue domicilio conyugal, así como los electrodomésticos ordinarios) y enseres (aquí se incluirían los objetos que existan en la casa de uso ordinario y formando el contenido de las diferentes habitaciones).

Quedan excluidos los objetos de uso personal que no sean valiosos (art. 1346.7.º del Código Civil) y todos aquellos que puedan ser objeto de atribución preferente en el haber del superviviente, como los afectos al ejercicio de una profesión u oficio y todos a los que se refiere el artículo 1.406 del Código Civil. En la regulación anterior, el derecho de supervivencia en régimen de gananciales se extendía a las ropas y vestidos de uso ordinario, conforme al artículo 1.420 derogado, mientras que, ahora los bienes de esta naturaleza, si no son especialmente valiosos, son privativos (art. 1346.7.º) y no se hallan comprendidos como decimos en el artículo 1.321.

Las características de este derecho de supervivencia son las de ser un derecho *mortis causa*, que sólo tiene lugar cuando se disuelve el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, no es aplicable en los casos de divorcio, nulidad o separación, ni cuando cambia voluntariamente el régimen matrimonial por capitulaciones constante matrimonio. Sin embargo hasta en este caso

es posible el ejercicio de atribución preferente a que se refiere el artículo 1.406 del Código Civil. A nuestro juicio el mismo sería aplicable en los casos de separación de hecho.

Como señala DE LOS MOZOS, lo importante es poner de relieve que el artículo 1.321 del Código Civil ha de interpretarse con largueza, de modo que para excluirse las ropas, muebles y enseres del derecho de supervivencia han de ser los bienes especialmente valiosos y no simplemente valiosos (89).

En el segundo párrafo del precepto nos determina de forma excluyente lo que no constituye el ajuar (90): las alhajas, entendiendo por éstas, como he señalado al principio de este apartado, no el sentido etimológico ni de la antigua jurisprudencia, ni en el sentido de amueblar que recoge el artículo 346.2.º del Código Civil, sino en el sentido del lenguaje común que las considera, como decimos, como objetos de metales valiosos (oro, plata, platino, etc.) o de pedrería fina. Su clasificación y contenido es casi imposible de realizar. A título enunciativo podemos señalar, comprendidas dentro de las mismas, en las mujeres: los pendientes, brazaletes, collares, peines, etc.; en los hombres: cajas para el tabaco, puños de bastón, sellos para el reloj, etc.; y comunes para ambos sexos: los broches, sortijas, dijes, botones, cruces, alfileres, anteojos, relojes, etc.

A efectos de partición, aunque no son estrictamente alhajas, se podrían entender a efectos de inventario comprendidos y relacionados en este apartado otros objetos de extraordinario valor de carácter histórico o artístico como, por ejemplo: cuadros, estatuas, libros, mapas, ornamentos sagrados, imágenes, lámparas, vajillas, etc.

Se incluyen por tanto en este apartado del inventario las alhajas y esos otros objetos de carácter histórico o artístico de extraordinario valor.

4. EFECTOS PÚBLICOS Y TÍTULOS VALORES: NOCIÓN Y CLASES

Se designarán por su numeración y fecha de emisión, las acciones de bancos y compañías nacionales y extranjeras que tengan la consideración de efectos públicos, y los títulos de la deuda nacional y extranjera, consignando su valor según la cotización oficial practicada al día anterior al inventario, o el de la muerte del causante. A nuestro juicio debe ser el día anterior al de

(89) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVIII, vol. I, «Comentarios al artículo 1.321», por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, Edersa, pág. 140.

(90) Al excluir del derecho de predetracción estos bienes especialmente valiosos para la familia en cuestión, se está quitando un incentivo al fraude, así lo señala LACRUZ en su obra *La reforma del Derecho de Familia en el Código Civil*, obra citada en los comentarios al artículo 1.321 por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVIII, vol. I, Edersa, pág. 140.

la confección del inventario, ya que se debe atender al valor de los bienes al tiempo de hacer la partición.

No quedaría completo este epígrafe si nos limitásemos a señalar lo que hemos dicho, ya que entendemos que la persona que realice el inventario debe de conocer las Leyes de Sociedad Anónima y de Responsabilidad Limitada y el Código de Comercio, ya que el reflejo de las acciones en el inventario exige conocer, al menos, las características de estos títulos, las menciones mínimas de los mismos, los tipos existentes, la forma de valoración de las mismas y la posibilidad de pactos que limiten su transmisibilidad, circunstancia esta que puede influir decisivamente a la hora de inventariar determinando su exclusión del mismo. Recogeremos, pues, en este epígrafe someramente las reglas básicas en esta materia que a nuestro juicio son necesarias tener en cuenta cuando se confecciona el inventario.

SOCIEDADES ANÓNIMAS

La gran novedad de la Ley de Sociedades Anónimas (91), a este respecto es la posibilidad, junto a la tradicional forma de representación de las acciones por medio de títulos, de utilizar el sistema de anotaciones en cuenta. En este punto, la nueva legislación viene a ponerse en línea con el sistema previamente diseñado por la normativa reguladora del Mercado de Valores.

Formas de representación

Por consiguiente, a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley, las distintas formas de representación de las acciones pueden esquematizarse del siguiente modo: *a)* Títulos (92) (nominativas o al portador), *b)* anotaciones en cuenta.

(91) Nos señala GARRIGUES, JOAQUÍN en su obra, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Imprenta Aguirre, 7.^a ed., Madrid, 1976, pág. 461: «Rompiendo con el precedente del Código de Comercio de 1829, artículo 265, núm. 3, el Código de Comercio vigente, al intentar definir a la S. A. (art. 122, núm. 3), aludía a “partes o porciones ciertas figuradas por acciones o de otra manera indubitada”, insistía en que “el capital social de las compañías anónimas podrá estar representado por acciones u otros títulos equivalentes” (art. 160), y así abría la posibilidad de una sociedad anónima cuyas participaciones sociales no estuvieran representadas por acciones. Con ello la S. A. podía no ser sociedad por acciones; y la doctrina se esforzó en buscar cuáles podrían ser estos títulos equivalentes a las acciones, a pesar de que en la práctica española el capital de la S. A. estaba siempre dividido en acciones».

(92) ÁVILA NAVARRO, PEDRO, en su obra *La Sociedad Anónima*, Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 1997, en la pág. 310 nos dice: «La acción, como título valor, es, pues, un documento: Como se emite en serie, es lógica la exigencia legal de numeración corre-

Es importante destacar, poniendo el texto refundido en relación con la normativa por la que se regula el mercado de valores, que si bien la sociedad tiene libertad para elegir la forma de representación que considere más adecuada (mediante títulos o anotaciones en cuenta), elegida una modalidad habrá de aplicarse a todas las acciones integradas en una misma emisión (sin perjuicio de que en emisiones anteriores o posteriores se haya optado, o se pudiera optar, por una modalidad diferente).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, mientras la representación por medio de títulos es reversible (esto es, habiéndose optado por representar una emisión de acciones mediante títulos, puede pasarse posteriormente para la misma al sistema de anotaciones en cuenta), no sucede lo mismo en el caso contrario, pues la representación de valores por medio de anotaciones en cuenta será, en principio, irreversible.

En cualquier caso, tanto si las acciones están representadas por medio de títulos, como si lo fueran por medio de anotaciones en cuenta (93), la ley señala de manera expresa que en ambos supuestos tendrán la consideración de valores mobiliarios. Sin perjuicio de ello, las acciones que pretendan acceder o permanecer admitidas a cotización en Bolsa, necesariamente habrán de representarse por medio de anotaciones en cuenta, tal y como establece la Disposición Adicional Primera del Texto Refundido (94) en su apartado 5.

lativa, siquiera esa exigencia sólo rige para el momento de la emisión. Pero no se opone a que, como consecuencia de una amortización de determinadas acciones por reducción de capital, deje de serlo y aparezca una numeración intermitente o salteada. Se extenderán en talonarios, de los que se separaran los títulos para su entrega a los suscriptores; usualmente queda en poder de la sociedad un duplicado o doble matriz; y debe cuidarse especialmente que este sea un mero recordatorio, que no tenga la apariencia de acción distinta y pueda ponerse en circulación como tal por inadvertencia o por fraude. Varias acciones se pueden agrupar en un solo documento, llamado título múltiple que luego se trata».

(93) Esta obligación de adoptar el sistema de anotaciones en cuenta se establece tanto respecto de acciones ya existentes y cotizadas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley, como respecto de acciones cuya cotización se pretenda con posterioridad a dicha entrada en vigor. Una vez que las acciones de que se trate se representen mediante anotaciones en cuenta, los antiguos títulos representativos de las mismas quedarán amortizados de pleno derecho, debiendo darse publicidad a su anulación mediante anuncios publicados en el Boletín Oficial del Estado, en los Boletines de las correspondientes Bolsas de Valores y en tres diarios de máxima difusión en todo el territorio nacional (si bien la Ley no lo precisa, parece será suficiente la inserción de un solo anuncio en cada uno de los boletines y diarios mencionados).

(94) Asimismo, la nueva Disposición Adicional que se comenta faculta al Gobierno para que, previo informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, fije los plazos y el procedimiento a seguir para la representación por medio de anotaciones en cuenta de las acciones representadas por títulos que pretendan acceder o permanecer admitidas a cotización en una Bolsa de Valores.

Las acciones representadas mediante títulos pueden también agruparse varias en los llamados títulos múltiples (95) y, hasta su confección y entrega definitiva, pueden sustituirse por resguardos provisionales (96).

(95) En relación con los llamados títulos múltiples, señalaremos que según el artículo 53 LSA, los títulos, cualquiera que sea su clase, podrán incorporar una o más acciones de la misma serie; y el artículo 9.g) LSA, entre el obligatorio contenido de los estatutos, se refiere a si se prevé la emisión de títulos múltiples. La creación de estos títulos múltiples, de la mano de un afán simplificador, plantea sin embargo más problemas de los que resuelve y, fundamentalmente, el de la «segregación» de una o más acciones del bloque de las incluidas en el título para su enajenación o gravamen separados: 1. Cláusula de indivisibilidad. Podría admitirse la cláusula estatutaria que prohíba la transmisión o gravamen separados de las acciones integradas en un solo título, siempre que se trate de acciones nominativas, pues las acciones al portador no admiten limitaciones a su transmisibilidad (art. 52 LSA). Sería una cláusula bastante atípica, pero podría justificarse alegando: En el aspecto material, que la sociedad puede desear que no proliferen el número de accionistas con pocas acciones cada uno, porque suelen ser inversores, más que accionistas, desinteresados en general de la marcha social; claro que esa proliferación siempre podría venir por la venta de partes indivisas de las acciones agrupadas en el título, pero los comuneros tendrían que ponerse de acuerdo para el ejercicio unitario de sus derechos frente a la sociedad. En el aspecto formal, que si la sociedad puede lo más, como sería emitir sólo acciones con elevado valor nominal, también podrá lo menos, como es conseguir ese alto valor por agrupación indivisible de acciones de valor más bajo. De nada sirve la declaración del artículo 66 LSA de que las acciones son indivisibles, pues tanto puede interpretarse que sólo las acciones son indivisibles como que también pueden serlo los títulos múltiples. 2. Sustitución del título. Si los estatutos no han previsto esa indivisibilidad, será posible pedir a la sociedad la sustitución del título por otros comprensivos de menos acciones cada uno; el artículo 59 LSA no cierra el número de casos en que esta sustitución puede hacerse: siempre que sea procedente la sustitución de las acciones o de otros títulos emitidos por la sociedad. Y un caso similar se resuelve en el artículo 18.2 del Real Decreto 116/1992, «sobre representación de valores por medio de anotación en cuenta y compensación y liquidación de operaciones bursátiles», el de «desglose» de títulos representados por anotación en cuenta y comprendidos en un solo certificado.

(96) Antes de la confección de las acciones, las sociedades suelen expedir resguardos provisionales canjeables en su día por los títulos de las acciones, a fin de que los socios puedan en todo momento acreditar su cualidad. En estos resguardos han de hacerse constar los mismos datos antes indicados para las acciones y, además, el nombre y apellidos del titular, puesto que, según el artículo 54 LSA, los resguardos provisionales de las acciones revestirán necesariamente forma nominativa, sin duda para que pueda identificarse en su día a quien haya de recibir las acciones definitivas. Añade el artículo 54 LSA, que las disposiciones de los artículos 53, 55 y 58 habrán de ser observadas, en cuanto resulten aplicables, para los resguardos provisionales; en virtud de esa remisión deberán aplicarse a los resguardos provisionales las siguientes normas: Las del artículo 53 LSA, que se refiere a las circunstancias y contenido del título, pero también a la legalización de las firmas por el acta que se ha examinado anteriormente. Las del artículo 55 LSA, sobre el libro registro de acciones nominativas, que obligarán a llevar uno, aunque las acciones sean al portador, mientras no hayan sido realmente emitidas. Las del artículo 58 LSA, sobre legitimación del accionista por lo que resulte de ese libro especial; obsérvese que no servirán a ese respecto la escritura social, copia del boletín de suscripción, recibos de la sociedad o de entidad bancaria, etc. Como no hay plazo para canjear los resguardos por las acciones definitivas, hay algunas sociedades que, en lugar de emitir las acciones,

a) *Acciones nominativas y al portador*

La nueva Ley, exclusivamente respecto de las acciones representadas por medio de títulos (según se desprende de la redacción dada a los arts. 9.ºg) y 52.1 del Texto Refundido), mantiene la posibilidad de que las acciones puedan revestir la forma de nominativas o al portador.

No obstante, las acciones habrán de revestir necesariamente la forma nominativa en una serie de supuestos (algunos de ellos ya previstos en la antigua Ley), que son los que se indican a continuación:

- Mientras no haya sido enteramente desembolsado su importe.
- Cuando su transmisibilidad esté sujeta a restricciones (*a sensu contrario* quiere esto decir que, a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley, no será posible establecer restricciones estatutarias a la transmisibilidad de las acciones al portador, y quedarán sin efecto las restricciones de este tipo establecidas, respecto de acciones al portador, antes del 1 de enero de 1990).
- Si las acciones llevan aparejadas prestaciones accesorias.
- En general, cuando así lo exijan disposiciones especiales. A título de ejemplo, citamos las acciones de sociedades que ejerzan actividades publicitarias, de bancos, de sociedades productoras y distribuidoras de medicamentos, etc...

b) *Menciones mínimas que deben contener los títulos*

Existen una serie de menciones (97) que necesariamente deben contener los títulos:

funcionan sólo con los resguardos; éstos permiten prácticamente la misma legitimación que la acción para la transmisión y para el ejercicio de derechos y su destrucción o extravío es menos grave. Pero esta conducta sólo resulta posible en sociedades pequeñas o medianas, de tipo familiar y buena avenencia de los socios y en las que, además, las acciones sean nominativas.

(97) Como se puede apreciar, se amplían sustancialmente en el artículo 53 de la LSA, las menciones mínimas que deben contener los títulos representativos de las acciones: Bien haciendo obligatorias algunas menciones que, por obvias y pese a no ser anteriormente obligatorias, ya se venían incluyendo de hecho en los títulos. Un ejemplo de ello puede ser la inclusión del carácter nominativo o al portador de la acción; bien exigiendo menciones relativas a nuevas figuras creadas por la Ley, como sería el caso de las prestaciones accesorias o de las acciones sin voto; bien matizando alguno de los requisitos de la antigua Ley. Así sucedería, por ejemplo, con la firma o suscripción de los administradores. En relación con este punto, en la Ley derogada se exigía la firma de uno o varios de los administradores, lo que inducía a pensar que lo que el legislador quería era la inclusión en el título de una firma autógrafa. Con posterioridad a dicha Ley, el Decreto de 21 de febrero de 1958 autorizó las firmas impresas, siendo necesario en tales casos

1. Denominación de la sociedad.
2. Domicilio.
3. Datos identificadores de la inscripción en el Registro Mercantil.
4. El valor nominal de la acción.
5. Número de la acción.
6. Serie a que pertenece.
7. En el caso de que sea privilegiada, los derechos especiales que otorgue.
8. La suma desembolsada o la indicación de estar la acción completamente liberada.
9. Número de identificación fiscal.
10. Condición de nominativa o al portador.
11. Restricciones a su libre transmisibilidad.
12. Las prestaciones accesorias (en el caso en que las lleven aparejadas).
13. En el caso de acciones sin voto se hará constar esta circunstancia.
14. La suscripción de uno o varios administradores, que podrá hacerse mediante reproducción mecánica de la firma.

A mi juicio el inventario debe recoger algunas de estas menciones mínimas de la acción, sino todas, ya que por ejemplo, la mencionada en último lugar no se va a recoger en el inventario, sí las demás, de forma que las acciones inventariadas queden suficientemente identificadas.

c) *Menciones mínimas de la anotación*

Nada establece el Texto Refundido respecto del contenido y menciones mínimas de las anotaciones en cuenta. Sin embargo, la Ley 24/1988 dispone que el contenido de los valores anotados vendrá determinado por la escritura antes reseñada. Al referirse esta escritura a una emisión de acciones, entendemos que tanto ella como las anotaciones en cuenta deberán contener idé-

acreditar, mediante acta notarial, la identidad de las firmas impresas en los títulos, con las que estampen (en presencia del Notario autorizante) el administrador o los administradores firmantes del título; formalizada el acta e inscrita en el Registro Mercantil, podía la sociedad emisora poner en circulación los títulos representativos de las acciones.

La nueva Ley, en línea con lo dispuesto en su día por el Decreto citado anteriormente, admite que la firma por los administradores del título lo sea mediante reproducción mecánica de la misma, exigiendo en tales casos idénticos requisitos y formalidades que el Decreto de 1958 cuyo texto, prácticamente, se incluye en el nuevo texto legal.

ticas menciones mínimas, en lo que les sea aplicable, a las ya comentadas al tratar de las acciones representadas mediante títulos.

En cualquier caso, el propio funcionamiento de este sistema de representación exige que la anotación como tal deberá ser nominativa, en el sentido de que habrá de figurar a nombre de una persona concreta cuyos datos deberán quedar perfectamente identificados en el correspondiente registro contable.

d) *Transmisión de acciones*

La regulación que, sobre transmisión de acciones, se contiene en la nueva Ley, se refiere de manera exclusiva a las acciones representadas mediante títulos.

En lo que respecta a las acciones para las que se haya adoptado el sistema de anotación en cuenta, la Ley no contiene regla alguna, salvo la remisión genérica en cuanto a que tales acciones (y por tanto el régimen legal aplicable a la transmisión de las mismas) se regirá por lo dispuesto en la normativa reguladora del mercado de valores.

d.1) Acciones representadas por títulos

Transmisiones anteriores a la inscripción de la sociedad

No es posible realizar transmisión alguna de las acciones antes de que se realice la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil (98).

Transmisiones anteriores a la impresión y entrega de los títulos

El artículo 56 de la nueva Ley prevé que mientras no se hayan impreso y entregado los títulos, la transmisión de acciones procederá de acuerdo con las normas sobre la cesión de créditos y demás derechos incorporeales (arts. 1.526 y sigs. del Código Civil) (99).

(98) A este respecto el artículo 62 del Texto Refundido recoge (y amplía a otros supuestos) lo que ya se establecía en el ahora derogado artículo 14, y señala que hasta la inscripción de la sociedad o, en su caso, del acuerdo de aumento de capital social en el Registro Mercantil, no podrán entregarse ni transmitirse las acciones.

(99) En lo que concierne a las normas sobre cesión de créditos y demás derechos incorporeales, habrá que entenderlas referidas a lo dispuesto en los artículos 1.526 y sigs. del Código Civil. En el caso de que se trate de acciones nominativas debe tenerse en cuenta, adicionalmente, que los administradores, una vez que resulte acreditada la transmisión, habrán de inscribirla de inmediato en el libro registro de acciones nominativas.

Transmisiones posteriores a la impresión y entrega de los títulos (100)

Si las acciones son al portador, su transmisión se sujetará a lo dispuesto en el artículo 545 del Código de Comercio, según el cual (y de acuerdo con la nueva redacción dada al mismo por la Ley del Mercado de Valores), los títulos al portador son transmisibles por la tradición (entrega) del documento. Si las acciones son nominativas, además de su posible transmisión conforme al artículo 545 del Código de Comercio, la Ley de Sociedades Anónimas permite su transmisión mediante endoso (101).

d.2) Acciones representadas por anotaciones en cuenta (102)

Son aplicables idénticos comentarios a los expuestos para el caso de acciones representadas mediante títulos, la tradición se sustituye por la transferencia contable.

(100) Intervención de la Transmisión: El Decreto de 19 de septiembre de 1936 prohibía la transmisión de toda clase de valores públicos, mercantiles o industriales, sin la intervención de Agente Colegiado, Corredor o Notario público. Este sistema se ha visto modificado por la nueva Ley del Mercado de Valores que, en su Disposición Adicional tercera establece que a partir de la entrada en vigor de los preceptos de dicha Ley referentes a las Bolsas de Valores (entrada en vigor que se produjo el 29 de julio de 1989), la suscripción o transmisión de valores sólo requerirá, para su validez, la intervención de fedatario público cuando tales valores estén representados mediante títulos al portador y la suscripción o transmisión de los mismos no se efectúe con la participación o mediación de una Sociedad o Agencia de Valores. En consecuencia, el régimen legal de intervención en la transmisión de acciones representadas por medio de títulos queda configurado en la actualidad del siguiente modo, según que las mismas coticen o no en una Bolsa de Valores: *a)* Acciones al portador con cotización: será necesaria la participación o mediación de una Sociedad o Agencia de Valores. *b)* Acciones al portador sin cotización: será necesaria, a opción de los transmitentes, bien la participación o mediación de una Sociedad o Agencia de Valores o bien, en su defecto, la intervención de un fedatario público. *c)* Acciones nominativas con cotización: es precisa la participación o mediación de una Sociedad o Agencia de Valores. *d)* Acciones nominativas sin cotización: no es necesaria, para la validez de la transmisión, la intervención de Sociedad o Agencia de Valores ni de fedatario público.

(101) En cuyo caso se aplicaría (en la medida en que sean compatibles con la naturaleza del título) los artículos 15, 16, 19 y 20 de la Ley Cambiaria y del Cheque. Frente a la sociedad, y a efectos de inscribir la transmisión en el correspondiente libro registro de acciones nominativas, habrá de acreditarse aquélla mediante la exhibición del título. Los administradores de la sociedad, una vez comprobada la regularidad de la cadena de endosos, procederán a inscribir la transmisión en dicho libro registro.

(102) Transmisiones anteriores a la inscripción de la sociedad. Son aplicables idénticos comentarios a los expuestos para el caso de acciones representadas mediante títulos. Por consiguiente, no es posible realizar transmisión alguna de las acciones representadas mediante anotaciones en cuenta antes de que tenga lugar la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil. Transmisiones anteriores a la inscripción de la anotación en cuenta.

e) *Restricciones a la libre transmisibilidad*

Los artículos 63 a 65 del Texto Refundido desarrollan el régimen legal de las posibles restricciones que podrán establecerse a la libre transmisibilidad de las acciones.

A pesar de que, tal como ya se indicó en su momento, la Ley del Mercado de Valores establece que las acciones se constituirán como tales valores en virtud de su inscripción en el correspondiente registro contable, y pese a que no se contiene para las acciones representadas mediante anotaciones en cuenta (ni en la nueva Ley de Sociedades Anónimas, ni en la Ley 24/1988) un precepto similar al del artículo 56 del Texto Refundido, entendemos que será aplicable también en este caso, y que la transmisión de las acciones cuya inscripción en el registro contable no se ha producido todavía, procederá de acuerdo con las normas sobre la cesión de derechos incorporales contenidos en los artículos 1.526 y sigs. del Código Civil. Transmisiones posteriores a la inscripción en el Registro Contable. Intervención de la transmisión. De acuerdo con el marco configurado por la Ley del Mercado de Valores, y como requisito para la plena validez de la transmisión de acciones representadas mediante anotaciones en cuenta, será necesaria la participación o mediación de una Sociedad o Agencia de Valores, y ello tanto si las acciones cotizan o no en una Bolsa de Valores. Una vez realizada su inscripción, la transmisión de las acciones tendrá lugar por transferencia contable. A este respecto la Ley del Mercado de Valores en su artículo 9 establece que la transmisión de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta tendrá lugar por transferencia contable. Este precepto es plenamente aplicable a las acciones representadas mediante anotaciones en cuenta respecto de las cuales, por tanto, no se producirá mientras no se registre la transferencia contable de las mismas. En relación con este tema pueden hacerse, adicionalmente, las siguientes consideraciones:

1. La Ley del Mercado de Valores señala que la inscripción de la transmisión a favor del adquirente producirá los mismos efectos que la tradición (entrega) de los títulos.

2. El tercero que adquiere, a título oneroso, acciones representadas por medio de anotaciones en cuenta de persona que, según los asientos del registro contable, aparezca legitimada para transmitir las acciones, no estará sujeto a reivindicación, a no ser que en el momento de la adquisición haya obrado de mala fe o con culpa grave.

3. La legitimación de la titularidad de las acciones representadas por el sistema de anotaciones en cuenta podrá acreditarse mediante la exhibición de certificados expedidos por las entidades encargadas de los registros contables de conformidad con sus asientos. Estos certificados no son en sí mismos títulos valores, sino que tienen una función puramente legitimadora de la titularidad del transmitente. No es posible, por tanto, realizar transmisión alguna de tales certificados. En realidad, la posesión física de un certificado de este tipo no es, tal y como el mismo se regula en la Ley, un requisito esencial para poder transmitir las acciones. El certificado es, simplemente, un documento físico que acredita la titularidad de las acciones y facilita el ejercicio de los derechos inherentes a las mismas.

4. Reglamentariamente se determina el contenido y régimen legal de los certificados, la Ley establece que no podrá expedirse, para las mismas acciones y para el ejercicio de los mismos derechos, más de un certificado. Del mismo modo se prevé que, en el caso de que el transmitente de las acciones hubiese pedido y obtenido un certificado, las entidades encargadas de los registros contables no darán curso a la transmisión, ni practicarán las correspondientes inscripciones si el transmitente no ha restituido previamente los certificados expedidos a su favor (salvo que antes de proceder a su restitución, el certificado hubiese quedado privado de valor, por ejemplo, por haber expirado su período temporal de validez).

No podrán establecerse restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones al portador. En el caso de acciones nominativas la regla general es la de que su transmisión será libre. Podrán, sin embargo, establecerse restricciones a su libre transmisibilidad, pero estas restricciones sólo serán válidas frente a la sociedad si están expresamente impuestas por los estatutos, correspondiendo la autorización a los administradores de la sociedad. En cualquier caso, la Ley señala que serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intranmisibile la acción. Surge en este punto la duda, dados los términos que utiliza la Ley (pues se refiere a acciones nominativas), de si este tipo de restricciones pueden establecerse también en relación con acciones representadas mediante anotaciones en cuenta. Pensamos que la respuesta debe ser afirmativa, dado que en este caso, aun cuando no exista propiamente una acción nominativa, la anotación como tal deberá cumplir con el requisito de la nominatividad.

Restricciones en la transmisión por causa de muerte

Las limitaciones de la transmisión por causa de muerte son objeto de especial atención en el artículo 64 LSA, admitiéndose solamente las establecidas en los estatutos con el contenido legal y sobre acciones nominativas: No cabe, como es lógico, la prohibición de la transmisión, digan lo que digan los estatutos, los herederos adquieren las acciones y se convierten en socios, aunque sea con carácter temporal, si después son privados de ellas por el ejercicio de un derecho preferente. Si las acciones están legadas específicamente o atribuidas a un heredero, será éste el que adquiera la condición de socio; si no es así, y hay varios herederos, surgirá una situación de comunidad hereditaria, en la que todos serán socios, pero en los términos del artículo 66 LSA, con responsabilidad solidaria y con necesidad de una sola representación. Entendemos que también en este punto deberá considerarse que, transcurrido el plazo de dos meses desde que se solicitó la inscripción en el libro registro de acciones nominativas sin que la sociedad hubiese presentado al heredero un nuevo adquirente o sin haberse ofrecido aquélla a adquirir las acciones, desaparece cualquier posible causa de rechazo a la inscripción de las acciones a favor del heredero.

De esta adquisición de la cualidad de socio resulta que el heredero lo es desde la muerte del causante, y puede ejercitar todos los derechos derivados de esa cualidad, asistencia a las juntas, cobro de dividendos, etc. Y sigue teniéndola, indefinidamente si los estatutos (103) no limitan la transmisión

(103) Lo que sí se puede hacer, cuando el socio difunto era tan importante para la sociedad que ésta no puede continuar sin él, es establecer su muerte como causa de disolución; esto es perfectamente posible al amparo del artículo 260 LSA, según el cual la sociedad anónima se disolverá (...) por cualquier otra causa establecida en los estatutos.

por causa de muerte o si transcurre el plazo de las limitaciones estatutarias, o condicionalmente, hasta que se produzca la «expropiación» por el adquirente alternativo ofrecido por la sociedad.

Las limitaciones a la transmisión por causa de muerte pueden establecerse cualesquiera que sean los herederos; pero caben cláusulas condicionales que pueden ser útiles en sociedades personalistas o de trabajo de los socios, en las que la limitación sólo se diera frente a herederos extraños, frente a los que no reúnan ciertas cualidades, frente a la partición de las acciones entre dos o más personas; o, a la inversa, cláusulas que excluyan la limitación si las acciones se adjudican a un heredero determinado, con ciertas cualidades o preparación, hijos, etc.

La limitación puede consistir en un derecho de adquisición preferente o «expropiación privada»; debe establecerse en los estatutos expresamente, ya que, según el artículo 64 LSA, las restricciones estatutarias a la transmisibilidad de las acciones sólo serán aplicables a las adquisiciones por causa de muerte cuando así lo establezcan expresamente los propios estatutos. Y la eficacia de la cláusula (104) exigiría que estuviese establecida antes del fallecimiento del socio, pues la establecida después necesitaría del consentimiento de sus herederos, porque son socios, como se ha visto, y porque se les imponen nuevas obligaciones (art. 145 LSA).

El derecho será de adquirir las acciones del socio fallecido, es decir, de todas las acciones; sin que quepa una adquisición parcial ni una previsión estatutaria de adquisición parcial (como resulta del artículo 123.5 RRM, aunque éste parezca referirse a las transmisiones entre vivos).

Se entenderá como valor real el que determine el auditor de cuentas de la sociedad y si ésta no estuviera obligada a la verificación de las cuentas anuales, el auditor que, a solicitud de cualquier interesado, nombre el Registrador Mercantil del domicilio social (105).

(104) No se trata de una cláusula cualquiera de adquisición, como las vistas en las transmisiones *entre vivos*; sino que ha de consistir precisamente en una adquisición por un tercero alternativo: para rechazar la inscripción de la transmisión en el libro registro de acciones nominativas, la sociedad deberá presentar al heredero un adquirente de las acciones u ofrecerse a adquirirlas ella misma por su valor real en el momento en que se solicitó la inscripción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 75 (que establece especiales requisitos para la adquisición por la sociedad de acciones propias).

(105) Esta norma de fijación del valor para las transmisiones por causa de muerte es imperativa y no admite variantes estatutarias, a diferencia de lo que ocurre con las transmisiones *entre vivos* y quedando a salvo, por supuesto, el convenio al que puedan llegar, en el caso concreto, la sociedad y el heredero del socio fallecido.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta para la fijación del valor real, la necesaria revalorización de los elementos patrimoniales inscritos en el balance y afloración del valor de elementos inmateriales no contabilizados. Pero, además, ese concepto de valor real en el momento en que se solicitó la inscripción implica, como en la colación, la

Pero no parece que la sociedad tenga que esperar a recibir la notificación de los herederos; debe permitirse que se adelante a los acontecimientos y ejercite su derecho de designar un adquirente o de adquirir ella misma cuando conozca por cualquier medio el fallecimiento de un socio.

El precio se pagará al contado; o sea, en el momento de formalizarse la transmisión; los socios no pueden pretender un aplazamiento, sin perjuicio de que éste pueda acordarse voluntariamente por las dos partes; si no se paga en el plazo de ejercicio del derecho, éste caduca; salvo que la falta de pago y de formalización se deba a resistencia de los herederos del socio fallecido.

La cláusula de limitación requiere, como en transmisión entre vivos, la fijación de un plazo para la decisión social y para el pago de las acciones; uno y otro fijados con unos límites razonables en los mismos términos vistos anteriormente.

SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

a) *Participaciones sociales*

En la Sociedad de Responsabilidad Limitada, el capital social estará dividido en participaciones sociales (106) indivisibles y acumulables que no tendrán el carácter de valores, no podrán estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones (arts. 1 y 5 de la LSRL).

No son, por tanto, de aplicación a las participaciones las disposiciones que se refieren a los títulos valores. La condición de socio no queda vinculada por tanto a la posesión de un título, sino al documento público de adquisición (arts. 11, 12 y 26.1). Queda prohibido expresamente que las participaciones sociales se denominen acciones.

Las participaciones son indivisibles y acumulables. El artículo 5.1 LSRL suprime la exigencia de la igualdad de las participaciones, las participaciones pueden atribuir diversos derechos o diversas intensidades de los mismos: pueden ser desiguales o distintas.

valoración con arreglo a esa fecha, de manera que el aumento o la pérdida de valor desde el fallecimiento del causante correrá a beneficio o riesgo del heredero.

(106) BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, BARBA DE VEGA, en su obra *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998, en la página 88 nos señalan: «Las participaciones sociales pueden considerarse como cuotas ideales con un valor nominal que se corresponde con una parte del capital social, que atribuyen a sus titulares la condición de socios con los derechos específicamente establecidos para cada una de tales cuotas, las cuales siendo acumulables e indivisibles, no tienen el carácter de valores, no pueden representarse por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones».

Todo esto que señalamos tiene una consecuencia clara en materia de inventario desde el punto de vista conceptual. Las participaciones del causante en una Sociedad Limitada deberán ser inventariadas no en el número del 1.066 de la LEC, dedicado a los «efectos públicos y títulos valores», sino en el epígrafe «Derechos y acciones», ya que las mismas pueden ser conceptuadas como un derecho del causante. Por supuesto no quiere decir esto que si así no se hiciera, el inventario fuese nulo, ya hemos señalado el carácter dispositivo de este precepto, no obstante como en la práctica diaria judicial y extrajudicial, el orden que marca el artículo 1.066 de la LEC, es el que se sigue para confeccionar los inventarios, no sólo en los procesos sucesorios sino en las liquidaciones por extinción de las sociedades de gananciales, sociedades civiles, etc., ello hace que sostengamos que el mismo deba ser depurado al máximo, determinando con la mayor exactitud cómo y dónde deben ser inventariados los bienes.

El hecho de que estudiemos las Sociedades Limitadas en esta parte del trabajo obedece a no romper el hilo temático que se está tratando, pero con la salvedad que hemos comentado.

b) *Régimen general de transmisión de participaciones* (107)

Con arreglo a nuestro sistema, la transmisión de la propiedad sobre las participaciones requiere para su plena eficacia —frente a las partes en el negocio, frente a la sociedad y frente a todo tercero— la presencia de: *a)* Una causa jurídica hábil (o negocio causal antecedente que sea hábil para producir la transmisión dominical); *b)* Una forma idónea (la «documentación de las transmisiones»), y *c)* La inscripción en el Registro de socios (108).

(107) La sección 1 de este capítulo IV, bajo la rúbrica «Disposiciones generales» contiene, en sus artículos 26 a 28, la regulación básica de la ley de circulación de las participaciones.

(108) Evidentemente, la Ley no regula los diversos negocios idóneos para transmitir las participaciones, porque la compraventa, permuta, sucesión, etc... están cada una sujetas a las reglas generales y particulares, civiles y mercantiles aplicables en cada caso. Lo que es cierto es que nuestro sistema es causal y no cabiendo la abstracción absoluta, la transmisión no es válida sin causa, verdadera y lícita. La falta de expresión de la causa no significa su inexistencia cuando se pruebe responde la transmisión a una causa existente y lícita (arts. 1.274 y sigs. del Código Civil). La circulación de las participaciones plantea problemas dispares según las diferentes causas de la transmisión. Tratándose de transmisión forzosa de las participaciones, es obvio que la Ley no podía hacerla imposible porque juega aquí el interés público. Sería contrario a nuestro Derecho una regla de inembargabilidad: ni siquiera la cláusula estatutaria de prohibición radical tolerada en el artículo 30 de la Ley puede afectar a las forzosas conforme a la doctrina científica civil en sede de prohibiciones voluntarias de transmitir. La ley se limita a establecer un régimen especial en el artículo 31. Cuando de la transmisión *mortis causa* se trata, es igual-

c) *Transmisiones mortis causa*

El artículo 32 comienza reconociendo el principio —disponible estatutariamente— de la libertad de la transmisión *mortis causa*: la adquisición de alguna participación social por sucesión hereditaria confiere, en principio, al heredero o legatario la condición de socio (art. 32.1 de la Ley).

La libre transmisibilidad permite excepciones: es posible que estatutariamente se establezca otro régimen distinto del legal. La sola excepción estatutaria a la libre transmisibilidad *mortis causa*, contemplada en la Ley, es la consistente en el pacto de un derecho de adquisición preferente a favor de los socios sobrevivientes por valor real fijado por auditor ex artículo 32.2 en relación al artículo 99 de la Ley; señala el párrafo segundo del artículo 32: «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los estatutos podrán establecer a favor de los socios sobrevivientes un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido, apreciadas en el valor real que tuvieron el día del fallecimiento del socio, cuyo precio se pagará al contado. La valoración se regirá por lo dispuesto en el artículo 99 y el derecho de adquisición habrá de ejercitarse en el plazo máximo de tres meses a contar desde la comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria».

mente obvio que la restricción de la transmisibilidad no puede impedir el curso de la naturaleza (fallecimiento del titular): también para las transmisiones *mortis causa* existe una regla especial en el artículo 32. El problema de la transmisibilidad, pues, se centra en las transmisiones voluntarias e *inter vivos*. A nuestros efectos, y teniendo en cuenta que la legislación dispone para cada categoría, de espacios normativos diversos, es relevante la distinción entre causas jurídicas de: 1. Transmisiones *inter vivos* y voluntarias (arts. 29 y 30: la compraventa es la causa prototípica, pero también existen otros negocios: los gratuitos y aquellos cuya contraprestación no consiste en precio); 2. Transmisiones *mortis causa* (art. 31: por herencia o legado u otra disposición *mortis causa*), y 3. Transmisiones forzosas (art. 32: judiciales, administrativas o por ante fedatario público). El negocio de transmisión no es esencialmente formal. La forma no es *ad substantiam*, conforme a nuestro sistema general de libertad de forma (art. 1.278 y sigs. del Código Civil, art. 51 del Código de Comercio) y nuestra mejor doctrina. Así hay que interpretar la ambigua declaración normativa del artículo 26.1, según el cual la transmisión de las participaciones sociales, así como la constitución de derechos reales sobre las mismas deberán constar en documento público. Esto quiere decir que el negocio de transmisión puede producir efecto y es válido entre las partes aunque no se documente (celebración verbal, incluso tácita) o aunque no se documente de manera auténtica (documento privado de transmisión). Sin embargo, sin estos requisitos de forma pública, la transmisión no produce efectos frente a terceros o frente a la sociedad (para lo cual además necesita de la inscripción en el libro registro: la forma pública es otra vez vehículo necesario para la inscripción registral). Las partes pueden recíprocamente compelerse a elevar a público el documento privado ex artículo 1.279 del Código Civil. El artículo 20 *in fine* de la Ley de Limitadas de 1953, decía: «la transmisión de participaciones sociales se formalizará en escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil». Obsérvese que la escritura pública —y no la póliza del corredor— era título hábil para la inscripción, también de conformidad con el principio mercantil registral de titulación pública (ahora del art. 5 RRM interpretado a la luz de nuestra jurisprudencia registral).

El artículo transcrito nos sugiere algunos comentarios:

1. Para empezar es oportuno señalar que el artículo 32.2 de la Ley nueva se inspira en el artículo 21.2 de la vieja ley: sistema de preferente adquisición en favor de todos los socios supervivientes.

2. Aunque nada se diga, por omisión, el derecho corresponde a todos los socios sobrevivientes a prorrata de su respectiva participación, por analogía con lo establecido en el artículo 31 y en el artículo 29 y ya antes, el viejo artículo 21.2 de la Ley 1953.

Obsérvese que si se pacta ese derecho de preferente adquisición entre los sobrevivientes no será libre la transmisión entre socios o en favor de hijos, cónyuge y descendientes a menos que se estipule así expresamente.

3. Entiendo que la cláusula estatutaria que se limitará a una simple remisión al artículo 32.2 de la Ley es suficientemente completa: los administradores de la sociedad deben comunicar el fallecimiento del consocio a todos los demás socios supervivientes para que ejerciten el derecho de adquisición en el plazo que resta hasta tres meses a contar desde la comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria.

4. Se introducen tres mejoras fundamentales, todas ellas en garantía del derecho de los sucesores:

- a) En cuanto al precio de adquisición: será el valor real fijado por auditor, sistema ya seguido en el artículo 64 LSA y mucho mejor que el obsoleto de la vieja ley (tres peritos nombrados uno por cada parte y un tercero de común acuerdo o por el juez).
- b) En cuanto al plazo de ejercicio del derecho de preferente adquisición: se fija en tres meses en garantía del derecho de los sucesores.
- c) Se establece que la modalidad de pago es al contado.

5. Me inclino por entender que son posibles otras cláusulas de preferente adquisición distintas de la legal, siempre que se respeten las garantías mínimas establecidas a favor de los sucesores ya examinadas. En particular, y habida cuenta de la identidad de plazos entre el establecido en el artículo 32.2 y el 29.f) de la ley, es perfectamente posible trasladar *mutatis mutandis* (no hay precio ofrecido, evidentemente) la cláusula típica de las voluntarias *inter vivos* a las transmisiones *mortis causa* para establecer un sistema mixto de consentimiento/preferente adquisición.

6. Son posibles otros pactos estatutarios con ocasión del fallecimiento de algún socio, como son el de reconocimiento del derecho de separación del sucesor ex artículo 95 en sede de «causas estatutarias de separación», o el consistente en pactar la disolución de la sociedad por fallecimiento de alguno/s o de todos los socios ex artículo 103.1.g) de la Ley y de conformidad con la jurisprudencia (un sistema tal aproxi-

ma más aún la limitada a las personalistas: vid. art. 222.1 del Código de Comercio).

7. En cuanto a la suerte de las participaciones en caso de fallecimiento del obligado a prestaciones accesorias, es obvio decir que no resultará aplicable el régimen de consentimiento del artículo 24 que sólo se aplica a las voluntarias *inter vivos*. En caso de prestación vinculada a la participación (art. 22.2 de la Ley), el adquirente sucederá en la obligación; en caso de obligación personal se estará a las reglas de las obligaciones y de las sucesiones (se extinguen las obligaciones personalísimas).

8. La cláusula no puede encubrir un pacto sucesorio prohibido. Téngase en cuenta, como señala BERCOVITZ, que las normas señaladas tienen carácter imperativo, en el sentido de que si los estatutos quieren limitar la transmisión *mortis causa* de las participaciones, tienen que recoger necesariamente el sistema previsto en el número segundo del artículo 32 de la LSRL, cuyo contenido tendrán que respetar en todo caso (109).

5. SEMOVIENTES: NOCIÓN Y CLASES

Son los bienes capaces de transportarse de un lugar a otro por un impulso propio (animales, seres dotados de vida, sensibilidad y movimiento). Los semovientes se determinarán por el número de cabezas, cuando constituyan rebaños, piaras, yeguas o vacadas y cuando se trate de animales que no deban determinarse por el número de cabezas, se darán a conocer por su edad, alzada, pelo y demás señales que sirvan para distinguirlos de otro.

De los colmenares se recogerá el número de colmenas ocupadas y de los palomares y pajareras, el número de pares calculado aproximadamente según su magnitud. Las colmenas y palomares se inventariarán como inmuebles en el grupo séptimo, así como los viveros de animales, los estanques de peces y otros criaderos análogos, cuando formen parte de una finca de un modo permanente.

Señalar que la persona que realice el inventario deberá conocer qué carácter tienen los animales, si son salvajes domésticos o domesticados y el régimen jurídico de los mismos. En cuanto a los animales podemos llegar a algunas conclusiones:

- a) *Noción*.—*Doméstico* es el animal que pertenece a una especie que, en nuestras latitudes, vive ya ordinariamente bajo el dominio del hombre porque dicha especie, mediante un proceso histórico de domesticación o de simbiosis biológica, ha llegado a ser dependiente de los cuidados humanos. *Salvaje*, por contraposición, es el animal que

(109) BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, BARBA DE VEGA, en su obra *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 185.

pertenece a una especie que, en nuestras latitudes, vive normalmente libre del señorío humano. Animal *domesticado* es aquel que, pese a pertenecer a una especie de animales salvajes, se ha acostumbrado al hombre, y por el hombre ha sido domeñado mediante una actuación sobre el instinto del animal. Esto es, el animal domesticado ha adquirido la costumbre de regresar a un paradero (*consuetudo revertendi*). Un animal es salvaje o doméstico por la especie a la que pertenece, con independencia de sus concretas cualidades. No es posible que un animal doméstico se convierta en salvaje ni viceversa. Por lo tanto, la distinción entre animales salvajes y domésticos se basa en criterios histórico-biológicos.

- b) *Propiedad de los animales domésticos*.—Se rigen por las mismas reglas que la de las cosas muebles inanimadas. Serán cosas sin dueño objeto de la ocupación (110), si no la han tenido nunca, o si sus propietarios los han derelinquido. La derelicción quedará frustrada si el animal conserva la costumbre de volver a su lugar. El animal doméstico no deviene carente de dueño por haberse perdido o escapado, ni aunque pierda la costumbre de volver (*consuetudo revertendi*) ni, incluso, aunque haya llegado a la posesión de un tercero que lo haya acostumbrado a él. El que recoge un animal doméstico debe actuar en los términos del artículo 615.1 del Código Civil (111).
- c) *Propiedad de los animales salvajes*.—Los animales salvajes (112), mientras se encuentran en libertad, son cosas sin dueño, objeto de

(110) El artículo 610 señala que «se adquieren por ocupación los bienes apropiados por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y pesca, del tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas». Por lo tanto, los requisitos de la ocupación son los siguientes: Que el adquirente tome posesión de la cosa de forma apropiada a su naturaleza; que el adquirente tenga capacidad de discernimiento, si exigirle capacidad negocial y ello porque el acto ad aprehensión no es un negocio jurídico sino un acto unilateral; que el adquirente tenga la intención de adquirir la cosa; que las cosas sean apropiables por su naturaleza; que las cosas no tengan dueño.

(111) El artículo 615 del Código Civil señala en su párrafo primero que «el que se encontrare una cosa mueble, que no sea tesoro, debe restituirla a su anterior poseedor. Si éste no fuere conocido, deberá consignarla inmediatamente en poder del Alcalde del pueblo donde se hubiese verificado el hallazgo».

(112) Establece la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de fecha 5 de febrero de 2001. Ponente: DOMINGO BRAVO GUTIÉRREZ, analizando el concepto de animales feroces a incluir en el artículo 631 del Código Penal en su Fundamento de Derecho cuarto, lo siguiente: «Es cierto que en la interpretación del artículo 631 hay diversidad de criterios tanto en su propio campo de conductas y de resultado como en la conceptualización de animales que se incluyen o se deben incluir en su tipo, de entrada hay que señalar que el “término animales” viene calificado de forma disyuntiva, no copulativa, con los dos adjetivos que incorpora el tipo, así se utiliza por el legislador los calificativos de feroces o dañinos, por tanto si excluimos ya de entrada que cabras y ovejas no pueden entrar en el primer concepto de animales feroces, pues, evidentemente no lo son, no tienen facultades

posible ocupación. Una vez ocupado, pasará a la propiedad del ocupante, volviendo a ser *res nullius*, sólo cuando el dueño lo derelinquiere válidamente. Si se escapare sólo quedaría sin dueño, si éste no lo persigue o deja de perseguirlo. Por persecución debemos entender toda medida conducente a la recuperación del animal, ya sea la persecución física o un anuncio en la prensa.

- d) *Régimen jurídico de los animales domesticados*.—Mientras un animal domesticado o amansado conserva esta condición, su régimen jurídico es similar al de los animales domésticos: a falta de válida derelicción de su propietario, el animal domesticado no deviene sin dueño y el que se lo encontrare deberá actuar en los términos del artículo 615.1 del Código. El supuesto contemplado por el artículo 612.3 del Código es el del animal domesticado que es apresado cuando vagaba libremente por alguien que de buena fe los cree salvaje. En tal caso, el ocupante adquirirá su propiedad si lo posee civilmente durante veinte días, sin que el dueño lo reclame, es decir, sin que el ocupante conozca la reclamación y la voluntad del dueño de recuperar su animal. Jurídicamente se trata de un supuesto de ocupación, no de una usucapión abreviada. Si el animal domesticado pierde su mansedumbre y recupera su instinto salvaje, se convierte en un animal salvaje a todos los efectos legales. Es decir, se convierte en cosa sin dueño y puede ser objeto de ocupación.

El artículo 611 establece que: «El derecho de caza y pesca se rige por leyes especiales». El conocimiento de la regulación sobre la materia es importante para la persona que efectúa el inventario ya que, tratándose de inmuebles rústicos, pueden los mismos formar parte de un coto o aprovechamiento cinegético, debiendo reflejarse tal circunstancia en el inventario, ya que ello conlleva derechos y obligaciones para el heredero o heredero adjudicatarios.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 148.1.11 (113) y 149.1.19 (114) de la Constitución Española, y en los Estatutos de Autonomía de la Comunidades Autónomas:

para ello, la duda sobre si pueden entrar en el de daños creemos que puede ser resuelto en sentido afirmativo, la experiencia nos enseña que un rebaño de dichos animales tanto por las pisadas como por el mero pastoreo, pueden causar daño, es decir, desmerecimiento en las fincas, sus cultivos, arbolado o simplemente a los pastos que están destinados a servir de alimento a otros animales, pues, evidentemente, los consumen, eliminándolas».

(113) Artículo 148.1.11 de la Constitución Española: «Artículo 148.1. Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: ... 11.^a La pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura, la caza y la pesca fluvial».

(114) Artículo 149.1.19: «Artículo 149.1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... 19.^a Pesca marítima, sin perjuicio de las competencias que en la ordenación del sector se atribuyan a las Comunidades Autónomas».

- Todas las Comunidades Autónomas tienen competencia exclusiva en materia de caza, de pesca y acuicultura en aguas continentales. Y aquellas cuyo territorio linda con el mar en materia de marisqueo, acuicultura y pesca en aguas interiores (115).
- El Estado tiene competencia exclusiva en materia de pesca marítima, sin perjuicio de la competencia autonómica en estas cuestiones, y sin olvidarnos que cuando se trata de pesca en otros países, la competencia es de la Comunidad Económica Europea.

El artículo 612 (116) y el artículo 613 (117) del Código Civil establecen unas normas especiales que no comentamos por exceder del campo de nuestra materia objeto de estudio. Por último, en materia de responsabilidad por vicios se establece que el momento para calificar los posibles vicios de los animales es el de la perfección del contrato, no el de la entrega de las cosas vendidas, esto debe conocerlo el que haga el inventario de cara a recoger en el pasivo del inventario, las responsabilidades de los herederos (118).

(115) Enumerar la legislación autonómica en materia sería excesivo para la finalidad de nuestro estudio. Destaquemos dos leyes, a modo de ejemplo: 1. *Ley de Caza de Asturias*, de 6 de junio de 1989. Consta de 52 artículos, 2 Disposiciones Adicionales, 3 Transitorias, 2 Derogatorias y 3 Finales. Destaca el título sexto, relativo a infracciones y sanciones, en el que se señalan hasta 63 tipos de sanciones. Se dividen los terrenos en el de aprovechamiento cinegético común y especial. 2. *Ley de Caza de Extremadura*, de 21 de diciembre de 1990.

(116) Señala el 612 que: «El propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho a perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de éste el daño causado. Si estuviere cercado, necesitará el consentimiento del dueño para penetrar en él. / Cuando el propietario no haya perseguido, o cese de perseguir el enjambre dos días consecutivos, podrá el poseedor ocuparlo o retenerlo. / El propietario de animales amansados podrá también reclamarlos dentro de veinte días, a contar desde su ocupación por otro. Pasado este término, pertenecerá al que los haya cogido y conservado».

(117) El artículo 613 establece que «las palomas, conejos y peces, que de su respectivo criadero pasaren a otro perteneciente a distinto dueño, serán de propiedad de éste, siempre que no hayan sido atraídos por medio de algún artificio o fraude».

(118) Así lo entiende la jurisprudencia del Tribunal Supremo que señala que: Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 1991. Ponente: FRANCISCO-JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI. *RJA* 1991/9800. «Y, finalmente, porque, aunque se aceptara, asimismo a efectos dialécticos, que las aves adquiridas presentaban a su entrega síntomas patológicos tales que hiciera en ese instante predecible una inferior producción de huevos, no podría olvidarse que el momento decisivo para la calificación del vicio como oculto o aparente es el de la conclusión o perfección del contrato y no el de la entrega de las cosas vendidas, de suerte que en los casos, como el de autos, en que —todo indica fue así— la compraventa se concluyó unos días antes de la entrega de los animales, tras examinarlos el comprador en la granja que los criaba (pregs. 14, señor J. Y 19, señor R. y posic. 3.ª y 4.ª, señor L.), no bastaría para denegar el saneamiento instado que constara la perceptibilidad del vicio en el momento de la entrega, sino que, supuesta la preexistencia del mismo al decisivo instante de la conclusión del contrato, preexistencia que —no obstante las alusiones a la recepción— debe considerarse sobreentendida en el reconoci-

6. FRUTOS: NOCIÓN Y CLASES

Concepto de frutos

Nuestro Código Civil no da un concepto de frutos, pero de la misma trilogía del artículo 355 y de otros muchos preceptos legales (arts. 451, 452, 455, 469, 486, 524, 527, 651, 654, 1.095, 1.295, 1.303, 1.307, 1.385,

miento del vicio redhibitorio por la sentencia de instancia y no ha sido en forma alguna cuestionada en el recurso, habría debido constar su perceptibilidad al tiempo de concertar ambas partes la operación mediante la formalización, aun verbal, del oportuno pedido, lo que ni siquiera se afirma por la recurrente en el desarrollo del motivo que nos ocupa.

CUARTO.—Prescripción de la acción estimatoria o *quantii minoris* por vicios ocultos en los animales. La sentencia de apelación pese a considerar, como la de primera instancia, opuesta a la reclamación actora la procedencia de la rebaja en el precio propia de la acción estimatoria o *quantii minoris*, se separa del criterio sustentado por el Juzgador *a quo* en lo relativo a la vigencia de esta pretensión, al entenderla sujeta no a los plazos de caducidad establecidos en los artículos 342 del Código de Comercio —30 días— o 1.499 del Código Civil —40 días— ampliamente superados cuando la presente litis se planteó, sino al más largo plazo de prescripción del año previsto con carácter general para las acciones *quantii minoris* en la Ley 35 del Fuero Nuevo, plazo que no había expirado al tiempo de deducirse aquella oposición. Pues bien, la vendedora recurrente no hace en la motivación de su recurso cuestión del efectivo y regular ejercicio en este proceso de la facultad que las Leyes confieren al comprador para instar una rebaja en el precio del contrato, limitándose a impugnar el sometimiento de dicha facultad al plazo prescriptivo anual establecido en la Ley 35 de la Compilación del Derecho Civil de Navarra para la acción estimatoria, denunciando en el tercer motivo de casación, amparado, como los anteriores, en el artículo 1.692-5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción por inaplicación del artículo 1.499 del Código Civil. Mantiene en síntesis la recurrente que, por su especificidad, son en Navarra de prioritaria aplicación al saneamiento por vicios ocultos en los animales las normas del Código Civil contenidas en los artículos 1.493 y sigs.; y, en particular, la del artículo 1.499 que sujeta la acción estimatoria al mismo plazo establecido para la redhibitoria que, sea el de cuarenta días prevenido en el artículo 1.496 del Código Civil o el de seis meses establecido en la Ley 35 del Fuero Nuevo, había expirado cuando la rebaja del precio se postuló judicialmente. Dados los términos con que la impugnación se plantea, obligado es recordar que en el ordenamiento civil navarro la aplicación del Código Civil y demás Leyes del Estado o “Leyes generales de España” se rige no por el principio de “especialidad” sino por el de “supletoriedad” que proclaman la Ley 6 del Fuero Nuevo y el artículo 13.2 del propio Código Civil, de suerte que la sola generalidad de las disposiciones civiles forales en materias a las que las de ámbito estatal dispensan un tratamiento específico no justifica la aplicación de estas últimas, cuando la misma generalidad de las previsiones contenidas en las primeras, interpretadas conforme a la tradición jurídica navarra, permita resolver desde ellas la concreta cuestión de que se trata, directamente o a través de la racional extensión analógica de sus disposiciones, ya que el Código Civil y las demás Leyes del Estado, como Derecho supletorio (Leyes 2 y 6 del Fuero Nuevo), tan sólo son de aplicación, en cuanto no contradigan los principios generales del Derecho navarro (Leyes 2.3 y 4 del Fuero Nuevo), cuando la cuestión de que se trate se halle absolutamente huérfana de regulación en la costumbre o en las Leyes civiles forales, interpretadas e integradas conforme a la tradición jurídica navarra (Leyes 1.2 y 6 del Fuero Nuevo) y la laguna resultante no pueda ser integrada mediante la racional extensión analógica de sus disposiciones (Ley 5 del Fuero Nuevo). Pues bien,

1.468, etc...), se infiere que ha sido heredero de una tradición, ya iniciada en el Derecho Romano (119), ampliatoria de la simple noción orgánica o biológica de fruto, para desembocar en un concepto que, sin abandonar este aspecto, lo ha superado para llegar a una valoración de tipo económico-jurídica.

Pero las realidades sociales pronto desbordan la pura concepción biológica del fruto y nuevas sustancias provocan la ampliación del concepto: productos de las minas (120), caza del predio, piedras de la cantera, agua que sale

la Compilación del Derecho Civil de Navarra, pese a ocuparse de los vicios ocultos en la compraventa, declarando al vendedor obligado al saneamiento, salvo pacto en contrario (Ley 567), no contiene sobre este particular otras previsiones que las relativas a las acciones edilicias de que se halla asistido el comprador en orden a la efectividad de aquella obligación, al establecer para su ejercicio, fiel al Derecho Romano del que el Código Civil se distanció, dos distintos plazos, explícitamente calificados de prescripción, de seis meses para la acción redhibitoria y un año para la estimatoria o *quantum minoris* (Ley 35). La parquedad de esta regulación hace ciertamente ineludible su heterointegración acudiendo a la preceptiva civil común o general del saneamiento (arts. 1.484 y sigs. del Código Civil); pero, en todo caso, con exclusión de las normas que disciplinan extremos ya regulados por las Leyes de la Compilación o cuyo contenido pugna con los principios que las informan o resultan de sus disposiciones, cual sucede con las relativas al plazo para el ejercicio de las acciones edilicias (arts. 1.490, 1496.1 y 1.499 del Código Civil), que en el ordenamiento civil navarro es, como se ha dicho, de seis meses y un año, para las acciones redhibitoria y estimatoria, respectivamente, cualquiera que sea el objeto del contrato que dé lugar al saneamiento, de lo que se sigue la inaplicabilidad al supuesto de autos de la previsión contenida en el artículo 1.499 del Código Civil, tanto en lo relativo al plazo de cuarenta días para el ejercicio de la acción estimatoria como en lo concerniente a la Debe también recordarse a este respecto que, caídos históricamente en desuso los plazos de dos y seis meses originariamente previsto para las ventas sin garantía del vendedor (Digesto 21, 1, 28), los plazos de seis meses y un año establecidos para cada una de las referidas acciones edilicias por el Fuero Nuevo se corresponden fielmente con los asignados a una y otra por el Derecho Romano (Digesto, 21, 1, 19 y 38), precisamente en contemplación a las ventas de semovientes; plazos, que, si en el Derecho castellano rigieron para toda clase de ventas, cualquiera que fuera su objeto, hasta la publicación del Código Civil, tras su inserción en las Leyes de Partidas (Ley 65, Título V, Parte 5.ª) y en la Novísima Recopilación, en el Derecho navarro han conservado ininterrumpidamente su vigencia hasta la actualidad, merced a la aplicación supletoria del Derecho Romano, en un principio, y a su definitivo mantenimiento en el Fuero Nuevo, después. Y es que la unificación de los plazos de ejercicio de las dos acciones y su reducción para el saneamiento por vicios ocultos de los animales constituyen una novedad del Código Civil inspirada en elementos y antecedentes —Ley francesa de 26-5-1838 y Proyecto de 1851— ajenos por completo a los precedentes históricos que configuran la tradición jurídica de Navarra inspiradora de la Compilación. Por lo expuesto, el motivo que se examina ha de ser, como los anteriores desestimado».

(119) La noción primaria de fruto partió en el Derecho romano de la idea de producción natural, sea vegetal o animal. Éste es indudablemente el punto de partida y la base del concepto de fruto, como producto biológico del suelo, de las plantas o de los animales, independiente de cualquier actividad del hombre dirigida a producirlo. En tal concepción, son fundamentales las notas de periodicidad y reproducibilidad exacta de la cosa madre.

(120) Sentencia de 12-7-1994. De la Audiencia Provincial De Granada. AC 1994/1228. Ponente: Ilmo. Señor don ANTONIO MASCARO LAZCANO. Establece en su Fundamento de Derecho Primero: «Que tal y como tiene declarado esta Sala en su sentencia de fecha

del manantial, etc. A tales sustancias se les va a aplicar las connotaciones del concepto biológico de fruto: periodicidad y reproducibilidad, aunque ya no encajen adecuadamente. En cambio, cuando determinados bienes se explotan

11 de abril de 1991: “La regulación de la materia minera viene determinada por la Ley de Minas de 21 de julio de 1973 (*RCL* 1973/1366 y *NDL* 20019) y de la Ley de 5 de noviembre de 1980 (*RCL* 1980/2599 y *ApNDL* 8953) que modifica aquélla especialmente en atención a los recursos minerales energéticos; el Reglamento General para el Régimen de Minería de 25 de agosto de 1978 (*RCL* 1978/2667 y *ApNDL* 8934); y los artículos 426, 427, 334.8. 339.2 y demás concordantes del Código Civil”. Igualmente es interesante destacar que, de acuerdo con la moderna doctrina, no puede mantenerse que mina y mineral sean esencialmente la misma cosa, o, dicho de otra manera, que el conjunto del mineral sea lo que forma la mina. Por este motivo el concepto de mina es uno de los más difusamente elaborados en la doctrina; la mina no es una cosa simple, sino una cosa compleja, de una parte está el yacimiento donde se acumulan y manifiestan las sustancias minerales; de otro, las instalaciones y trabajos acumulados para el descubrimiento, captación y extracción de dichas sustancias minerales, otro elemento esencial cual es la titularidad para poder efectuar tal explotación, conforme a técnica depurada, que es lo que se llama concesión administrativa, por ello, como se sostiene por prestigiosos autores, podría definirse como todo yacimiento natural o recurso geológico del que pueda extraerse una utilidad económica mediante su explotación por técnicas mineras, sin que el concepto de mina pueda englobar el de minerales, manteniéndose la diferenciación entre minas y minerales, con un paralelismo entre capital y renta de este capital, y con cierto sabor a los frutos, ya que, a la vista del citado artículo 334.8, son muebles inmuebles las minas, canteras y escoriales, mientras la materia permanece “unida” al yacimiento y al ser “separado” el mineral tiene la estimación de muebles (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1915, 18 de abril de 1931 [*RJ* 1930/2017] y 18 febrero 1970 [*RJ* 1970/877], entre otras). De ahí que la propiedad de las minas no es una propiedad diversa y diferente de la propiedad general, sino una propiedad cuyos límites están conformados por la actuación administrativa y donde su contenido viene determinado por la cualificación, al expresarse en el artículo 2.1 de la Ley de Minas que “todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos existentes en el territorio nacional, mar territorial y plataforma continental, son bienes de dominio público, cuya investigación y aprovechamiento el Estado podrá asumir directamente o ceder en la forma y condiciones que se establezca en la presente Ley y demás disposiciones vigentes en cada caso”, y el artículo 2.1 de su Reglamento concreta que “el Estado podrá llevar a cabo su investigación, explotación o beneficio, directamente o ceder la realización de estas actividades en la forma y condiciones que se señalan en este Reglamento”; es decir, no es un problema de dominio de los recursos minerales, ni siquiera de aprovechamiento, sino de “titularidad pública o privada”, de los aprovechamientos, a cuyo efecto se distinguen normativamente cuatro secciones, la D) por imperativo de la Ley de 1980, y la A), B) y C), reguladas en la Ley de 1973. Haciéndose especial referencia al aprovechamiento de los recursos de la sección A) por tener especial aplicación al caso debatido y “pertenecer a la misma los de escaso valor económico y comercialización geográficamente restringida, así como aquellos cuyo aprovechamiento único sea el de obtener fragmentos de tamaño y forma apropiados para su utilización directa en obras de infraestructura, construcción y otros usos que no exigen más operaciones que las de arranque, quebranto y calibrado —art. 3. de la Ley de Minas”— correspondiendo el aprovechamiento de los recursos de esta sección A), cuando se encuentran terrenos de propiedad privada, al dueño de los mismos, o a las personas físicas o jurídicas a quienes cedan sus derechos; aunque para el aprovechamiento se exija la oportuna “autorización”, artículo 17 de la Ley de Minas».

o trabajan, de ellos va a obtenerse una productividad constante: los réditos derivados de la misma serán frutos.

El Código Civil español ha recogido y condensado en el artículo 355 una trilogía (frutos naturales, industriales y civiles) que es heredera de una tradición ya iniciada en el derecho romano y que supone una ampliación de la simple noción orgánica o biológica de fruto, contemplándose en dicho precepto dos conceptos distintos de frutos: el físico de producto de la naturaleza y el económico de rendimiento de la cosa en virtud de una relación constituida con o sobre ella. Propiamente se definen los dos primeros respecto de los civiles, el legislador lo que hace es una mera lista descriptiva y no exhaustiva de los mismos.

La distinción entre frutos naturales e industriales es propia de otras épocas, en las que podían tener importancia una serie de productos engendrados espontáneamente por la tierra o por animales. Pertenece a una economía de consumo primario propia de una sociedad agrícola o pastoril. Nuestra sociedad tecnificada y superindustrializada otorga escaso valor a todo lo que se produzca sin el despliegue fáctico de la actividad o de la mente humana.

Es secundario el hecho de que tal proveniencia o derivación tenga su origen total en las fuerzas naturales, o en parte proceda de la actividad concurrente de la obra del hombre. Por lo demás, la distinción entre frutos naturales e industriales no tiene consecuencias positivas. El tratamiento jurídico es unitario (por ejemplo, arts. 356, 357, 451, 334-2.º, 1.049, etc...).

El criterio distintivo, estéril y sin alcance práctico alguno, radica, como hemos señalado en el hecho de que unos brotan de la naturaleza espontáneamente (los naturales), mientras otros han menester de la concurrencia del hombre (los industriales). Diferencia en el *modus operandi*, pero no en su génesis ni en la naturaleza de los mismos: unos y otros derivan sin más de la res frugífera.

El Código Civil suele equiparar fruto a producto y, en todo caso, no otorga a éste una regulación distinta de aquél. Nuestro primer Cuerpo legal encabeza la sección relativa a los frutos con el título: «Del derecho de accesión respecto al producto de los bienes»; el artículo 353 dice que «la propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen»: el artículo 355 señala, que «son frutos naturales las producciones... y demás productos... son frutos industriales los que producen...». La equiparación se consolida en artículos fundamentales del usufructo (arts. 496, 475, 494.1.º y 2.º, 502, 520), enfiteusis (art. 1.622), ausencia (arts. 186, 187, 188), arrendamientos rústicos, etc. Debemos concluir señalando que fruto y producto deben identificarse jurídicamente. Fruto es el rendimiento normal que las cosas producen, y las producciones o réditos derivados de las cosas fructíferas no son otra cosa que los frutos generados conforme a su destino económico. Al menos este es el criterio del legislador, bien palmario en los artículos 353-357 del Código Civil.

Por otra parte, el fruto civil lo constituye la compensación o corresponsivo que se obtiene en dinero o en especie por el *ius fruendi* que se otorga a otra persona. Tienen una significación económico-jurídica y suponen créditos en favor del que ha de percibirlos. Intereses de capitales, rentas o alquileres arrendaticios, cánones enfitéuticos, dividendos de sociedades, rédito obtenido por derecho de autor o por empleo del dinero, etc., suponen otras tantas hipótesis de frutos civiles, cuya ampliación analógica está prevista por el propio artículo 355-3.º del Código Civil.

Concluyendo, puedo afirmar que mientras el fruto natural (comprendido del fruto industrial) proviene directamente de la cosa, el fruto civil dimana de una relación jurídica respecto de esa cosa, por cuya virtud se otorga el goce de la misma y como correspondencia ha de darse una entidad económica, en dinero o en especie, que será precisamente el fruto civil. Mientras que los frutos naturales dimanar biológica o geológicamente de la cosa madre, bien de forma espontánea, bien cooperando la actividad del hombre, los frutos civiles son rendimientos de sustitución, compensan los beneficios que el titular obtendría si no se hubiese despojado de la facultad frutiva.

Por lo demás, mientras los frutos naturales son cosas corporales, los frutos civiles son siempre cosas incorpóreas, precisamente derechos de crédito.

La sentencia de 6 marzo de 1965, de forma incidental, ha definido el fruto como «todo beneficio o rendimiento que, con propia sustantividad, se deriva de la utilización o explotación de una cosa» (121).

Naturaleza jurídica del derecho a los frutos

La pertenencia de los frutos corresponde a quien tenga la facultad de goce (*ius fruendi*), que es inherente al derecho de propiedad (art. 348 del Código Civil), pero que puede haberse desglosado del dominio y pasar ella misma a constituir un derecho independiente (122) (v.gr., en el usufructo: art. 467 del

(121) Sentencia citada en la obra *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra dirigida por MANUEL ALBALADEJO, Tomo V, vol. 1.º, «Comentarios al artículo 355», por MARIANO ALONSO PÉREZ, Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 206.

(122) Así, los frutos unas veces son gozados por el propietario limitadamente: en la enfiteusis sólo corresponden al titular del dominio útil (art. 1632.1.º del Código Civil); los frutos tienen carácter consorcial, aunque procedan de los bienes de uno de los cónyuges (arts. 1401.3.º y 1.385 del Código Civil); los copropietarios, no obstante ser titulares de la cosa común (doctrina de la propiedad plurima total), sólo disfrutan en proporción a sus respectivas cuotas (art. 393 del Código Civil); el socio civil que aporta a la sociedad cosas ciertas y determinadas no fungibles, conserva la propiedad de las mismas, pero comparte con los demás socios los frutos (art. 1.687, ap. 1.º del Código Civil). Otras veces los frutos son del poseedor de buena fe, que hace suyos los percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión (art. 451, ap. 1.º del Código Civil), lo que acontece, según la

Código Civil, que no es otra cosa que un disfrute sobre bienes ajenos, pero sin disponer de éstos). A menudo, será el propietario quien ostente la facultad frutiva y hará suyos los frutos naturales, industriales y civiles. Huelga toda

doctrina procesalista, con la presentación y admisión de la demanda y, según el TS, con la citación judicial, por lo que los frutos pertenecerán al propietario después de contestar el poseedor a la demanda (17 de febrero de 1922 y 12 de marzo de 1948). Sobre esta materia exponemos la sentencia de 21-1-1988, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, *RJ* 1988/132. Ponente: Excmo. Sr. Don EDUARDO FERNÁNDEZ-CID DE TEMES, establece el Fundamento de Derecho Primero y Segundo: «PRIMERO.—El Juzgado de Primera Instancia de Calatayud, por sentencia de 28 de febrero de 1985, acogiendo parcialmente la demanda interpuesta por don Vicente M. L. contra los esposos don Miguel M. R. y doña Antonia A. B., declaró ser propiedad del actor la finca denominada Venta Melendo, parador o posada, con los 8.700 m² de tierra que la rodean, sita en Puerto Caveró, y condenó a los demandados a desalojarla en el plazo legal, debiendo abonársele a don Miguel M. la cantidad de 100.000 pesetas e intereses legales desde el 20 de marzo de 1974. Apeló el demandado; se adhirió la parte actora; y la Audiencia Territorial de Zaragoza, en sentencia de 21 de marzo de 1986, desestimando la apelación inicial y estimando la adhesiva, revocó parcialmente la sentencia del Juzgado, declaró que el actor era propietario de la finca litigiosa y condenó a los demandados a desalojarla y a devolver a dicho actor los frutos naturales y civiles producidos o podidos producir por la finca y tierras reivindicadas desde el 20 de marzo de 1974 hasta que se realice el desalojo, cuyo importe se fijará en ejecución de sentencia, compensándose la cantidad que resulte, hasta donde concurran, con la de 100.000 pesetas más sus intereses legales vigentes en cada anualidad desde el 20 de marzo de 1974. Contra esta última sentencia se interpuso el presente recurso de casación», y «SEGUNDO.—El primer motivo dice literalmente así: “Por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, al no haberse dado cumplimiento, en el momento de dictar la sentencia de apelación, a cuanto se establece en los artículos 9.º 6 y 10.2, de la Ley Orgánica núm. 6/1985, de 1 de julio (*RCL* 1985/1578, 2635 y *ApNDL* 1975-85, 8375), del Poder Judicial”. Ya en el desarrollo recoge expresamente el 5.º Considerando de la sentencia dictada por la Sala de instancia, que establece que “los demandados ocuparon los bienes que ahora se reivindican de forma fraudulenta, ya que el actor les entregó las llaves del edificio con el fin de que pudieran examinarlo para llegar a un acuerdo sobre el precio, aprovechando esta circunstancia para instalarse en el mismo y realizar actos de dominio sobre él a sabiendas de que no habían podido adquirir su propiedad al faltar el precio, elemento esencial del contrato, resistiéndose a convenir en el precio y pretendiendo posteriormente uno ínfimo en relación con el valor en el comercio del objeto ofertado; por ello la posesión de los demandados debe calificarse de mala fe...” y sobre la base de cuanto subraya y la afirmación del actor de que “tampoco se pudo conseguir que los demandados la desalojasen...”, concluye que la sentencia dio por probada una conducta constitutiva del allanamiento pasivo, debiendo haberse ordenado la incoación del correspondiente proceso penal, conforme a los artículos citados de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el que su patrocinado habría tenido cumplidas oportunidades de defenderse, lo que no ocurre cuando se recogen en la sentencia las consecuencias civiles de un delito, sin mediar la preceptiva sentencia de un Tribunal de esta jurisdicción, falta o vicio cuya subsanación no pudo interesar, cual ordena el artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no haber tenido conocimiento de él hasta la lectura de la propia resolución. Tan insólito motivo resulta insostenible por las siguientes razones: a) El recurso aparece formalizado incumpliendo la exigencia legal de que se señale el motivo de entre los que el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece de modo preceptivo para fundar la casación, como expresamente revela el texto de la

discusión sobre si en tal hipótesis nos hallamos ante una forma de adquirir o un ejercicio normal del derecho de propiedad, extendido a los frutos e incrementos de la cosa.

Hemos advertido que la pertenencia de los frutos, del tipo que sean, al propietario no puede considerarse como un derecho de accesión. La accesión discreta no es auténtica accesión. Es indudable que entre los frutos y la cosa

norma, ratificado en igual sentido por el artículo 1.707 de la misma Ley, al establecer que en el escrito de interposición del recurso se expresarán el motivo o motivos en que se ampare, de manera que la omisión de tal requisito fuerza la desestimación del recurso —sentencia de 7 de mayo de 1986 (*RJ* 1986/2345)—, y en el presente caso parece, por un lado, al citarse los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que se aluda al exceso de jurisdicción del núm. 1.º el citado artículo 1.692, pero, de otro, que se refiere al núm. 3.º, por hablarse de infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, sin que sea admisible que no se pudo cumplir con el mandato del artículo 1.693 de la propia Ley, porque los hechos estaban concretados por las partes desde sus escritos de alegaciones, de los que la Audiencia, valorando la prueba, obtiene las consecuencias jurídicas claro es que la responsabilidad civil nace lo mismo de un ilícito de tal naturaleza que de otro penal; *b*) No puede generar secuencias casacionales la apreciación de aspectos que, de ser exactos, no benefician a los recurrentes, pues dicho recurso, como todos, a lo que ha de tender es a evitarle perjuicios al recurrente, y no a privarle de beneficios —sentencias, por ejemplo, de 1 de marzo y 12 de junio de 1984 (*RJ* 1984/3233)—; *c*) Unos mismos hechos pueden ser valorados de modo diferente en los diversos órdenes jurisdiccionales, y así, salvo que se niegue el hecho mismo, la ausencia de dolo o culpa penal no implica la imposibilidad de que se aprecie la existencia de un ilícito civil, siempre de menor gravedad y trascendencia; *d*) A la casación civil sólo pueden tener acceso normas de tal naturaleza, pero, además, según la mejor doctrina penalista, el allanamiento pasivo, el que se tipifica por mantenerse en morada ajena contra la voluntad de su morador, requiere que se trate de una persona que no habite en la morada, interpretándose el habitar, de acuerdo con el preámbulo de la Ley de 7 de abril de 1952 (*RCL* 1952/540), en el sentido de encontrarse vinculado por alguna relación jurídica con el morador; y mientras no exista una resolución judicial o el abandono voluntario de la morada ajena, se entiende, a los efectos penales, que tiene un derecho a no ser excluido de ella, es decir, que ha de destruirse la apariencia jurídica; *e*) Finalmente, el hoy recurrente pudo y puede aún, autodenunciarse, sin dejar de producir efectos la cosa juzgada, máxime si se tiene en cuenta que el allanamiento de morada constituye delito permanente mientras no se abandone la tan repetida morada. Los frutos, pertenecen a aquellos titulares de derechos reales sobre la cosa madre que implique transmisión de la facultad frutiva: así el usufructuario tiene derecho a disfrutar los bienes ajenos (art. 467), y tendrá derecho a percibir todos los frutos naturales, industriales y civiles de los bienes usufructuados (art. 471 del Código Civil), así como el cónyuge viudo sobre los bienes hereditarios (arts. 834 y sigs. del Código Civil). Igualmente, el usuario tiene derecho a percibir los frutos de la cosa ajena que basten a sus necesidades y las de su familia (art. 524 del Código Civil). Del mismo modo, en la anticresis, el acreedor tiene derecho a percibir los frutos de un inmueble de su deudor... (art. 1.881 del Código Civil). Los frutos también son a veces de quien ostenta un derecho de goce como consecuencia de una relación jurídica obligatoria: así, en el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado... (art. 1.543 del Código Civil). Otros preceptos legales insisten en este derecho de goce (arts. 1.554, 1.555, 1.575, 1.576 y 1.577 del Código Civil). Las mismas referencias las encontramos en la legislación especial sobre arrendamientos rústicos y urbanos».

madre existe una relación de accesoriedad, en cuanto entre aquélla y sus productos media una conexión de subordinación y destino, un vínculo de causalidad. Pero faltan otros requisitos, como la unión o incorporación irreversible de la cosa accesoria a la principal, con pérdida a menudo de la propia individualidad y, sobre todo, la siempre unidad dominical resultante. El propietario de la cosa es sin más propietario de los frutos que produce. No se trata de una nueva adquisición y, por tanto, es ocioso plantear el problema del título, puesto que la propiedad de la cosa se extiende a los frutos, el propietario adquiere los frutos por el mismo título que la cosa.

Hay que concluir afirmando que, pese a la dicción y sistemática del Código Civil en materia de frutos, que trata de ellos como si se tratara de una clase o modalidad de accesión, atribuyéndolos al propietario, la verdad es que los frutos siguen siempre el destino marcado por el régimen jurídico del disfrute de la cosa y pertenecen a la persona que en cada caso ostente la facultad de disfrutar. Normalmente será el propietario de la cosa, pues está, por así decirlo, predestinada a generar o producir tales frutos, pero al seguir aquellos el susodicho régimen del disfrute de la cosa, podrá serlo también, como hemos visto, el simple usufructuario, arrendatario, poseedor de buena fe, acreedor anticretico, enfiteuta, etc...

Caracteres de los frutos

- a) *Separabilidad*, que es característica esencial de los frutos naturales: frutas del árbol, crías y productos de los animales (leche, lana), y que sólo tiene un sentido analógico en los frutos civiles (el alquiler de una vivienda supone un beneficio que se desglosa del inmueble e integra una masa patrimonial autónoma del capital).
- b) *Reproducibilidad*, que puede entenderse en el doble sentido de posibilidad de que el fruto reproduzca la cosa madre o sin reproducirla. Ciertamente que la reproducibilidad se encuentra en algunos frutos naturales, como la semilla ínsita en el fruto que es capaz de reproducir la planta como el huevo es idóneo para reproducir el animal productor; sin embargo, la reproducibilidad no tiene sólo un sentido biológico o naturalístico, sino analógico o figurado, pero no por ello menos real: los minerales son resultado de una acumulación geológica de sustancias que se generan —o reproducen— hasta su agotamiento; las rentas de un inmueble nacen constantemente por generación de unos beneficios que son inherentes al uso o fruición de las cosas en provecho de los hombres.
- c) *Accesoriedad*, respecto a la cosa que lo produce. El fruto emana de ésta, se halla con ella en una relación de utilidad. La accesoriedad ha

de entenderse en el sentido de subordinación a la cosa madre y en relación de causalidad con ella, pero no en el de considerar los frutos como unión de una cosa secundaria a la res frugífera, entendida como principal. La accesión, propiamente entendida, no se predica de los frutos.

- d) *Periodicidad*, se refiere a cierta habitualidad en la percepción de los frutos, a su constante retorno en beneficio de quien ostente el derecho de goce. La periodicidad no ha de entenderse en un sentido regular, o a intervalos iguales de tiempo, sino en el sentido de repetición o retorno más o menos frecuente de la reproductividad.
- e) *Utilidad*, los frutos sólo se consideran tales en cuanto exceden los gastos de producción. Los árboles de un bosque, por ejemplo, no se perciben como fruto sino mediante su tala regular y escalonada, como resultado de una explotación. Los frutos deben traducirse en un beneficio, en un incremento patrimonial para el perceptor de los mismos.
- f) *Conservación de la sustancia* que, como se advierte acertadamente, no ha de entenderse en sentido absoluto, ya que ninguna cosa, a excepción del terreno en su situación pura y natural, rinde frutos y se conserva a perpetuidad. La conservación de la cosa tiene un valor relativo, a menudo problemático. Piénsese en el fruto del cereal o en los minerales, en los que la res frugífera perece o se agota, respectivamente, a medida que sus productos se engendran o extraen. El problema reviste especial valor a propósito del usufructo, en el que su titular, según el artículo 467 del Código Civil, disfruta los bienes ajenos con la obligación de conservar la sustancia. Obligación que, en definitiva, ostentan todos los que son titulares de la facultad de goce, v.g., el poseedor, el usuario, el arrendatario, etc.
- g) *Destinación económica* o finalidad que se le asigne dentro del patrimonio, en concreto, la función de la cosa: aquello para lo que debe servir y de hecho sirve.

FORMA DE INVENTARIARLOS

Se inventariarán agrupándolos por especies, fijando su cantidad con arreglo al sistema métrico decimal y su equivalencia con relación a la unidad de peso y medida de la localidad.

Frutos naturales

Los frutos separados del tronco y próximos a ser convertidos en caldos o sometidos a operaciones industriales, se inventariarán según su estado y en la cuenta de administración, se fijará lo que de ellos haya resultado.

Cuando los frutos se hallen pendientes y próximos a ser recolectados, aunque con arreglo a derecho forman parte de la finca, deben inventariarse separados de ella, calculando con la aproximación posible su cantidad. Después se llevará a la cuenta de partición, la diferencia que resulte entre el cálculo hecho y la cantidad exactamente recolectada.

Frutos industriales

Se inventariarán en este lugar, cuando se trate de las existencias producidas por una fábrica o explotación industrial.

Si están destinados al consumo particular o al comercio, ya separados o independientes de la fábrica que los haya producido, o que no se hayan producido en ella, se inventariarán como muebles.

Frutos civiles

Los no percibidos se inventariarán en el último grupo del inventario, como derechos y acciones (123).

(123) Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de septiembre de 1994. Ponente: PEDRO GONZÁLEZ POVEDA. Fundamento de Derecho primero/J 1994/7144, el cual, en síntesis, establece que «El artículo 1.063 del Código Civil impone al coheredero la obligación de aportar al caudal hereditario los frutos y rentas percibidos, obligación que no se extiende a los *percipiendi*... Por tanto el artículo 1.063 del Código Civil, que excluye la aplicación del artículo 451 del Código Civil, impone a los coherederos la obligación de abonarse los frutos y rentas percibidos desde la muerte del causante y hasta la práctica de las operaciones particionales». Transcribimos a continuación el mismo: «PRIMERO.—Formulada oposición a través del pertinente juicio declarativo ordinario de mayor cuantía contra las operaciones particionales practicadas por el contador-partidor designado al efecto en los autos de juicio voluntario de testamentaría seguidos a instancia de doña Carmen R. V., recurrente en casación, el Magistrado-Juez de Primera Instancia, número tres de Madrid, dictó sentencia por la que se aprueban las operaciones particionales del contador-partidor dirimente con las modificaciones que se establecen en su Fundamento Jurídico sexto; la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid revocó la sentencia de primera instancia “en el único sentido de excluir la partida de 10.833.333 pesetas correspondientes al tercio de frutos y rentas (Cifra B), de los bienes inmuebles administrados y poseídos por la citada heredera recurrente”, pronunciamiento que se fundamenta en “que no se ha acreditado la existenciade las referidas rentas, ni la producción de los frutos de esos bienes, durante la posesión de la coheredera y que por no haber sido enajenado (*sic*) no

7. MUEBLES: NOCIÓN Y CLASES

Señala el artículo 335 del Código Civil: «Se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, y en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos».

se pueden computar a metálico y por consiguiente no ha producido la renta o rendimiento, para considerarlo como frutos civiles del inmueble (*sic*)” (Fundamento de Derecho tercero de la sentencia de apelación). Contra dicho pronunciamiento se dirige el presente recurso de casación fundado en un único motivo, sin que, con grave defecto procesal, se exprese el número del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a que se acoge; no obstante y en aras a otorgar a la parte la tutela judicial efectiva y que, dado su contenido, cabe incordiar el motivo en el antiguo ordinal 5.º del citado artículo 1.692, procede entrar en su examen; en primer término se acusa infracción por la sentencia recurrida de los artículos 1.016 y 1030.2.º de la Ley Procesal Civil; incluidos dichos preceptos dentro de los que regulan en ese Texto Legal la administración del abintestato, aplicables también en el juicio voluntario de testamentaría, el examen de las actuaciones del juicio de esa clase iniciado a instancia de doña Carmen R. permite apreciar que en el mismo no se procedió a designar administrador de los bienes integrantes del caudal hereditario ni siquiera una vez ganó firmeza la sentencia de 20 de diciembre de 1982, por la que se condenó a la coheredera doña María Asunción D. R. a aportar a la masa hereditaria y al inventario del juicio de testamentaría los bienes discutidos; es decir, la coheredera ahora recurrida no fue designada en ningún momento administradora de los bienes hereditarios por lo que no le son aplicables los artículos 1.005 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil; en consecuencia no han sido infringidos por la sentencia impugnada tales preceptos como tampoco lo han sido los artículos 1.101 y 1.104 del Código Civil que se invocan en el motivo alegando “que la contraparte ha incurrido en negligencia por no haber cumplido sus obligaciones como administradora del caudal hereditario”, pues, además, se repite, de no haber sido designada la coheredera recurrida como tal administradora no resulta probada en autos una conducta negligente de la coheredera respecto al cuidado de los bienes hereditarios de que ha estado en posesión. Finalmente, se refiere el motivo al artículo 1.063 del Código Civil del que dice que “no es aplicable el caso, al menos directamente, pues afecta a lo que deben abonar recíprocamente en la partición los coherederos. En el presente caso se trata de daños y perjuicios por productos, frutos, rentas o intereses que han producido o debido producir los bienes de la herencia”, alegato que contradice lo postulado en su escrito de demanda en cuyo Fundamento de Derecho V estima aplicable el artículo 1.063 del Código Civil, “a cuyo tenor la contraparte debe abonar a mi cliente el interés legal del tercio de la herencia que le corresponde” y es de ver como la repetida cantidad de 10.833.333 pesetas figura en las operaciones particionales impugnadas bajo el concepto de “Frutos y rentas del tercio de la herencia correspondiente a doña Carmen R.”. El artículo 1.063 del Código Civil ha sido correctamente aplicado por el Tribunal de Apelación para excluir de la partición hereditaria la referida cantidad, de acuerdo con la doctrina de esta Sala que en su sentencia de 6 mayo 1978 (*RJ* 1978/1815) dice que “como ya declaró esta Sala en sentencias de 9 de junio de 1928, 28 de mayo de 1931 (*RJ* 1930/31, *RJ* 1930/964) y 12 de abril de 1944 (*RJ* 1944/537), no es dable confundir el derecho que concede a los herederos el citado precepto legal con las obligaciones inherentes a una administración de un patrimonio indiviso”, en tanto que la sentencia de 30 de octubre de 1976 (*RJ* 1976/4424) establece que “al disponer el artículo 1.063 del Código Civil que los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno hubiere percibido de los bienes hereditarios, y al

El concepto legal (124) de bienes muebles, más pensado para un hipotético valor escaso de los bienes que como descripción de su naturaleza física, se infiere del artículo 334 *a contrario sensu*; son bienes muebles todos aquellos bienes apropiables que no menciona el artículo 334, sean corporales (un caballo, un libro) sean incorporeales (fluidos o energías, propiedad intelectual e industrial, acciones y participaciones de sociedades, etc.).

Los criterios que se utilizan en el citado artículo 335 para caracterizar los bienes muebles son dos diferentes y no guardan entre sí, a mi juicio, ninguna coherencia. Por una parte se dice que son todos los que «se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren

desprenderse de los hechos probados en la resolución que se impugna y de su misma parte dispositiva que las demandadas o el causante de una de ellas, disfrutaron desde la extinción del usufructo de sus padres, de mayor porción de bienes de los que le correspondían, en virtud del testamento, es evidente, que dicho precepto debe entrar en juego en cuanto a los frutos y rentas percibidos a partir de ese momento hasta la práctica de las operaciones pertinentes, tal y como se solicita en el pedimento sexto del escrito de réplica, en el que, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 548 de la Ley de Trámites y sentencia de esta Sala de 19 de noviembre de 1894, se ratificó el correlativo de la demanda, sin que a ello obste lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 451 de la Ley Civil Sustantiva, por implicar el mismo una norma de carácter general, que debe ceder ante la específica del 1.063 aplicable cualquiera que sea el título por el cual las demandadas disfrutaron de los bienes de la herencia, según sentencia de 9 de junio de 1928, sin que en forma alguna deba extenderse la devolución de tales frutos y rentas a los pedidos percibir, por no hallarse incluidos en el artículo últimamente mencionado y ser principio general de Derecho, el que dice que: *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tenet*, tanto más cuanto que, en este caso, las demandadas poseyeron esos bienes de buena fe”; declarado por la sentencia de instancia que no se ha acreditado la existencia de las rentas ni la producción de frutos de los bienes, a que se contrae la tan repetida cifra, sin que esa declaración fáctica haya sido combatida en el recurso, ha sido correctamente aplicado, se repite, el citado artículo 1.063 que impone al coheredero la obligación de aportar al caudal hereditario los frutos y rentas percibidos, obligación que no se extiende a los *percipiendi*. Por todo lo cual procede la desestimación del motivo y con ella la del recurso».

(124) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra dirigida por ALBALADEJO, Tomo V, vol. I, Edersa, «Comentarios al artículo 335», por SANTOS BRIZ, JAIME, pág. 36: «El concepto de cosa mueble en Derecho Civil no se adapta exactamente al que se tiene en Derecho Penal. En este último, ante la preocupación de proteger la propiedad sobre las cosas de una manera eficaz, se acude a extender el concepto de cosas muebles a supuestos en que según el artículo 334 del Código Civil son inmuebles. Así al considerar delito de robo o de hurto la violencia o sustracción de cosas adheridas a inmuebles, formando partes integrantes de ellos o siendo pertenencias de los inmuebles [se dice que el concepto penal de cosa mueble es un concepto funcional: es aquella cosa que puede ser movilizada, es decir, separada fácticamente del patrimonio de una persona e incorporada al del agente. Ya de antiguo, sin variación hasta la actualidad, en el ámbito penal el TS. Consideró como bienes muebles los semovientes, los gases, la electricidad y las cosas muebles de ilícito comercio aun cuando deban ser inutilizadas, ya que no pierden por ello su valor y su utilidad siendo, por tanto, susceptibles de lucro y aprovechamiento. Así un árbol es inmueble conforme al artículo 334, núm. 1, del Código Civil y no obstante, a los efectos del artículo 314 del Código Penal tiene la consideración de cosa mueble, pues puede ser hurtado cortándolo o arrancándolo».

unidos», con lo cual se hace referencia al concepto estricto de la movilidad, uniéndolo con la ausencia de menoscabo por el movimiento o transporte. Desde el punto de vista literal, la definición es criticable, porque parte de la idea de que los bienes muebles están unidos a un inmueble, de manera que quedarían excluidos aquellos que no tuvieran relación alguna con una cosa inmueble. Por eso, debe entenderse como bien mueble todo aquel que puede transportarse de un sitio a otro sin deterioro de su naturaleza. No se detalla tampoco el tipo de unión con el inmueble cuando tal unión exista. Si la unión es la derivada de una relación pertenencial, es obvio que la posibilidad de transporte existe, pero que no porque exista la simple posibilidad del transporte o del movimiento del bien deja de ostentar el carácter de inmueble que tomó en virtud de la destinación.

Es más claro y determinante el otro criterio, que considera bienes muebles «los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior». Es decir, que la categoría de los bienes muebles tiene un carácter residual; son muebles todos aquellos bienes que la ley no considera expresamente como inmuebles. Así como la categoría de los inmuebles posee una cierta consistencia, no ocurre lo mismo con la categoría de los muebles que por su carácter residual, que ya hemos apuntado, resulta demasiado omnicomprendiva y heterogénea.

A efectos de partición hemos de tener en cuenta el orden del artículo 1.066 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que diversifica el concepto de muebles, haciendo de los mismos diferentes grupos (metálico, efectos públicos, alhajas, semovientes, frutos, muebles, derechos y acciones). Si observamos lo que late en el fondo del 1.066 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es la vieja distinción entre bienes muebles e inmuebles.

También hemos de tener en cuenta, a efectos de partición, las normas de los artículos 346 y 347 (125) que esclarecen la distinción entre muebles e

(125) LACRUZ BERDEJO, LUNA SERRANO y RIVERO HERNÁNDEZ nos señalan a este respecto en su obra *Elementos de Derecho Civil*, I, vol. III, Bosch, 1990, en la pág. 35, lo siguiente: «El Código Civil contiene un par de normas acerca de lo que haya de entenderse, respectivamente, por cosas o bienes muebles e inmuebles. Según el artículo 346.1.º, cuando por disposición de la Ley, o por declaración individual se use la expresión de cosas o bienes inmuebles, o de cosas o bienes muebles, se entenderán comprendidos en ella, respectivamente, los enumerados en el capítulo primero y en el capítulo segundo. Díez PICAZO considera como dudoso “que siempre que por disposición de la ley se utilice la expresión bienes inmuebles, se pueda aquélla generalizar a los muebles inmovilizados por incorporación o por destinación”. Lo cual es “especialmente claro cuando el carácter mueble o inmueble se utilice como delimitador de la capacidad de obrar o del poder de disposición, de la forma de los actos y negocios jurídicos o de la prescripción adquisitiva”. El párrafo segundo del artículo 346 hace equivaler la expresión muebles a lo que llaman los franceses muebles de amueblamiento o se denomina en los formularios de particiones de herencia “mobiliario y enseres”. Cuando —dice el precepto— se use tan sólo la palabra “muebles”, no se entenderán comprendidos el dinero, los créditos, efectos

inmuebles, y la distinción, existente entre bienes muebles y «muebles», queriendo referirse con esta expresión a lo que los franceses denominan «muebles de amueblamiento», distinción que en materia sucesoria tiene importancia entre otros aspectos para la aplicación del artículo 1.321 (126).

de comercio, valores, alhajas, colecciones científicas o artísticas, libros, medallas, armas, ropas de vestir, caballerías y carruajes y sus arreos, granos, caldos y mercancías, ni otras cosas que no tengan por principal destino amueblar o alhajar las habitaciones, salvo el caso en que del contexto de la Ley o de la disposición individual resulte claramente lo contrario. Tratándose de legados, no es indispensable que las cosas se encuentren situadas en el domicilio del testador. Finalmente, según el artículo 347, cuando en venta, legado, donación u otra disposición en que se haga referencia a cosas muebles o inmuebles, se transmite su posesión o propiedad con todo lo que en ellas se halle, no se entenderán comprendidas en la transmisión el metálico, valores, créditos y acciones cuyos documentos se hallen en la cosa transmitida, a no ser que conste claramente la voluntad de extender la transmisión a tales valores y derechos. Se entenderán comprendidos los semovientes, así como los aperos de labranza, aunque todos o algunos estuvieran fuera de la casa del testador en el momento del fallecimiento, cuando este lega todo lo que se halle dentro del inmueble con todos sus accesorios y pertenencias, incluyendo mobiliario y frutos (sentencia de 29 de noviembre de 1913). No están incluidos los títulos de la deuda pública en un legado de los “muebles y demás movable” (sentencia de 3 de octubre de 1913)).

(126) El artículo 1.321 del Código Civil, establece: «Fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber. No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor». El precepto regula lo que se ha dado en llamar el derecho de pedetracción del cónyuge viudo, un conjunto de bienes que se entregan al sobreviviente y que no se le llevan a su cuenta de la partición. Sobre qué bienes lo componen examinamos con mas amplitud el artículo al tratar de las «alhajas». Estos bienes que se entregan al viudo constituyen lo que hemos llamado muebles de amueblamiento. Citamos sobre esta materia la siguiente sentencia del Tribunal Supremo que distingue los bienes muebles de los «muebles» y dentro de estos, los muebles de uso ordinario de los que exceden de este carácter marginal: *RJ* 1992/10426, sentencia de 31-12-1992, núm. 1237/1992. Sala de lo Civil: Ponente: Excmo. Señor don GUMERSINDO BURGOS PÉREZ DE ANDRADE. En su Fundamento de Derecho primero establece: «Un solo problema jurídico constituye la materia planteada en el presente recurso: el alcance e interpretación que deba darse al contenido del artículo 675 del Código Civil, puesto en relación o referido al caso de autos. La Jurisprudencia de esta Sala al respecto es constante y reiterada, orientándose en dos sentidos: el primero referido a la misma función interpretativa, que es una actividad de la soberana incumbencia del Tribunal de instancia, respetable en casación mientras se mantenga dentro de criterios racionales y no desemboque en lo arbitrario, al extremo de tergiversar manifiestamente el texto de la disposición testamentaria, supuestos para los que no se excluye el acceso casacional; y una segunda orientación aclarando, que el proceso interpretativo ha de hacerse con un criterio subjetivista, aspirando siempre a describir la voluntad del testador, pues aunque la primera regla del precepto legal sea la literalidad, debe acudirse, con el fin de aclarar esa voluntad, al conjunto del documento testamentario, tratando de armonizar en lo posible las distintas cláusulas del mismo, empleando unitariamente las reglas de hermenéutica, e incluso haciendo uso, con las debidas precauciones, de los llamados medios extrínsecos, o circunstancias exteriores y finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta. El testamento constituye pues una unidad, donde está plasmada la voluntad del causante en sus distintas disposi-

Las diferencias de tratamiento entre bienes muebles e inmuebles tal vez se justifiquen hoy no principalmente por la importancia económica (hay bienes muebles que valen más que un inmueble) ni tampoco por las mayores o menores exigencias en orden a la capacidad y al poder de disposición para la

ciones, siendo necesario interpretarlas integrándolas armónicamente, en el sentido de evitar las posibles contradicciones que puedan presentarse, producto de la separada utilización de una sola vía interpretativa [sentencias de 6-4-1992 (*RJ* 1992/3035), y las que en ella se citan de 5-6-1978; 8-2-1980 (*RJ* 1980/418); 4-1-1981; 9-3-1984 (*RJ* 1984/1206); 9-6-1987 (*RJ* 1987/4049); 28-4-1989 (*RJ* 1989/3280); 30-11-1990 (*RJ* 1990/9290); 18-7-1991 (*RJ* 1991/5400), etc.]. En el testamento que nos ocupa, fechado en 24-5-1965, doña Concepción M. y del A., indica en su disposición: “que lega en pleno dominio... a) a su hermana doña Dolores M. y del A., todos los muebles que le correspondan”; literalidad que los recurrentes pretenden remitir al concepto legal de los “bienes muebles” que figura en los artículos 335, siguientes y concordantes del Código Civil, cuya asimilación es necesario someter a interpretación, pues ni en el documento testamentario se utiliza la expresión legal “bienes muebles”, ni consta que la señora testadora fuera una conocedora experta del alcance y contenido de los términos jurídicos. La expresión vulgar de “mueble”, no se identifica exactamente con la definición y el alcance que nuestro Código presta al concepto de “bienes muebles”, bastando para comprobarlo tener en cuenta, por ejemplo, el contenido de los núms. 4.º, 5.º y 7.º del artículo 534 y del artículo 336, todos del Código Civil; en una locución normal, tampoco se equiparan los “muebles” de una casa, con los cuadros o las obras de arte que decoran la misma; conjunto de circunstancias que obligan a excluir a la disposición testamentaria que analizamos de la condición de absoluta claridad, que haría innecesaria cualquier clase de interpretación sobre la misma, en relación con la verdadera intención de la testadora. Resulta por tanto obligado investigar si la voluntad de doña Concepción fue donar a su hermana el pleno dominio de todos los muebles, enseres, cuadros y demás objetos existentes en la casa, o si más bien este legado iba únicamente referido a lo que vulgarmente se conoce con el nombre de “muebles o mobiliario”; separando e incluyendo los cuadros, que aquí se discuten, en la rúbrica general de “El resto de todos sus bienes, derechos y acciones”, que reservaba para la institución de los herederos universales. Como la Sala de Apelación acertadamente interpreta, para descubrir la verdadera voluntad de la testadora, nada mejor que examinar el anterior testamento por ella derogado, pero en el que ciertamente consta el sentido y el alcance que doña Concepción atribuía al concepto de “muebles”. Allí aparece una cláusula que es el reflejo literal de la que aquí examinamos: “Lega en pleno dominio... a) A su hermana Doña Dolores M. y del A., todos los muebles que le correspondan”; pero a renglón seguido, en los siguientes apartados c), d), e), f), g), h) e i), dispone, también por medio de legados, de todos y cada uno de los cuadros que aquí se discuten en favor de diferentes familiares, lo que evidencia que para la testadora en la expresión “todos los muebles que le correspondan”, no estaban incluidos los cuadros, los cuales constituían bienes diferentes, al igual que las alhajas, también legadas; y podían, sin contradicción alguna, ser objeto estos cuadros de transferencias específicas, o de incluirse en el conjunto del haber hereditario, si no se quería hacer una especial disposición sobre los mismos. Este método interpretativo integrador es el que se proclama en la doctrina jurisprudencial que se citaba al principio; y por consiguiente, al coincidir con el resultado final a que llega la resolución impugnada, hace rechazable el presente motivo, basado en una supuesta infracción del artículo 675 del Código Civil, que como se acaba de exponer resulta inexistente. Rechazado el único motivo interpuesto, procede el decaimiento del recurso en su totalidad, con la preceptiva condena en costas de la parte recurrente, que determina el artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

enajenación o el gravamen (se suele exigir una mayor capacidad y un mayor ámbito de poder de disposición para los inmuebles que para los muebles), sino por la identificabilidad y localización de los bienes, la facilidad de su circulación, por el carácter no multiplicable de la superficie terrestre, por las necesidades de exploración y de utilización racional del suelo rústico y urbano, etc.).

Otro criterio para la distinción nos lo determina la susceptibilidad de publicidad formal; los bienes inmuebles son siempre susceptibles de publicidad formal, aunque esta afirmación deba entenderse limitada a los inmuebles por naturaleza, ya que no puede decirse lo mismo de los inmuebles por destino o de los inmuebles por analogía. La publicidad formal de los bienes inmuebles se canaliza a través de un registro público que es el Registro de la Propiedad en el que se abre a cada inmueble o finca un folio especial en los libros registrales donde se va haciendo constar y publicándose su historia jurídica.

Partiendo del paradigma de la publicidad inmobiliaria y de la importancia que la publicidad tiene para los derechos reales, se ha observado que algunos bienes muebles son susceptibles del mismo tipo de publicidad. Y ello, bien por existir, previamente a su publicidad jurídico-privada, registros administrativos organizados con otras finalidades, como es el caso de los registros de vehículos automóviles que se llevan en las Jefaturas de Tráfico o el Registro de la Propiedad Intelectual o de la Propiedad Industrial, o bien por la posibilidad misma de construir registros especiales, dada la no dificultad de identificación que determinados bienes pueden presentar. Piénsese que la maquinaria industrial puede ser identificada por poseer numeraciones o signos que las distinguen de otra similar o incluso idéntica.

Aparece de esta manera una posible distinción entre bienes muebles susceptibles o no susceptibles de publicidad formal o, más brevemente dicho, registrables y no registrables, según que su existencia y sus características sean objeto de un registro público y que en su transmisión o en la constitución de gravámenes pueden seguirse reglas parecidas a las del Registro Inmobiliario.

Esta distinción ha ejercido alguna influencia en la Ley de 16 de diciembre de 1954, que organizó en nuestro derecho positivo la hipoteca inmobiliaria y la prenda sin desplazamiento de posesión.

En este apartado del cuaderno particional se reseñarán todos los bienes muebles que no tengan un encaje específico en los otros apartados del precepto, ya sean bienes muebles por naturaleza o por analogía, estos últimos son sencillamente los que, siendo conveniente que reciban el tratamiento jurídico de bienes muebles, no son cosas (127), siempre y cuando sean sus-

(127) A ciertos efectos, no obstante, ver norma excepcional del artículo 1 de la Ley Hipotecaria Naval.

ceptibles de apropiabilidad y pertenecieran al causante o tuviera algún derecho sobre ello; los muebles por naturaleza son los que siendo cosas, pueden ser trasladados de un lugar a otro sin menoscabo de ellos ni de cosa inmueble con la que se relacionen.

En este apartado del inventario irían, entre otros, reseñados los siguientes bienes. Analicemos distintos supuestos:

- a) Las *patentes, marcas* (128) y *demás derechos de la propiedad industrial* encajan mejor en el apartado 8 del inventario. Las marcas están equiparadas a los bienes muebles. Esta cualidad cabe atribuir la también al certificado-título de una patente de invención, tanto en cuanto documento en sentido material o instrumental, como en cuanto documento expresivo de una invención, toda vez que reúnen las notas esenciales caracterizadoras de los bienes muebles la apropiabilidad y la movilidad. La ley de hipoteca mobiliaria las enumera entre los bienes muebles que únicamente podrán ser hipotecados (art. 12, núm. 5.º).
- b) Los derechos de la *propiedad intelectual* relativos a la explotación de las obras comprendidas en la misma y transmisibles a los herederos. Igualmente a lo anterior encajan mejor en el apartado 8 del inventario (129).

(128) Sentencia de 17-9-1993. *RJ* 1993/6936 Recurso núm. 2249/1991. Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 3.ª de lo Contencioso-Administrativo. Ponente: Excmo. Señor don JOSE MARÍA MORENILLA RODRÍGUEZ. Fundamento de Derecho Segundo establece que se entiende por marca: «El concepto de marca, a tenor del artículo 118 del Estatuto de la Propiedad Industrial, se determina finalísticamente por ser un “signo o medio material, cualquiera que sea su clase y forma, que sirva para señalar y distinguir de los similares los productos de la industria, comercio y el trabajo”. La finalidad diferenciadora se desarrolla en el artículo 124.1, prohibiendo la admisión del registro como marcas de los distintivos que por su semejanza fonética o gráfica con otros ya registrados “puedan inducir a error o confusión en el mercado”. La determinación de la “semejanza” entre distintivos opuestos corresponde hacerla finalmente a los Tribunales al resolver sobre la pretensión de nulidad del acto administrativo que conceda o deniegue la inscripción solicitada valorando globalmente los elementos de la marca desde la perspectiva de la protección del consumidor “medio” para evitar la confusión en la adquisición o contratación de productos o servicios o una elección basada en el crédito o prestigio que corresponde a otra marca anterior por la asociación ideal entre ambos».

(129) *Propiedad intelectual*. Al ser la propiedad intelectual una propiedad especial, obviamente al fallecimiento de una persona deberá incorporarse al inventario de sus bienes como uno más los derechos de propiedad intelectual de que sea propietario o titular. La naturaleza jurídica de los derechos de propiedad intelectual sigue resultando en extremo controvertido. Las diversas posiciones doctrinales mantenidas: verdadero derecho de propiedad (SÁNCHEZ ROMÁN), propiedad incorporal (JOSSE RAND), privilegio o monopolio de Derecho Privado (VALVERDE), derecho sobre bienes jurídicos inmateriales (KNOFLER, ENNECERUS), derecho real sobre bien incorporal (RODRÍGUEZ ARIAS), derecho de usufructo, derecho patrimonial especial (RUGGIERO), derecho intelectual (PICARD), derecho de la per-

- c) Los *automóviles* que se distinguirán por su número de bastidor, matrícula, modelo, serie, marca y potencia fiscal. Las embarcaciones, a estos efectos queremos puntualizar que el buque es bien mueble (art. 585 del Código Civil) salvo ciertos objetos que, reputándose

sonalidad (GIERKE), derecho subjetivo de carácter absoluto. Del grupo de los derechos de monopolio jurídico (DÍEZ PICAZO y GULLÓN) tratan de dar respuesta a la polémica acerca del carácter personal o patrimonial de los derechos de propiedad intelectual. Predomina hoy en la doctrina y en la jurisprudencia españolas, frente a la dualista, una concepción unitaria (BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO), que aprecia la existencia inicial o germinal de un único derecho a favor del autor sobre su obra, si bien de doble contenido, personal como derecho moral de autor y patrimonial como monopolio de exploración de la obra, sometidos a regímenes enteramente distintos por más que indudablemente conectados incluso cuando los mismos puedan pasar a titulares diversos, propiciando un juego de intereses que recuerda a la interacción de los derechos reales en cosa ajena sobre el derecho de propiedad. A este esquema invariablemente, se acomodan todas las legislaciones positivas, si bien acentuando uno u otro aspecto. La Ley española es bien elocuente, cuando dice que «la propiedad intelectual por derechos de carácter personal y patrimonial, atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra». En el «doble aspecto», moral y patrimonial del derecho de autor, que sin embargo es «inescindible» y ha de ser contemplado en su unicidad insiste la jurisprudencia. La polémica transcrita tiene, claro está, su necesaria repercusión en cuanto al tratamiento que deba conferirse a los derechos de propiedad intelectual en relación con la sociedad de gananciales. Esquemáticamente, señalaremos: a) El derecho de propiedad intelectual, por la relevancia en él de las facultades personales, es un «derecho patrimonial inherente a la persona» y por ello perfectamente encuadrable como privativo en el artículo 1346.5 del Código Civil; b) Las obras de arte y las restantes obras del espíritu son asimismo en cuanto inherentes a la persona bienes privativos; c) Los beneficios derivados del ejercicio de los derechos de explotación sobre la obra son gananciales por ser frutos en aplicación del artículo 1347.2 del Código Civil (y no 1347.1 del Código Civil), salvo que consistan en el precio obtenido por la enajenación de la obra o que se esté en presencia de una cesión onerosa y exclusiva de derechos por tanto alzado sobre la misma, en cuyo caso serán privativos («a costa o en sustitución»: art. 1346.3 del Código Civil). La Constitución Española regula este derecho como de competencia exclusiva del Estado, en el artículo 149.19. En el tratamiento constitucional de la figura ha podido con razón destacarse el «sugerente enmarque entre otras libertades básicas para el funcionamiento democrático de la sociedad» de la concerniente a la libertad de creación espiritual que hace posible el surgimiento de una propiedad intelectual. Así, la Constitución Española, tras dejar reconocidas las libertades de expresión y difusión de pensamientos, ideas y opiniones; libertad de cátedra y libertad de comunicar y recibir información, eleva, en su artículo 20.1.b, al rango de derecho fundamental el de «producción y creación literaria, artística, científica y técnica», que tiene como límite el respeto a otros derechos fundamentales, entre ellos, el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen, así como la protección de la juventud y de la infancia (20.4), si bien el contenido «fundamental» constitucionalmente reconocido, como dice la STS de 9 de diciembre de 1985, es «un derecho genérico e impersonal a producir o crear obras artísticas»; y no «el resultado, que hace surgir un derecho especial, el derecho de autor, que no es en sí un derecho de la personalidad», porque carece de la nota indispensable de la esencialidad o consustancialidad a la persona, porque no toda persona es autor. La doctrina se muestra conforme en negar al derecho moral de autor (mejor a las facultades) el rango de derecho de la personalidad, que no de derecho personal. La regulación legal de la cuestión se contiene en el Texto Refundido

también jurídicamente buques (art. 146 RRM de 1956), son considerados inmuebles (tal vez por el uso) en determinadas circunstancias (art. 334-9.º del Código Civil). Estos bienes sí irán propiamente en este apartado del inventario.

- d) Las *rentas y pensiones* que no graven con carga real una cosa inmueble irían en el apartado 8 del inventario, aunque sean muebles, tén-gase en cuenta que si le gravan, son inmuebles (art. 334-10 del Có-digo Civil), y se relacionarían en otro apartado del inventario. Si son muebles, como la renta vitalicia, irían en el apartado 8 del inventario (1.066-8.º) (art. 1.805 del Código Civil, considera a la renta vitalicia como mueble) (130).
- e) Igual ocurre con los *contratos sobre servicios públicos*, estos contra-tos mencionados en el artículo 336 son contratos administrativos, regulados por la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (131). Los contratos en general tienen el concepto de bienes

de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Se trata de un largo texto legal de hasta 158 artículos donde se regulan los diversos aspectos de la propiedad intelectual. Se señala que «la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el sólo hecho de su creación» (art. 1) y que «La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley» (art. 2).

(130) El artículo 336 exige para calificar de bienes muebles a las rentas que no graven con carga real una cosa inmueble; siendo por lo demás indiferente que sean vitalicias o hereditarias, o que estén afectas a una persona o a una familia. La renta vitalicia tiene, por tanto, la consideración de cosa mueble. Y este carácter legal sólo podrá quedar desvirtuado, empleando los propios términos del legislador, cuando la renta grave con carga real un bien inmueble, en cuyo caso tendría que ser incluido dentro del número 10 del artículo 334. A ello se opone, sin embargo, la norma contenida en el artículo 1.805, en su último inciso, según la cual el acreedor o pensionista carece de todo derecho con respecto a los bienes muebles e inmuebles entregados para constituir la renta; no estando tampoco facultado para exigir su devolución, ni aun en el caso de incumplimiento por parte del deudor de su obligación de pago de la pensión a que se comprometió. Del precepto del artículo 1.805 se deduce, y ello es esencial a la renta vitalicia, que ésta se devenga con cargo a un capital en bienes muebles o inmuebles que se entregan al deudor de la renta, los que recibe en propiedad con la carga de la pensión (art. 1.802). Por tanto, no es de confundir el capital gravado con la renta, que puede ser bienes inmuebles, y la pensión, que salvo en el supuesto indicado es bien mueble, y que puede consistir en una suma de dinero o en una determinada cantidad de cosas fungibles (en especie) o bien ser una pensión mixta (parte en dinero y otra cosa en especie). En el precepto del artículo 336 cabe incluir no sólo las rentas vitalicias derivadas de contratos de Derecho privado, sino también las rentas procedentes del Estado en cuanto afecten a personas y no graven un inmueble.

(131) Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, Reglamento General de Contratación del Estado. Establecen los artículos 4 y 5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas:

transmisibles, ya que el Código Civil regula su cesión (arts. 1.526 y sigs.) como situación jurídica que es diversa de la cesión del crédito o de la asunción de un débito, y dentro de los bienes, al no tener la conceptualización legal de inmuebles, han de considerarse conforme al artículo 336 bienes muebles. Consecuencia de este razonamiento es que una especie de contratos, como son los relativos a servicios públicos, sean también legalmente conceptuados bienes muebles. Se contrapone sin duda aquí la calificación legal a la que se adopta para las concesiones administrativas de obras públicas, que se consideran bienes inmuebles (art. 334, núm. 10). Es enigmática esta referencia que el artículo 336 contiene, pues para poder hablar de bienes muebles es menester que existan elementos patrimoniales susceptibles de apropiación (confróntese los arts. 333 y 335), que sean de alguna manera objeto de un tráfico económico. Por esta razón, la referencia a los «contratos» tiene que ser de algún modo una equivocación y hay que entenderla hecha no a los contratos sino a los derechos de crédito derivados de los contratos. Siendo ello así, no se ve razón especial para limitarla a los contratos sobre los servicios públicos, puesto que toda relación derivada de un crédito, salvo que éste tenga la condición especial de inmueble, será un bien mueble. El Código Civil asigna el tratamiento de los bienes muebles a estas posiciones contractuales cuando se ceden. Encajan conforme al 1.066-8.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el apartado Derechos y acciones del inventario.

Artículo 4.—Libertad de Pactos.

La Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración, y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica a favor de aquélla.

Artículo 5.—Carácter administrativo y privado de los contratos.

1. Los contratos que celebre la Administración tendrán carácter administrativo o carácter privado.

2. Son contratos administrativos:

a) Aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios y los que se celebren excepcionalmente con personas físicas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales.

b) Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por decirlo así una ley.

c) Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables.

- f) *Cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios.* La hipoteca inmobiliaria se considera bien inmueble (art. 334-10.º del Código Civil) pero el documento o título que sirve para transmitir el derecho real mencionado incorporando el crédito garantizado se considera bien mueble. Es un bien mueble por analogía o por ficción legal, la razón por la que el Código Civil los convierte en muebles, parece ser que desea facilitar la articulación en el mercado de la posición del acreedor hipotecario, como la de legislación mercantil facilita la transmisión de acciones de sociedades anónimas dotadas de patrimonios en gran medida integrados por inmuebles. Desde el punto de vista hipotecario, su característica principal es que son indeterminados los titulares sucesivos de la hipoteca; ésta sigue al título, transmitiéndose por su endoso o tradición; o sea, como las cosas muebles, según régimen extraño al Registro Inmobiliario. Por tanto, las cédulas a que se refiere el artículo 336 del Código Civil son títulos o papeles que tienen incorporado el crédito hipotecario y a base del cual únicamente puede transferirse éste. Una de las aspiraciones reformistas del actual régimen hipotecario es dar amplitud a las cédulas hipotecarias, como forma más adecuada para la movilización del valor de la propiedad territorial y la intensificación del crédito inmobiliario. Esto se relaciona con el tema de la deuda territorial o hipoteca independiente. Su ubicación estaría en el grupo octavo del inventario (1.066-8.º LEC). En base a lo dicho en este apartado en el mismo irían, según mi opinión, relacionados los bienes muebles por naturaleza, las cosas, los bienes muebles por analogía encajan mejor en el artículo 1.066 apartado octavo. Si dichos bienes han tenido acceso a un Registro Público, como los muebles adquiridos con arreglo a la Ley de venta de bienes muebles a plazos, se hará referencia a los datos de inscripción de los mismos para su identificación en el respectivo Registro.
- g) *Establecimiento mercantil.* Aunque en principio podría considerarse inmueble. Nosotros somos partidarios de considerarlo como un derecho y encajaría mejor en el número 8 del inventario en el grupo derechos y acciones. La Ley de Hipoteca Mobiliaria les otorga la consideración de mueble, criterio compartido de antiguo por la normativa legal (Real Orden de 25 de abril de 1894, art. 12) y la jurisprudencia.
- h) *Los oficios enajenados* (132).

(132) Se trata de una institución que cabe calificar de anacrónica; consistían en el empleo o destino cuya provisión por una o más veces vendía la Corona hasta principios del siglo xix como fuente de ingresos. Solían ser cargos que no tenían jurisdicción directa,

- i) *Buques*. El buque se ha considerado como cosa mueble *sui generis*; el Código de Comercio, en su artículo 585, dice que «seguirán los buques su condición de bienes muebles», a menos que el propio Código disponga lo contrario, asimilándolos a las cosas inmuebles por fingir que poseen esta naturaleza. Pero en realidad no se necesita de esa ficción para que el buque pueda ser sometido a hipoteca, según la Ley de 21 de agosto de 1893 (Ley de Hipoteca Naval), ya que ese gravamen puede ser impuesto también sobre bienes muebles; ni tampoco deben ficticiamente considerarse inmuebles porque se exija para adquirir su propiedad la forma escrita y la inscripción, ya que estas formalidades no alteran la naturaleza de la cosa. Como se ha visto, la publicidad registral es requerida actualmente para cosas muebles, como los automóviles, las aeronaves, que son individualizables y poseen gran importancia económica y social. El concepto de buque a los efectos de su calificación como cosa mueble no puede ampliarse hasta abarcar los diques, que, según el artículo 334, número 9, del Código Civil considera bienes inmuebles. De ahí que la inclusión que en el concepto de buque hace el artículo 146 del Reglamento de Registro Mercantil de los diques flotantes y otros aparatos destinados al comercio o la industria marítimas, haya de referirse necesariamente a los no incluidos en el citado precepto civil sustantivo, es decir, a los no destinados a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa. Ello aparte de que, aun en caso de contradicción palmaria entre el precepto sustantivo y el reglamentario, este último carecería de vigencia por imponerlo la jerarquía legislativa (art. 1.º, párrafo 2 del Código Civil).
- j) *Los bienes de equipo*. Modernamente ha sido con reiteración utilizado el concepto de «bienes de equipo». Originariamente parece tratarse de un concepto de las ciencias económicas que después se ha trasladado al campo del derecho. Los «bienes de equipo» son bienes

propia e importante. De entre ellos merecía destacar los oficios de fe pública que conferían la facultad de ejercer la profesión notarial a sus adquirentes. El sistema era muy defectuoso; la enajenabilidad de los oficios pervirtió la dignidad de la función notarial dada la diversidad de potestades que designaban escribanos la Iglesia, el Estado, las ciudades, los pueblos, las corporaciones y la superabundancia de fedatarios incompatibles con el recto desempeño de la función. Por ello, uno de los principios en que se inspiró la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862, fue la reversión al Estado de los oficios enajenados, considerando el cargo como una función pública y creando una sola clase de notarios (la unificación de la fe pública extrajudicial que preconizaba esta ley, hoy se ha conseguido ya con la unificación con los corredores de comercio). La reversión aludida se llevó a cabo por dicha Ley, completada por la de 18 de junio de 1870. Por todo ello, en una reforma del Código Civil ha de eliminarse la alusión a estos bienes muebles constitutivos de los antiguos oficios enajenados.

que en el lenguaje jurídico hay que considerar como esencialmente muebles, aunque posteriormente inmovilizados en virtud de una relación de incorporación o de una relación pertenencial respecto de un bien inmueble. Son fundamentalmente bienes de capital utilizados en un proceso de producción: instalaciones básicas, maquinaria, etc. El concepto ha sido utilizado sobre todo en legislación especializada de naturaleza administrativa. La primera utilización clara que conocemos es la que se produce en la Ley de 1 de mayo de 1960, sobre régimen arancelario, en cuyo artículo 4, regla 3.^a, se dice que «podrán establecerse derechos reducidos a la entrada de bienes de equipo, destinados a instalaciones básicas o de interés económico-social, mientras no se fabriquen en España y favorezcan el desarrollo económico del país». Esta norma fue más tarde desarrollada por el Decreto de 20 de septiembre de 1965, que contiene el Arancel de Aduanas, donde se vuelve a hablar de «bienes de equipo que se importen con destino a instalaciones básicas o de interés económico-social». Otro sector, en el que el concepto de «bienes de equipo» ha sido utilizado, es el relativo a las normas reglamentarias sobre financiación de ventas a plazos que, cuando tienen por objeto bienes de equipo, hacen objeto de un tratamiento especial a los créditos para su financiación.

8. INMUEBLES: NOCIÓN, CLASES Y FORMAS DE DESCRIBIRLOS SEGÚN
LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA

La *doctrina jurídica española* viene clasificando los inmuebles aludidos en el artículo 334 (133) en cuatro grupos:

(133) Establece el artículo 334 del Código Civil: «Son bienes inmuebles: 1.º Las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo. / 2.º Los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble. / 3.º Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto. / 4.º Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble de tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo. / 5.º Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma. / 6.º Los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietarios los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca, y formando parte de ella de un modo permanente. / 7.º Los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse. / 8.º Las minas, canteras y escoriales, mientras su materia permanece unida al yacimiento y las aguas vivas o estancadas. / 9.º Los diques y construcciones, que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condi-

- a) Inmuebles por naturaleza (art. 334.1.º y 334.8.º).
- b) Inmuebles por incorporación (resto del 334.1.º y 334.2.º y 3.º).
- c) Inmuebles por destino (334.4.º, 5.º, 6.º y 7.º y, según algunos el número 9.º del art. 334).
- d) Inmuebles por analogía (núm. 10 del art. 334).

Veamos algunas opiniones doctrinales al respecto:

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA (134) señala lo siguiente: «a) Inmuebles por naturaleza, los de los números 1 y 8 del artículo 334 del Código Civil; b) Inmuebles por incorporación, los de los números 1, 2 y 3 del artículo 334 del Código Civil; c) Inmuebles por destino, los de los números 4, 5, 6, 7 y, según algunos autores, también el número 9 del artículo 334 del Código Civil; d) Inmuebles por analogía, los del número 10 del artículo 334 del Código Civil».

DÍEZ PICAZO (135) señala que «Es tradicional configurar, dentro del artículo 334, cuatro grupos y cuatro criterios de ordenación: a) los inmuebles por naturaleza; b) los inmuebles por incorporación; c) los inmuebles por destino o por destinación; d) los inmuebles por analogía. Por naturaleza son inmuebles únicamente el suelo y el subsuelo. Todos los demás bienes, en orden a su calificación como inmuebles, están influidos por criterios jurídicos o jurídico-económicos, entre los que destacan especialmente las ideas de incorporación y del destino o de la destinación».

CLAVERÍA GOZÁLBEZ (136) expresa sobre esta cuestión, que «La doctrina jurídica española, en los cursos y manuales de Derecho civil... viene clasificando los bienes inmuebles, aludidos en el artículo 334, en cuatro grupos: a) Inmuebles por naturaleza: a este grupo pertenece el suelo, mencionado al principio del número 1 con el término tierras y los bienes contenidos en el número 8; b) Inmuebles por incorporación: a este grupo pertenecen los bienes mencionados en el resto del número 1.º y en los números 2.º y 3.º...; c) Inmuebles por destino: a este grupo pertenecen los objetos mencionados en los números 4.º, 5.º, 6.º y 7.º, y según algunos 9.º, del artículo 334...; d) Inmuebles por analogía: a este grupo pertenecen las concesiones adminis-

ciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa. / 10.º Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles».

(134) SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, INMACULADA, *La hipoteca y los bienes inmuebles por destino*, Editorial MacGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 34 y 35.

(135) DÍEZ PICAZO, LUIS, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III, «Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión», Madrid, 1995, pág 186.

(136) CLAVERÍA GOSÁLVEZ, LUIS-HUMBERTO, *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, 2.ª ed., Tomo I, págs. 924 y 925.

trativas de obras públicas, las servidumbres y demás derechos reales sobre inmuebles, figuras contempladas en el número 10.º del artículo 334: obviamente no se trata de bienes inmuebles sino de posiciones jurídicas que tienen a estos por objeto...».

Con un carácter minoritario en la doctrina, DE PABLO CONTRERAS (137) señala la siguiente clasificación de los bienes inmuebles: «B) Bienes inmuebles, dentro de los cuales podemos distinguir: bienes inmuebles por naturaleza, por incorporación... y los bienes complejos por destino...».

Los *diferentes párrafos del artículo 334* merecen algún breve comentario:

- *Párrafo 1.º* Con el término «tierras» se alude al suelo, tanto rústico como urbano, esto es, a lo que hemos llamado inmuebles por naturaleza. También son inmuebles por naturaleza «los caminos». Son también bienes inmuebles por incorporación los edificios y las construcciones si están adheridas al suelo. Dicha adherencia provoca que la construcción sea parte del inmueble. Tanto los edificios como las construcciones adheridas son, más que inmuebles, partes integrantes del inmueble compuesto por suelo y vuelo, esto es, se trata de bienes concebidos en tres dimensiones. Respecto de los molinos, no siendo reputados edificios en nuestro derecho hipotecario parece que son construcciones, luego sólo serán inmuebles si se hallan adheridos al suelo.
- *Párrafo 2.º* Es un caso de inmuebles por incorporación. Entre los frutos aludidos no se incluyen los civiles.
- *Párrafo 3.º* Es otro caso de inmuebles por incorporación de partes de inmuebles, la inmovilización se produce cuando acaece la incorporación efectiva no por entrar los materiales en la obra y dura hasta que el objeto incorporado se separa.
- *Párrafo 4.º* Parece que este precepto no sólo comprende, como se designa habitualmente, los llamados inmuebles por destino, sino también algunos inmuebles por incorporación.
- *Párrafo 5.º* Comprende este texto, entre otros, los bienes adscritos a una empresa agraria, comercial o industrial. Es un claro ejemplo de pertenencia (138).

(137) DE PABLO CONTRERAS, «Comentario a la sentencia de 10 de mayo de 1989», en CCJC, abril-junio 1989, págs. 560 y sigs.

(138) Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de marzo de 1986. Ponente: MARIANO MARTÍNEZ-GRANIZO FERNÁNDEZ. RJ 1986/1253. En orden a la extensión objetiva de la hipoteca sobre determinados bienes muebles colocados en una industria hotelera los considera pertenencias. En su Fundamento de Derecho cuarto señala: «4. El motivo no merece mejor solución que el precedentemente rechazado. Primero: Porque en el citado documento se contiene pacto expreso en orden a la extensión objetiva de la hipoteca, no siendo necesario para su validez y eficacia que en el mismo se especifiquen los muebles, enseres y utensilios que a título de accesorios, elementos integrantes, pertenencias, etc.,

- *Párrafo 6.º* Es discutible si la inmovilización afecta a los animales o no; si está claro que afecta a los viveros y demás instalaciones muchos de las cuales encajan mejor en las construcciones del número 1 que en los inmuebles por destino, siendo, por ello, este texto del número 6.º alusivo tanto a partes de cosas como a pertenencias.
- *Párrafo 7.º* Alude a los abonos destinados al cultivo de una heredad. Su situación revela, por sí sola, en este supuesto la relación de servicio. Es una pertenencia consumible ex artículo 337 del Código Civil, no obstante la consumibilidad es compatible con la estabilidad propia del vehículo pertenencial.
- *Párrafo 8.º* No parece referirse a las minas, canteras y escoriales en sí mismos, aludidos en el número 1, sino a los minerales y materiales, mientras permanezcan unidos a las mismas, las canteras o los escoriales, pues, separados de éstos, son bienes muebles.
- *Párrafo 9.º* Algunas de las construcciones contempladas en este precepto, reputados inmuebles por él son consideradas muebles en Derecho Mercantil (arts. 585 del Código de Comercio y 146 RRM). Esta autonomía puede resolverse entendiendo que tales bienes muebles devienen inmuebles por destino si se dan los requisitos previstos en este número 9 del artículo 334 del Código Civil.
- *Párrafo 10.º* Según este apartado, se reputan asimismo inmuebles determinados derechos reales: los derechos reales comunes del Código Civil (incluyendo, naturalmente, las servidumbres) y los derechos reales de carácter administrativo, derivados de concesiones, que recaigan sobre inmuebles, aún los de dominio público. Se trata, como hemos apuntado al principio, de bienes inmuebles por analogía.

sean propios de la industria a cuya explotación o desarrollo se destinan. Segundo: Porque el artículo ciento nueve de la Ley Hipotecaria, al extender la hipoteca además de a las accesiones naturales “a las mejoras” que pueda experimentar la finca hipotecada, está dando a entender claramente como en la generalidad de los casos la incorporación a aquella de unas y otras se opera con posterioridad a la constitución de referido derecho real sobre el inmueble objeto de la misma, circunstancia temporal *ex post facto*, ésta, que, en principio, no puede excluir de la extensión a los muebles incorporados por accesión natural o mejora. Tercero: Porque en éste (no puede olvidarse que se trata de la construcción de un edificio para constituirle en hotel y explotarle como tal industria), la individualización o determinación de los objetos a que la hipoteca puede extenderse se opera en cierto modo por el destino que se les asigna; y es evidente, que al hablarse de “mejoras” en la escritura de constitución de la hipoteca de nueve de diciembre de mil novecientos setenta y dos y venir el edificio que se iba a construir destinado a la industria hotelera, como así se hace constar en referido documento, dicho derecho real de garantía ha de entenderse extendido a los objetos que fueron reclamados en la tercera de dominio que aquí concluye».

Una vez concluida esta precisión conceptual del artículo, trataremos algunas cuestiones claves, profundizando en las mismas.

Concepto de incorporación. El legislador utiliza de forma notablemente imprecisa el concepto de incorporación. Así, por una parte, nos habla de adherencia o adhesión al suelo, especialmente en materia de construcciones; por otra parte, se habla de unión a la tierra, cuando se hace referencia a las plantas y árboles; se habla también de integración; y también de unión de una cosa con un inmueble. Ahora bien, en todo caso para poder hablar de incorporación debe haber una unión de carácter permanente. En rigor, el criterio de la incorporación hay que ponerlo de acuerdo con las técnicas constructivas y con lo que el Código llama parte integrante, en el sentido de que la separación supone un quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto...» (139).

Diferencia entre los inmuebles por incorporación o pertenencias y los inmuebles por destino o pertenencias (140). *Las diferencias son:*

«1.^a Los elementos integrantes contribuyen a formar la cosa de que se trate de modo que sin cualquiera de ellos, la cosa no se reputa completa para

(139) DÍEZ PICAZO, LUIS, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III, «Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión», Madrid, 1995, pág. 187. Pero debe haber algo más que una unión permanente. «La “manera fija” de la unión de que habla el artículo 334.3.º no es una fijeza en el sentido de permanencia o estabilidad, sino una fijeza física que se aproxima a la idea de la adherencia o adhesión al suelo en el sentido del artículo 334.1.º Depende de unas determinadas técnicas de construcción..., de tal forma que la cosa fijada con arreglo a esas técnicas de construcción sólo puede separarse quebrantando la materia o deteriorando el objeto. De esta suerte, parece que hay dos modos de fijación de las cosas respecto de los suelos, según la mayor o menor dificultad posterior de la separación o según que la posterior separación pueda hacerse con o sin quebrantamiento o deterioro».

(140) La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de febrero de 1991, de la que fue ponente JOSÉ ALMAGRO NOSETTE. *RJ* 1991/1607, perfila el concepto sobre esta cuestión. Así nos dice: «QUINTO.—El segundo motivo, al amparo del mismo ordinal, se funda en la errónea interpretación del artículo 112 de la Ley Hipotecaria y en la violación por inaplicación del artículo 111, cuando, en realidad, el soporte jurídico básico del máximo alcance de la extensión de la hipoteca es precisamente el artículo 111 que, en combinación con la cláusula de la escritura de constitución de la hipoteca, relativa al contenido pactado de la misma, comprende en su ámbito aplicativo los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada para el servicio de alguna industria y tal carácter tienen, desde luego, el mobiliario, los enseres, utensilios, objetos de adorno y demás elementos mobiliarios que componen la total dotación mobiliaria de un hotel, en cuanto que los servicios propios de hospedería, manutención y celebración de actos sociales, festejos o agasajos que presta así lo exige, en consonancia con el rango que determina su categoría o clasificación administrativa, de alta calidad en el caso presente. La mera referencia que en las consideraciones de la sentencia de la Sala sentenciadora, se hace al artículo 112 para extraer un argumento de apoyo *a sensu contrario*, no tiene el alcance que quiere darle la parte, pues no basa en tal precepto directamente su resolución, sino que los utiliza para reforzar los argumentos empleados por la sentencia de primera instancia para rechazar también en este punto la demanda. En consecuencia, este segundo motivo, perece».

desempeñar su función ordinaria o para ser ella misma. La incorporación produce una unión material de lo incorporado... Por el contrario, las partes accesorias o pertenencias son cosas destinadas por la persona legitimada al servicio de otra cosa principal ya completa, conservando su propia individualidad... 2.^a Las consecuencias jurídicas de que se considere un determinado bien como “parte integrante” o “pertenencia” son que para que una cosa deje de ser considerada parte integrante es necesaria la separación entre ésta y el inmueble al que ha sido colocada, destinada o afecta. Por el contrario, en el caso de la “pertenencia” basta una disposición jurídica del dueño que realizó el acto de destinación para que ésta deje de estar destinada al inmueble al que se adjudicó de forma estable y duradera... Parece que el criterio de la “perfección” es el más consolidado en el sentido de que la parte colabora en la perfección de la cosa y la pertenencia sirva a ésta, la mejora y le facilita su uso...» (141).

Requisitos que determinan los *inmuebles por destino* podemos resumirlos en los siguientes términos:

«La mayoría de los autores estudian los requisitos siguiendo la siguiente clasificación: 1.º Destinación. 2.º Relación de servicio, y 3.º Estabilidad o permanencia... Independientemente de cuál sea el criterio que escojamos para clasificar, son tres los requisitos acumulativos que se exigen para que un determinado bien adquiera la cualidad de “pertenencia” o “bien inmueble por destino” a pesar de ser mueble por naturaleza; relación de servicio, estabilidad o permanencia y el acto de destinación: Elegimos este orden de exposición porque consideramos más oportuno dejar en último lugar el tercero de los requisitos mencionados por los interesantes problemas prácticos que plantea» (142). Brevemente consideremos estos requisitos.

En primer lugar, *Relación de servicio*. Se trata de una unión no material o física sino económica y jurídica, por el cual, un bien que no pierde su individualidad y no sufre modificaciones se destina al servicio u ornamento de otro. Este destino que un bien presta a otro y que hace que el bien mueble por naturaleza sea inmueble por destino puede ser agrícola, comercial, industrial, suntuario o de embellecimiento u ornamento. La relación de servicio constituye la objetivación del requisito del acto de destinación.

En segundo lugar, *Permanencia o estabilidad*. No se trata que la relación de servicio sea permanente e inmodificable, sino que sea posible determinar

(141) SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, INMACULADA, *La hipoteca y los bienes inmuebles por destino*, Editorial MacGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 36 y 37.

(142) SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, INMACULADA, *La hipoteca y los bienes inmuebles por destino*, Editorial MacGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 59.

por actos externos el propósito del destinante de mantener permanentemente la relación de servicio. No se dará la relación de servicio cuando el destino sea transitorio o pasajero. En definitiva, la relación de destinación debe ser permanente y no pasajera, sin que sea impedimento para esto que la cosa destinada sea separada de forma esporádica de la cosa principal.

En tercer lugar, *El acto de destinación*. «Cabe cuestionarse si el acto de destinación es un mero hecho jurídico, un acto o un negocio. Cuestión esta que se encuentra íntimamente ligada a la concepción que tengamos del fenómeno pertenencial, es decir, según adoptemos una posición objetivista siguiendo a ANDREOLI (prevalencia de la relación de subordinación) o subjetivista como CONTURSI-LISI (prevalencia de la voluntad del titular de derechos sobre las cosas)... a) Negocio jurídico. Quienes así lo ven consideran que el acto de voluntad del propietario no se expresa en palabras, pero se hace por medio de hechos por los cuales una cosa es puesta al servicio de otra...; b) Un acto jurídico. Quienes así lo entienden consideran que no se puede estimar que se produzca una preeminencia del elemento objetivo o del subjetivo, pues ambos elementos son necesarios... «acto jurídico de destinación» no es un mero hecho jurídico, ya que se exige un determinado requisito de legitimación, y tampoco es un negocio jurídico porque, el destinante, al realizar el destino, pretende el acto en sí mismo y no los efectos jurídicos...» (143).

En cuanto a la legitimación para realizar el acto de destinación entendemos que no es necesario que lo haga el propietario, aunque obviamente puede hacerlo, bastará que lo realice quien tenga sobre la cosa un derecho real o personal suficiente para ello. En definitiva, bastará que tenga sobre la cosa un derecho de uso.

Inmuebles por analogía. Podemos entender por tales a bienes de naturaleza incorporal o derechos, en los cuales, por sus características no cabe plantearse el tema de la movilización. Dado su carácter incorporal, no cabe hablar de bienes, lo que ocurre es que se les asimila o equipara a los inmuebles a los efectos de aplicación de un régimen jurídico determinado.

Perfilado el concepto de bien inmueble hemos de plantearnos cómo hay que realizar su inventario, es decir, qué datos hay que contener sobre el inmueble para que la *descripción* del mismo en el inventario sea correcta y suficiente. Hemos de acudir a los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, donde se contienen las circunstancias generales que la descripción de un inmueble debe contener para su inscripción en el Registro de la Propiedad. Dispone el *artículo 9 de la Ley Hipotecaria*: «Toda inscripción que se haga en el Registro expresará las circunstancias siguientes: 1.^a La naturaleza, situación y linderos de los inmuebles objeto de la inscripción, o

(143) SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, INMACULADA, *La hipoteca y los bienes inmuebles por destino*, Editorial MacGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 65, 66 y 67.

a los cuales afecte el derecho que deba inscribirse, y su medida superficial, nombre y número, si constaren en el título. 2.^a La naturaleza, extensión y condiciones, suspensivas o resolutorias, si las hubiera, del derecho que se inscriba, su valor, cuando constare en el título. 3.^a El derecho sobre el que se constituye el que sea objeto de la inscripción. 4.^a La persona natural o jurídica cuyo favor se haga la inscripción. 5.^a La persona de quien procedan inmediatamente los bienes o derechos que deban inscribirse. 6.^a El título que se inscriba, su fecha, y el Tribunal, Juzgado, Notario o funcionario que lo autorice. 7.^a La fecha de presentación del título en el Registro y de la inscripción. 8.^a La firma del Registrador, que implicará la conformidad de la inscripción con la copia del título donde se hubiere tomado. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo especialmente establecido para determinadas inscripciones» (144).

El artículo 9 se encuentra complementado por el *artículo 51 del Reglamento Hipotecario*. Para exponer este precepto podemos seguir la clásica clasificación expresada por SANZ FERNÁNDEZ que distingue entre circunstancias de la finca, del derecho, del titular, del título y las que son de orden fiscal y formal del asiento. Obviamente precisaremos sólo las circunstancias referentes a la finca y al derecho.

Circunstancias referentes a la finca. Párrafos 1 al 4 del artículo 51. Son la naturaleza, situación y linderos y medida superficial de la finca:

- a) Naturaleza. La naturaleza de la finca se determinará expresando si es rústica o urbana, y en aquéllas si se dedican a cultivo de secano o de regadío, y, en su caso, la superficie aproximada destinada a uno y otro.
- b) Situación y linderos. La situación de las fincas rústicas se determinará expresando el término municipal, pago o partido o cualquier otro nombre con que sea conocido el lugar en que se hallaren; sus linderos, por los cuatro puntos cardinales; la naturaleza de las fincas colindantes y cualquier circunstancia que impida confundir con otra la finca que se inscriba, con el nombre propio, si lo tuviere. Si constaren, se consignarán los números del polígono y de la parcela. La situación de las fincas urbanas se determinará expresando el término municipal y pueblo en que se hallen, el nombre de la calle o sitio, el número, si lo tuvieren, y los que hayan tenido antes, manzana o zona en la que se hallen, el nombre del edificio si fuere conocido por alguno propio; linderos por la izquierda (entrando de frente), derecha

(144) La omisión de estas circunstancias supone una sanción contenida en el artículo 30 de la misma Ley al establecer que las inscripciones de los títulos contenidos en los artículos 2 y 4 serán nulas si en ellas se omite o se expresan con inexactitud sustancial algunas de las circunstancias comprendidas en el artículo 9.

y fondo, la referencia catastral, si constare, manifestándose la naturaleza de la finca colindante y el nombre de su dueño, y cualquier circunstancia que sirva de otra la finca descrita. Las fincas urbanas cuyos linderos no pudieran determinarse en la forma expresada se designarán por los cuatro puntos cardinales.

- c) Medida superficial. La medida superficial se expresará en todo caso y con arreglo al sistema métrico decimal sin perjuicio de que pueda también constar la equivalencia a las medidas del país. Cuando la identificación de la finca se complemente con la referencia a un plano incorporado a la escritura, se acompañará una copia autenticada de éste para su archivo en el Registro. Cuando los requisitos exigidos en la legislación hipotecaria constaren ya en inscripciones o anotaciones precedentes al asiento que se haya de extender, no se repetirán en éste si resultaren conformes con los asignados en los títulos que lo motiven. En caso de disconformidad, se expresarán las diferencias que resulten entre el Registro y el título.

Circunstancias referentes al derecho. Párrafos 5, 6, 7 y 8 del artículo 51 del Reglamento. Son la naturaleza, extensión, condiciones, cargas y valor del derecho:

- a) Naturaleza. Se expresará con el nombre que se le dé en el título, y si no se le diere ninguno, no se designará tampoco en la inscripción.
- b) Extensión. Para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba, se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas, rescisorias, resolutorias y revocatorias establecidas en aquél. No se expresarán en ningún caso las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real.
- c) Cargas. Las cargas y limitaciones de la finca o derecho que se inscriba se expresarán indicando brevemente las que consten inscritas o anotadas con referencia al asiento donde aparezcan. Si hay diferencia con lo que conste en el Registro se hará constar la diferencia. En ningún caso se harán constar los derechos expresados en el artículo 98 de la Ley, ni los aplazamientos del precio no asegurados especialmente.
- d) Valor. Se hará constar el valor de la finca si constare en el título y en igual forma que apareciese en éste.

Nos quedan por estudiar las *fincas especiales* que son aquellas entidades hipotecarias que sin ser una finca material (o sea, superficie encintada o encerrada en un solo perímetro) reciben la consideración o trato hipotecario

de las fincas normales a los efectos de la apertura de la correspondiente hoja registral. Como casos típicos de estas fincas especiales, que habría que enumerar en esta parte del inventario, se señalarán las siguientes:

Fincas discontinuas. Son unidades físicas independientes, trozos de terrenos no colindantes entre sí, pero que por alguna razón jurídica o económica se encuentra en situación de interdependencia recíproca. Tales son:

- a) El territorio de cada foral, es decir, el supuesto de varias fincas dadas en foro. Se refiere a este supuesto el artículo 81 de la Ley Hipotecaria.
- b) Las explotaciones agrícolas, con o sin casa labor, siempre que constituyan una unidad orgánica, aunque las porciones que las integren no sean colindantes (por ejemplo, la casa cortijo, por un lado, y adscritos a ella en unidad de explotación, diez hectáreas de regadío allí y quince hectáreas de pastos allá, es decir, no colindantes entre sí), artículo 8.2 de la Ley Hipotecaria.
- c) Las explotaciones familiares agrarias. Artículo 44 del Reglamento Hipotecario.
- d) Las explotaciones industriales que formen un cuerpo de bienes unidos o dependientes entre sí. Artículo 8.2 de la Ley Hipotecaria.

Fincas por equiparación. Garajes. Establece el artículo 68 el Reglamento Hipotecario que «la inscripción de la transmisión de cuota indivisa de finca destinada a garaje o estacionamiento de vehículos, que lleve adscrita el uso de una o más plazas determinadas, podrá practicarse en folio independiente que se abrirá con el número de la finca matriz y el correlativo de cada cuota. Dicha inscripción se realizará a solicitud del titular registral o del adquirente, o cuando el Registrador lo considere necesario para mayor claridad de los asientos. La apertura de folio se hará constar por nota al margen de la inscripción de la finca matriz». Es decir, el Reglamento Hipotecario prevé la inscripción como finca registral independiente la de un garaje transmitido como cuota indivisa sobre el conjunto de la planta de garajes en la que se concrete el uso sobre una plaza concreta. También puede configurarse como finca independiente, y no como cuota indivisa que otorga el derecho a usar dos o más plazas determinadas, esta segunda forma es más barata para el adquirente desde el punto de vista notarial y registral.

Concesiones administrativas. Dentro de las concesiones administrativas debemos incluir las de ferrocarriles, minas, canales, carreteras, autopistas, pantanos, así como las explotaciones industriales destinadas a la producción o distribución de energía eléctrica, reguladas todas ellas en los artículos 31 y 60 a 67 del Reglamento Hipotecario. La problemática que plantea la inscripción de las concesiones administrativas reside en saber si la finca es propia-

mente la concesión o el objeto sobre el que recae la misma concesión. Se admite que la finca es la misma concesión, entendida ésta como un derecho subjetivo sobre la finca, que es la mina, el ferrocarril..., etc. Lo que ocurre es que, como son bienes de dominio público y, en principio, éste está exceptuado de la inscripción, no cabe respecto de dichos bienes una primera inscripción de dominio, como exige el artículo 7 de la Ley Hipotecaria. Podemos afirmar, por lo tanto, que la finca es de dominio público y que la concesión que se inscribe es de carácter privado.

Las concesiones de obras públicas se regulan en los artículos 60 y 66 del Reglamento Hipotecario. Será título para practicar la inscripción de las mismas la escritura pública o cuando no se requiera el título mismo de la concesión. Las autopistas mencionadas antes será título la escritura pública. Encajan mejor en el apartado octavo del inventario en el epígrafe «Derechos y acciones».

Las concesiones mineras se prevén en los artículos 67 y 68 del Reglamento Hipotecario, será título para inscribirlas el título de la concesión completado por las copias certificadas del plano y acta de demarcación con los requisitos exigidos por la legislación especial.

Aguas. El régimen legal de las aguas se contiene en la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985, que ha merecido una crítica favorable por parte de la doctrina, aún cuando al día de hoy se encuentre todavía pendiente la aprobación del Plan Hidrológico Nacional (145).

En el Registro de la Propiedad pueden inscribirse las siguientes aguas, que deberán, por tanto, ser inventariadas:

1. Las aguas privadas pertenecientes a una sola persona o a varias en comunidad ordinaria (art. 71, párrafos 1, 2, 3 y 4 del Reglamento Hipotecario y concordantes de la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985) podrán constar en el Registro como finca independiente, inscribiéndose con separación de aquella que ocupare o en que naciere o como elemento integrante o simple cualidad de la finca que ocupen o que nazcan o bien como servidumbre predial.

2. Los artículos 64, 65 y 66 del Reglamento Hipotecario hablan de la inscripción de los aprovechamientos de aguas públicas obtenidos mediante concesión y de las aguas privadas o de dominio privado como posibles objetos de inscripción. Ello debe ser entendido hoy día supeditado a la Ley de Aguas de 1995.

(145) La Ley de Aguas persigue los siguientes objetivos: La incorporación al dominio público de las aguas subterráneas; la institucionalización del Plan Hidrológico de Cuenca como marco racionalizador del uso del agua; la configuración del Organismo de C como centro de planificación y gestión; la consideración el agua como factor ecológico; la intención de respetar los derechos adquiridos. El principio básico de la Ley es la proclamación del dominio público de las aguas que formula el artículo 2 de la Ley.

3. Charcas destinadas al servicio exclusivo de los predios privados en que estén situados. Esto determina que las aguas deban inscribirse como cualidad del predio.

4. Lagos, lagunas y charcas de propiedad privada al amparo de lo previsto en la Disposición Adicional 1.^a de la Ley.

5. Aprovechamientos temporales de aguas privadas por plazo de cincuenta años. Disposiciones Transitorias 1.^a y 2.^a de la Ley.

6. Aprovechamientos de aguas públicas adquiridas por prescripción de setenta y cinco años al amparo de la Disposición Transitoria 1.^a

7. Aprovechamiento legales de aguas pluviales, estancadas, de manantiales y subterráneas, inherentes a una finca de propiedad privada. Artículo 52 de la Ley.

8. Concesiones administrativas de aguas públicas.

9. Aprovechamientos colectivos de aguas públicas.

10. Aprovechamientos colectivos de aguas privadas.

Montes (146)

El artículo 1.2 de la Ley de Montes señala que se entiende por terreno forestal o propiedad forestal, «la tierra en que vegetan especies arbóreas, arbustivas, de matorral o herbácea, sea espontáneamente o procedan de siembra o plantación, siempre que no sean características de cultivo agrícola o fueren objeto del mismo». No se reputa tal el terreno que formando parte de una finca agrícola y sin estar especialmente cubierto de especies arbóreas resultare conveniente para el sostenimiento del ganado.

La más tradicional clasificación de los montes es la que distingue entre montes públicos, ya sean propiedad del Estado, las Comunidades Autónomas, los municipios y los montes particulares. Según el artículo 11 del Reglamento, los montes públicos tienen en principio condición jurídica de bienes pa-

(146) El artículo 148.1.8 de la Constitución Española reconoce como competencia propia de las Comunidades Autónomas la relativa a «los montes y aprovechamientos forestales», y el artículo 149.1.23 asigna al Estado la «legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección», así como la «legislación básica de montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias»; finalmente, el artículo 130 obliga a los poderes públicos a dispensar un tratamiento especial a las zonas de montaña. Con valor de legislación supletoria y básica se sitúa la Ley de Montes de 8 de junio de 1957 (verdadero Código Forestal) y su Reglamento de 22 de febrero de 1962. Todo ello sin olvidar diversa legislación en materia de legislación agraria: la Ley de 10 de marzo de 1941, sobre el Patrimonio Forestal del Estado; la Ley de 4 de enero de 1977, de Fomento de la Producción forestal; la Ley de 1 de noviembre de 1980, de Montes Vecinales en Mano común, y la Ley de 30 de junio de 1982, de Agricultura de Montaña.

trimoniales, pero pasan a serlo de dominio público cuando están adscritos a algún uso, utilidad o servicio público. Entre los montes públicos merecen especial atención los «montes catalogados», ya que sólo pueden enajenarse mediante ley, gozan de importantes exenciones fiscales, son inembargables, los contratos sobre su aprovechamiento son administrativos.

La propiedad de los montes y el Registro de la Propiedad. Según el artículo 11.1 de la Ley de Montes: «todo monte incluido en el catálogo y que haya sido deslindado se inscribirá obligatoriamente en el Registro de la Propiedad a favor de la entidad pública a quien pertenezca el dominio de la finca». Tal obligación se impone a las autoridades administrativas, encomendándose también a los Registradores de la Propiedad que vigilen su cumplimiento, debiendo poner en conocimiento de la Dirección General de Montes cualquier negligencia para que, bien en vía de tutela o por vía jerárquica, adopte las medidas necesarias.

Por su parte, el artículo 30 del Reglamento Hipotecario dispone que la inscripción principal de los montes de utilidad pública a favor del Estado, entes públicos territoriales o establecimientos a que pertenezcan, se practicará en el Libro del Ayuntamiento donde radique la finca o en que se hallare su mayor extensión. Si perteneciera a varios, y en ella se harán constar las particularidades del monte, indicando el organismo o servicio a que estuviese adscrito; en su caso, se practicarán inscripciones de referencia en los demás registros, ayuntamientos o secciones. De igual modo, deberán inscribirse las actas de deslinde de dichos montes. La inscripción se practicará mediante certificación de dominio por triplicado expedida por la Administración Forestal, en la forma y con las circunstancias que previenen los artículos 206 LH y concordantes de su Reglamento, acompañado, si existe, del plano topográfico de la finca que se pretende inscribir.

Si el monte estuviera inmatriculado en favor de persona distinta de la entidad pública a la que el catálogo asigne la pertenencia, la inscripción en favor de ésta sólo podrá practicarse mediante cualesquiera de los medios de rectificación del Registro del artículo 40.a) de la LH.

Si la certificación para la inmatriculación del monte estuviera en contradicción con algún asiento no cancelado o cuya descripción coincida en algunos detalles con la de fincas o derechos ya inscritos, deberá procederse de igual forma que con la certificación administrativa de dominio con sujeción al procedimiento establecido en el artículo 306 del Reglamento Hipotecario.

Finalmente, para la inmatriculación de fincas colindantes con montes catalogados o de utilidad pública, extremo este que deberá consignarse en la descripción de aquéllas, se impone la suspensión de la inscripción hasta tanto no se acompañe certificación de la administración forestal que acredite que las fincas que se pretenden inscribir no están incluidas en los montes catalogados.

De lo dicho se desprende que la propiedad sobre los montes es factible e inscribible en el Registro de la Propiedad. Por tanto, se tratará de una propiedad inventariable en caso de que exista en un caudal hereditario.

Complejos inmobiliarios y urbanizaciones privadas. Podemos definir los complejos inmobiliarios como una pluralidad de inmuebles conectados entre sí, a través de elementos o servicios comunes, o de un régimen de deberes y limitaciones entre los mismos, con vocación de pertenecer a una multiplicidad de titulares, para la consecución y mantenimiento de intereses generales y particulares de los partícipes (147). Los conjuntos inmobiliarios se componen de tres elementos básicos:

- a) El elemento material, que es la existencia de una pluralidad de fincas.
- b) El elemento subjetivo, que consiste en destinarse a una pluralidad de personas.
- c) El elemento ideal, que lo encontramos en la existencia de un punto de conexión entre las fincas.

Las urbanizaciones privadas son conjuntos inmobiliarios, definidos como núcleos de población o conjuntos urbanos nacidos fuera de los cascos urbanos de las ciudades y pueblos, y promocionados por la iniciativa privada para servir a numerosas personas de asiento residencial temporal o permanente.

El acceso al Registro fue regulado por la importante RDGRN de 2 de abril de 1980 (148). A partir de esta Resolución ha quedado consagrado el principio del *folio múltiple* para la inscripción de las nuevas figuras inmobiliarias.

Esta Resolución estableció, inspirándose en la propiedad horizontal, el siguiente sistema para su acceso al Registro:

- La apertura de un folio general para toda la urbanización o el complejo, en el que se detallan los elementos y servicios comunes y las reglas generales contenidas en el título constitutivo y en los Estatutos.
- La apertura de un folio separado a cada una de las fincas particulares integradas en el conjunto, bien sean parcelas con viviendas unifamiliares o bien se trate de edificios o bloques de viviendas, en cuyo caso se consignará su propio régimen de propiedad horizontal. Este folio queda relacionado con el folio general del complejo inmobiliario.
- Y la apertura de un folio autónomo a cada uno de los pisos o locales que componen los edificios, relacionado, a su vez, con el folio del edificio correspondiente.

(147) Esta definición se formuló en la llamada Carta de Roma, elaborada en el V Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Roma en 1982.

(148) Anuario de la DGRN. Año 1980. Parte 1.ª, pág 43, publicada en el *BOE* de 29 de mayo de 1980.

Esta fórmula, llamada en la práctica del «triple folio», permitió prescindir del antiguo sistema de segregaciones o divisiones, respetando el principio de especialidad registral.

En definitiva, para todo tipo de conjuntos inmobiliarios, se abre la posibilidad de apertura de una pirámide de folios partiendo desde el inmueble inicial hasta llegar al último elemento de atribución privativa. Cada entidad con número propio se integra en la comunidad específica de su edificio, y éste en la supracomunidad, cuyo régimen estatutario consta inscrito en el folio originario del inmueble organizado en conjunto inmobiliario.

Multipropiedad (149). Con el término impropio y eliminado legalmente de multipropiedad, se vienen denominando todas aquellas fórmulas por las que se transmite el derecho a disfrutar de un alojamiento durante un período determinado de cada año. El interés en realizar una adquisición de esta naturaleza se encuentra en el hecho de utilizar vacacionalmente el inmueble, de tal forma que se obtiene el derecho a utilizar establemente un lugar para las vacaciones sin tener que adquirirlo en su totalidad. La figura jurídicamente implica una división temporal del derecho a disfrutar del bien.

Esta materia se encuentra regulada por la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias.

El *régimen* debe recaer sobre un edificio y salvo los locales comerciales del mismo debe contener al menos diez alojamientos diferenciados. Se permite en cambio que en un mismo edificio algunos alojamientos estén destinados a aprovechamiento por turno y otros a otro tipo de explotación turística. El período de ocupación no podrá ser inferior a siete días seguidos. Además, el artículo 1 sujeta a esta ley los arrendamientos vacacionales por temporada que tengan una duración superior a tres años e inferior a cincuenta; igualmente se sujetan a la ley cualquier contrato por el que se constituya o transmita cualquier otro derecho real o personal por tiempo superior a tres años e inferior a cincuenta y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable del año. La duración del régimen, establecida en el artículo 3, será de tres a cincuenta años, a contar desde la fecha de inscripción del régimen

(149) El artículo 1 determina el ámbito objetivo de la ley y señala que la ley regula «la constitución, ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de inmuebles, que atribuye a cada titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común de un edificio en el que estuviera integrado, y que esté dotado de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios. La facultad de disfrute no comprende las alteraciones del alojamiento ni de su mobiliario. El derecho de aprovechamiento por turno podrá constituirse como derecho real limitado o de conformidad con lo dispuesto en el apartado 6 de este artículo».

jurídico o desde la terminación de la obra, en el caso de que el régimen se haya constituido sobre un inmueble en construcción.

La conclusión se antoja evidente. Hablamos de un derecho patrimonial transmisible *mortis causa* y, por lo tanto, inventariable.

El artículo establece el sistema de *constitución del régimen* en términos rigurosos. Así señala que el régimen de aprovechamiento por turno deberá constituirlo el titular registral del inmueble, una vez que tenga inscrita la obra en el Registro o que haya inscrito la declaración de obra nueva en construcción, y obtenga las autorizaciones administrativas necesarias para ejercer la actividad turística; de igual forma, deberá obtener o un aval bancario o un seguro de caución. La constitución se hará «mediante escritura pública», y se inscribirá en el Registro de la Propiedad. Al otorgamiento de la escritura deberá concurrir la empresa que haya asumido la administración y prestación de los servicios, salvo manifestación expresa del propietario de que son por él asumidos directamente. ...Los notarios no autorizarán una escritura reguladora de un régimen de aprovechamiento por turno y los registradores no lo inscribirán mientras no se les acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en los apartados 1 y 2 de este artículo (150).

El artículo 14 de la Ley regula la *transmisión y adquisición de los derechos de aprovechamiento por turno*. La adquisición y transmisión podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad, siempre que la transmisión se realice por escritura pública. En tal caso se abrirá folio al turno, cuyo derecho de aprovechamiento sea objeto de transmisión (151).

Si la transmisión se realiza por escritura notarial, el Notario advertirá a la parte adquirente del derecho de desistimiento que tiene que el artículo 10 (152) le concede y que sólo puede ejercitarse a través de acta notarial. La escritura de

(150) Los artículos 5 y 6 de la Ley regulan respectivamente el contenido de la escritura pública constitutiva del régimen de aprovechamiento por turno y la inscripción de éste en el Registro de la Propiedad, así como la modificación del mismo, que podrá realizarse mediante escritura pública y la inscripción en el Registro de la modificación. Desde el punto de vista del inventario, la cuestión es fácil al tratarse de un derecho fácilmente describible por su expresión en la escritura pública o por su copia en la inscripción registral.

(151) Al inscribir la primera transmisión del turno, el Registrador hará constar mediante nota marginal que el mismo queda gravado con carácter real para responder de las dos últimas cuotas, a conmutar desde el momento de la reclamación por vía judicial o notarial por todo el tiempo de duración el régimen.

(152) El adquirido puede desistir a su contrato en el plazo de diez días desde la firma del contrato, o podrá resolverlo en tres meses en los casos previstos en el apartado 2 del artículo. Si el contrato se realiza en escritura pública, el desistimiento deberá hacerse por acta notarial, que será título suficiente para la reinscripción del derecho a favor del transmitente.

venta y la inscripción registral sólo podrá autorizarse o realizarse si contienen todas las menciones del artículo 9 (153).

Finalmente, el artículo en su apartado 1 señala que «el titular de un derecho de aprovechamiento por turno puede libremente disponer de su derecho sin más limitaciones que las que resultan de las leyes y sin que la transmisión del mismo afecte a las obligaciones derivadas del régimen». Por tanto, es un derecho transmisible *inter vivos* o *mortis causa* e inventariable.

9. DERECHOS Y ACCIONES

Han de comprenderse en este apartado:

- a) Las servidumbres, censos, créditos hipotecarios y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.
- b) Los oficios enajenados de la corona.
- c) Las concesiones administrativas de obras y servicios públicos.
- d) Las acciones de empresas o compañías mercantiles, industriales o de crédito.
- e) Los créditos no hipotecarios.
- f) Los sueldos, haberes, honorarios y rentas devengados y no cobrados.

No nos referimos a estos grupos con mayor extensión, ya que, los hemos tratado al hablar anteriormente de los muebles y de los efectos públicos.

10. EL INVENTARIO DE ESCRITURAS, DOCUMENTOS Y PAPELES

Se formará con igual precisión, inventario especial de las escrituras, documentos y papeles de importancia que se encuentren (1.067 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Para cumplir lo dispuesto en este artículo, es necesario formar dos inventarios: uno de escrituras y otro de documentos, pues desde luego se comprende que no pueden constar unos y otros por su diversa naturaleza en uno mismo.

Además el inventario de créditos a favor de un caudal debe ir comprendido en el general de bienes, bajo el epígrafe «derechos y acciones», según

(153) Regula el artículo 9 el contenido mínimo del contrato de transmisión del derecho de aprovechamiento por turno. En el apartado 1 se señalan hasta doce menciones necesarias del contrato (nos remitimos a la Ley). El apartado 2 dice que «el inventario y, en su caso, las condiciones generales no incluidas en el contrato, así como las cláusulas estatutarias inscritas, figurarán como anexo inseparable suscrito por las partes».

indicamos en el número anterior, y por lo tanto, no es preciso formularlo separadamente.

En el artículo que comentamos, y bajo la palabra «crédito», se hallan comprendidos los que resulten contra el caudal, o sea, las deudas, de las que deberá formarse relación separada o inventario de ellas.

De estas indicaciones se desprende que además del inventario general de bienes, han de formarse como complementarios de él, los de deudas y documentos.

El inventario de documentos se ajustará a las siguientes reglas:

1.^a Se hará una clasificación general de documentos, dividiéndolos en públicos y privados.

2.^a Los públicos se clasificarán subdividiéndolos en «títulos de propiedad inmuebles» y «títulos de créditos y obligaciones».

3.^a Los privados se clasificarán subdividiéndolos en «pagarés y letras», «documentos de contabilidad» y «documentos varios».

4.^a Bajo el epígrafe «documentos públicos», «títulos de propiedad inmueble y muebles» se comprenderán:

- a) Las disposiciones testamentarias otorgadas directamente ante Notario, o
- b) elevadas a instrumento público con intervención judicial.
- c) Las escrituras otorgadas ante Notario, que justifiquen la propiedad de fincas o de bienes muebles, consignando su fecha, lugar de otorgamiento, nombre del Notario, y la finca o cosa a que aludan.
- d) Los expedientes de información posesorios o copias de ellos, expresando la finca a que se refieran, la fecha del auto de aprobación y juzgado que lo dictó.
- e) Los certificados de propiedad literaria y artística.
- f) Las concesiones de privilegio de invención o explotación y de aprovechamientos de aguas y terrenos.
- g) Los títulos de concesiones de minas.

5.^a Bajo el epígrafe «documentos públicos», «títulos de créditos y obligaciones», se comprenderán:

- a) Las escrituras constitutivas de préstamos hipotecarios o simples, expresando el nombre del Notario, fecha y lugar del otorgamiento, la cantidad dada a préstamo y el nombre del deudor.
- b) Las escrituras constitutivas de sociedad o compañía, expresando su fecha, lugar del otorgamiento, nombre del Notario, objeto, domicilio y razón social de aquéllas.
- c) Las escrituras de contratas de obras y servicios públicos o privados.

- d)* Las certificaciones expedidas por autoridades y funcionarios públicos, para acreditar hechos o derechos, y las actas notariales, expresando su fecha, el nombre del funcionario que autorizó estos documentos y el objeto de ellos.
- e)* Los títulos de la deuda del Estado.
- f)* Los títulos o acciones de compañías y sociedades nacionales, mercantiles o de crédito, que tengan el concepto de valores cotizables, expresando su valor nominal, numeración y si son nominativas o al portador.

6.^a Bajo el epígrafe «Documentos privados», «Pagarés y letras», se agruparán:

- a)* Los resguardos de depósitos y cuentas corrientes del Banco de España o particulares, y las acciones de compañías o empresas que no tengan el concepto de valores cotizables.
- b)* Las letras de cambio pendientes de ser presentadas a la aceptación y pago, o protestadas.
- c)* Los pagarés, cartas, órdenes y demás documentos de crédito comercial.
- d)* Los recibos y documentos privados de préstamo.
- e)* Los pactos y contratos otorgados sin autorización de Notario.
- f)* Las facturas de género de comercio.

7.^a Bajo el epígrafe «Documentos privados», «Documentos de contabilidad», se relacionarán:

- a)* Los libros de comercio, expresando su objeto, el período que comprendan y el número de folios.
- b)* Los cuadernos de ventas y relaciones de deudores.
- c)* Los cuadernos o cuentas de administración.

8.^a Bajo el epígrafe «Documentos privados», «Documentos varios», se comprenderán:

- a)* Las disposiciones testamentarias, otorgadas sin intervención de Notario, expresando las fechas y circunstancias de su otorgamiento.
- b)* Los libros copiadore de correspondencia si existen, o los soportes informáticos.
- c)* Los manuscritos de obras inéditas.
- d)* Las cartas o correspondencia comercial y la particular que se refiera a asuntos de interés relacionados con los bienes del inventario.

11. OPERACIONES REGISTRALES QUE PUEDE COMPRENDER EL INVENTARIO

A) *Declaración de obra nueva de una finca*

Cuando se trata de declarar una obra nueva que no había sido declarada por el causante de la herencia, se detallará bajo el mismo número correlativo del inventario donde se describa el terreno sobre el que se haya edificado o ampliado la construcción existente, expresando su valor.

La posibilidad de declarar en el cuaderno particional las obras realizadas por el causante que constasen inscritas en el Registro de la Propiedad se deduce del contenido de la *Resolución de la DGRN, de 11 de diciembre de 1998* (154), ya que el principio de tracto sucesivo no supone obstáculo alguno.

Una vez ingresada la finca en el Registro mediante la inmatriculación, y constando desde entonces en aquél a quien pertenece su propiedad, el papel que dicho Registro está llamado a llenar es el de ir recogiendo las «alteraciones» que puede sufrir la finca (por ejemplo, aumenta por la agregación de un trozo de la colindante o disminuye porque se le segrega un trozo que se vende, o bien, la que era un solar se edifica), como las que puedan sufrir los derechos sobre ella. Ambas cosas se consiguen registrando la alteración de que se trate: el primer caso, la objetiva de la finca en sí; en el segundo, la de los derechos de que es objeto.

Los casos de modificación se encuadran por la doctrina dentro de los llamados procedimientos para modificar los datos físicos de la finca, registrar las alteraciones que la misma finca sufra en la realidad (obra nueva y excesos de cabida), así como los datos de mero hecho que puede reflejar el Registro en cuanto a la descripción de la misma, así como las modificaciones llamadas

(154) Resolución de la DGRN, de 11 de diciembre de 1998. Anuario de la Dirección General de 1998. Tomo 1, pág. 718. «Fundamentos de Derecho... 1. Se debate en el presente recurso sobre la inscripción de una declaración de obra nueva realizada sobre un solar inscrito a nombre de persona casada con carácter presuntivamente ganancial, habida cuenta que la escritura correspondiente viene otorgada por el cónyuge del titular registral y por sus herederos... 2. Ciertamente, durante la pendencia de la liquidación de la sociedad ganancial disuelta o de la partición hereditaria, los concretos bienes gananciales o relictos no corresponden a los titulares respectivos por cuotas determinadas, sino que aparecen integrados en una masa patrimonial definida por un ámbito propio de responsabilidad y un específico régimen de gestión y disposición, y respecto del cual se predicen las cuotas de los cónyuges y los herederos, respectivamente. Ahora bien, esa inexistencia de cuotas sobre los concretos bienes integrantes de la herencia indivisa o de la sociedad de gananciales disuelta no puede ser obstáculo a su inscripción, en función del artículo 54 del Reglamento Hipotecario...». En definitiva, la DGRN entiende que la obra nueva debe inscribirse en el Registro de la Propiedad si la escritura es otorgada por el cónyuge viudo y los herederos, sin necesidad previa de proceder a otorgar la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales y de herencia, sin que sea obstáculo el principio de tracto sucesivo.

formales que comprenden los casos de agrupación, agregación, segregación y división de fincas.

La materia de obra nueva viene regulada en el artículo 208 de la Ley Hipotecaria (155) y 308 de su Reglamento (156). Dichos artículos hablan solamente de «nuevas plantaciones», así como de «construcción de edificios o mejoras de una finca urbana», creyendo que el criterio ha de ser más amplio, sin más límites que el de implicar una mejora material de la finca. La expresión legal es deficiente y ha de aplicarse indistintamente a las fincas rústicas como a las urbanas. Es necesario comprender, dentro del concepto de obra nueva, una serie de actos como son las nuevas plantaciones, la construcción de edificios, la elevación o modificación de éstos, obras de irrigación, desagüe y saneamiento, muros de contención de tierras.

Conforme a ello existían tres formas de hacer constar la obra nueva: a) Mediante su descripción en los títulos referentes al inmueble; b) Mediante un título que fuera inscribible por sí solo; c) Mediante escritura pública descriptiva de la obra nueva, acompañada de ciertos requisitos.

Todo ello, que sigue siendo válido en estos momentos, debe ser entendido conforme se establece en la Ley del Suelo (Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones) impone en el artículo 22 la obligación a Notarios y Registradores de la Propiedad «para autorizar o inscribir, respectivamente», que:

- En las escrituras de declaración de obra nueva terminada se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado.
- En las escrituras de declaración de obra nueva en construcción, a la licencia de edificación se acompañará certificación expedida por técnico competente, acreditativa de que la descripción de la obra nueva se

(155) El artículo 208 LH dispone: «Las nuevas plantaciones, así como la construcción de edificios o mejoras de una finca urbana, podrán inscribirse en el Registro por su descripción en los títulos referentes al inmueble. También podrán inscribirse mediante escritura pública, en la que el contratista de la obra manifieste estar reintegrado de su importe por el propietario, o en la que éste describa la edificación, acompañando certificado del arquitecto director de la obra o del arquitecto municipal».

(156) El artículo 308 del RH dispone: «Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 208 de la Ley, la inscripción de las nuevas plantaciones, así como la construcción de edificios o mejoras de las fincas urbanas, podrá efectuarse: 1.º Mediante su descripción en los títulos referentes al inmueble por los que se declare, reconozca, transfiera, modifique o grave el dominio y demás derechos reales, o se haga constar solamente la plantación, edificación o mejora. 2.º Mediante escritura pública descriptiva de la obra nueva, en la que el contratista manifieste que ha sido reintegrado del importe de la misma o la que se acompañe certificado del arquitecto director de la obra o del arquitecto municipal, acreditativo de que la construcción está comenzada o concluida».

ajuste al proyecto para el que se obtuvo licencia. En este caso el propietario deberá hacer constar la terminación mediante acta notarial que incorporará la certificación de finalización de la antes mencionada.

Tanto la licencia como las expresadas certificaciones deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras. Este precepto es de aplicación a todo el territorio nacional.

Esta materia se desarrolla por el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística. Concretamente el capítulo VI del Real Decreto, bajo el título de Inscripción de las obras nuevas, regula la cuestión en los artículos 45 al 55 (157).

B) *Constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal*

El contador-partidor también puede constituir un edificio en régimen de propiedad horizontal, conforme a la Ley de 21 de julio de 1960, reformada por otra de 6 de abril de 1999. Ahora bien, ello sólo será posible cuando el edificio pertenezca en su totalidad al patrimonio del causante o al de su sociedad de gananciales (158).

(157) El artículo 45 establece que: «Los edificios y mejoras de los mismos que por accesión se incorporan a la finca, cuando se ejecuten conforme a la ordenación urbanística aplicable, serán inscribibles en el Registro de la Propiedad en virtud de los títulos previstos por la legislación hipotecaria. A tal efecto, deberá constar en los mismos, al menos, el número de plantas, la superficie de la parcela ocupada, el total de los metros cuadrados edificadas, y, si en el proyecto aprobado se especifica el número de viviendas, apartamentos, estudios, despachos, oficinas o cualquier otro elemento que sea susceptible de aprovechamiento independiente». El artículo 46 señala los requisitos para la inscripción del título, a saber, la licencia de obras y la certificación del técnico competente. El artículo 47 se refiere al supuesto de declaración de obra en construcción y la forma de hacer constar en el Registro la finalización de la obra. El artículo 48 se refiere a los documentos complementarios. Los artículos 49 y 50 regulan minuciosamente el contenido de la certificación del técnico a la que hemos aludido. El artículo 52 se refiere a las construcciones antiguas, cuya obra nueva no fue declarada en el momento de su construcción física. El artículo 53 regula los requisitos para la inscripción de un régimen de propiedad horizontal. Finalmente, los artículos 54 y 55 se refieren a notificaciones a realizar por los Registradores y a la calificación registral.

(158) La Resolución de la DGRN, de fecha 19 de marzo de 1986/1561, establece: «Considerando como ampliación de hechos no recogidos en los resultandos anteriores, conviene indicar que en el testamento de don Matías T. L., se ordena, entre otros, que no interesen, un legado a favor de su esposa, del derecho de habitación del piso cuarto de la casa número 20 de la plaza del Rey, de Cartagena; otro legado de la mitad indivisa de dicha casa, a su hermana María T. L. e instituye herederos universales a su esposa, que

El artículo 53 del mencionado Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, establece: «Para inscribir los títulos de división horizontal o de modificación del régimen ya inscrito, se aplicarán las siguientes reglas: a) No podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número. No será de aplicación lo dispuesto en este número a las superficies destinadas a locales comerciales o a garajes, salvo que del texto de la licencia resulte que el número de locales comerciales o de plazas de garaje constituye condición esencial de su concesión; b) Cuando el objeto de la transmisión sea una participación indivisa de finca destinada a garajes, que suponga el uso y disfrute exclusivo de una zona determinada, deberá incluirse en el título la descripción pormenorizada de la misma, con fijación de su número de orden, linderos, dimensiones perimetrales y superficie útil, así como su descripción correspondiente a los elementos comunes».

C) Agrupación, agregación, segregación y división de finca

La normativa que regula los casos de agrupación, segregación y división viene recogida por los artículos 45 a 50 del Reglamento Hipotecario.

El contador-partidor o la persona o personas que hagan la partición, al formar el inventario, puede agrupar (unir dos o más fincas colindantes entre

con lo que recibe por el legado y por esta institución quedará pagada por su cuota viudal, dos hermanas y una serie de sobrinos carnales, y finaliza designando albacea, comisario, contador-partidor de su herencia a don Salvador J., a quien además autoriza para efectuar la entrega de legados. Considerando que la cuestión principal que plantea el presente recurso es la relativa a las facultades del albacea contador-partidor, en orden a la división material de un edificio, en el que la comunidad hereditaria tiene una participación indivisa, mediante la constitución en régimen de propiedad horizontal y extinción de comunidad con los restantes copropietarios, así como la adjudicación de pisos y locales, en pago de sus cuotas. Considerando que al no existir previsión testamentaria acerca de las facultades del albacea contador-partidor, salvo la de entrega de legados, sólo le corresponden, además de este último, las establecidas por la Ley, lo que requiere examinar si el acto realizado se encuentra o no dentro de los que puede realizar por sí solo, o, por el contrario, necesita el consentimiento de los herederos y, en particular, del cónyuge legítimo. Considerando que si justamente el acto libremente decidido por el contador-partidor va a tener como efecto, convenido por él, que el piso que el testador quería para habitación de su viuda sea adjudicado a otro comunero, no puede entenderse que el contador-partidor esté facultado, pues, aun en el supuesto mismo de que si considerase que el contador-partidor, como ocurre en la Ley 340 de la Compilación de Navarra (RCL 1973/408, 456 y NDL 22212), esté autorizado para la división de la cosa común, siempre las facultades conferidas habrían de entenderse modalizadas por la finalidad de conseguir la ejecución del testamento y, por tanto, limitadas, en todo caso, por la necesidad de dar efectividad a las disposiciones del testador».

sí para formar una nueva), agregar (unir a una finca que absorbe una o varias porciones segregadas de otra u otras), segregar (separar de una finca una parte para formar con ella una independiente), y dividir las fincas (formar dos o más fincas nuevas con porciones que integran la totalidad de la finca matriz) siempre que sean propiedad del causante.

Disposiciones generales para todos los supuestos

Dispone el artículo 50 del Reglamento Hipotecario que «todas las operaciones de agrupación, división y segregación, a que se refieren los artículos anteriores, se practicarán en virtud de escritura pública. En dicha escritura se describirán siempre las fincas que se agrupen o dividan o que sean objeto de segregación parcial, así como las nuevas fincas resultantes de cualquiera de estas operaciones y las porciones restantes, cuando fuera posible o, por lo menos, las modificaciones en la extensión y linderos por donde se haya efectuado la segregación. Si no constare en el Registro la cabida total de las fincas, deberá expresarse en las notas marginales en que se indique la operación realizada» (159).

Constatación en una inscripción. Por razones de economía en el proceso registral, el artículo 49 establece una norma para los casos de agrupación y segregación, que en el fondo puede ser aplicada a cualquiera de los demás casos, y así se dispone que cuando en el título presentado se forme una finca o dos o más, o se agregue parte de alguna con objeto de enajenarla, se hará una inscripción comprensiva de la nueva finca.

Agrupación

La regula el artículo 45 del RH. Desglosando lo que dispone el artículo podríamos concluir:

Requisitos. Podemos enumerar los dos siguientes requisitos:

(159) La exigencia de escritura pública es un producto de una evolución en la que se trató de evitar las actas notariales como medio de hacer constar dichas operaciones, pero ello no implica que no puedan hacerse constar dichas agrupaciones, segregaciones y divisiones en cualquiera de los documentos inscribibles a que hace referencia el artículo 3 de la LH. Decimos esto, puesto que sería un trámite de imposible cumplimiento en los casos de actas de ocupación y pago de las expropiaciones forzosas en las que no se pudiesen hacer constar dichas operaciones. De otra parte, la Ley del Patrimonio del Estado del año 1964 en los artículos 43 y también en el 86 del Reglamento admite como documento para hacer constar las operaciones citadas, el traslado o certificación de la disposición administrativa en cuya virtud se verifique.

1. Que exista unidad de finca. Esta unidad de finca supone la existencia de una colindante tanto en las fincas rústicas como en los solares. En las fincas urbanas edificadas se exige la colindancia y la unidad física de la finca (160).

2. Que exista unidad de propietarios. Las dudas que el supuesto planteaba han sido solventadas por el párrafo 3.º del transcrito artículo 45, ya que permite la agrupación de fincas pertenecientes a distintos dueños de un modo directo, determinando la participación indivisa de cada uno sin necesidad de la previa comunicación de bienes.

Operaciones registrales

- a) La agrupación tiene un reflejo registral mediante una nueva inscripción de la finca total resultante que va a ocupar un nuevo folio o folio distinto, bajo un número diferente.
- b) Con la inscripción de la nueva finca, su cabida y linderos habrá de hacerse constar la procedencia de las fincas agrupadas, y si las mismas estaban afectadas a ciertos gravámenes, también deberán arrastrarse los mismos en la inscripción de agrupación.
- c) Al margen de la última inscripción de propiedad de las fincas que se agrupen deberá extenderse nota breve de referencia, haciendo constar su agrupación con las otras.

Agregación

La reforma del Reglamento Hipotecario en 1982 introdujo la figura de la agregación en el artículo 48.

Requisitos

Conforme a la regulación actual puede tratarse de una finca entera, que se agrega a otra, siempre que se dé el requisito de que ésta represente por lo menos el quíntuplo de aquélla, o puede tratarse de varias fincas que se agreguen a otra inscrita (161).

(160) Tratándose de fincas no colindantes, la unidad de la misma se determina por el destino económico a que hace referencia el artículo 44, al hablar de las explotaciones agrícolas o industriales, dehesas, cortijos que pueden figurar en el Registro como una sola finca.

(161) Con ello se sigue en la actualidad la doctrina sentada por la Resolución de la Dirección General de los Registros, de 14 de marzo de 1975, en la cual se estudia la posible diferenciación entre la agrupación y agregación. Fundamentalmente la doctrina de la Dirección es que no se hace necesario que la porción segregada resulte de la previa

Operaciones registrales

- a) La inscripción a que da origen la agrupación hay que hacerla bajo el mismo número que corresponde a la finca de mayor cabida, que absorbe a la que reúna los requisitos establecidos en el artículo 48.
- b) La descripción de la finca deberá hacerse tal y como queda como consecuencia de la incorporación de la que se le agrega, debiendo expresarse la procedencia de la misma y siendo conveniente describirla y hacer constar las cargas que la puedan afectar.
- c) Por medio de nota marginal debe hacerse constar, en la finca matriz, la segregación que se efectúa y la agregación que en virtud de la misma se realiza en la finca inscrita bajo el número que corresponda. Igualmente, en la finca que se apropie habrá de procederse a su cancelación con nota de la agrupación realizada.

División

Se regula en el artículo 46 del Reglamento Hipotecario.

Requisitos

Exige como requisitos de la división, que sea susceptible jurídicamente de división, que esté inscrita en propiedad o copropiedad a favor del o de los que efectúan la división, que la división ha de ser decidida por el dueño de la finca o acordada por todos los condueños de la misma y que el documento o la escritura pública en que se efectúa deberá contener la descripción de la finca que se divida, así como la descripción de cada una de las fincas nuevas resultantes de la división (162).

segregación, sino que puede agregarse una finca ya inscrita a otra, siempre que se cumpla el requisito de la proporcionalidad en la superficie, que es el único exigible. Las posturas de los contendientes en la Resolución se basaban en que las diferencias entre agrupación y agregación eran puramente cuantitativas.

(162) La figura se desdibuja un tanto al tratar de diferenciarla de la segregación. Se ha planteado la distinción por la Resolución de la Dirección General de los Registros, de 27 de febrero de 1978, en la que expresamente la Dirección entiende que dividido en dos un inmueble inscrito, el comprador que ha adquirido sólo una de las porciones puede solicitar inscribir a su nombre la parecía a comprar, no siendo necesario que previamente se inscriba la otra parcela que no adquirió y que es totalmente ajena a sus intereses. Confirma este criterio el principio de voluntariedad de la inscripción. En el comentario a dicha Resolución, TIRSO CARRETERO plantea la distinción entre segregación y división y en el comentario que por mi parte hago entendí que la segregación se diferencia de la división de fincas, no en base de las operaciones registrales a realizar, sino en función de lo que unas y otras supongan en el campo conceptual. División supone la distribución o

Operaciones registrales

Las suertes, porciones o partes resultantes de la división deberán inscribirse como independientes y nuevas. Y bajo número diferente.

- a) En el asiento de cada una de las nuevas fincas deberá expresarse la procedencia de la finca total y los gravámenes que la afectarán en forma general.
- b) Al margen de la finca matriz que por la división desaparece, debe hacerse constar la operación y los números, tomos, folios de las inscripciones de las fincas a que da lugar la misma.

Legislación complementaria de la división de fincas es la que afecta a las mismas en virtud de la legislación del suelo, la legislación agraria. Igualmente afecta esta materia los Reales Decretos referentes a la coordinación entre el Registro y el Catastro, que exige, en aquellos términos municipales en que estén en vigor, una serie de requisitos a tener en cuenta (163).

Segregación

Se regula en el artículo 47 del Reglamento Hipotecario.

Requisitos

El requisito fundamental es que la segregación no esté prohibida por disposiciones legales o que se cumplan las condiciones para la obtención de licencias o autorizaciones (164).

repartición de una cosa en un número exacto de veces. La segregación supone separar algo de un todo en que queda un resto. Estos conceptos, al ser aplicados a la técnica hipotecaria, hace inevitable que en el primer caso al desaparecer la finca por división sea precisa la apertura de otros tantos folios independientes cuantas sean las partes en que aquélla se dividió, mientras que en el segundo sólo abre folio nuevo la parte que se segrega.

(163) La Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones. La Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias (muy especialmente el art. 24 de la misma donde se consagra el principio de la nulidad absoluta de toda división de fincas contraviniendo la unidad mínimas de cultivo). El Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, complementario del Reglamento Hipotecario (en su art. 78 establece que «Los Registradores de la Propiedad exigirán para inscribir la división o segregación de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia que estuviese prevista por la legislación urbanística aplicable, o la declaración municipal de su innecesariedad, que deberá testimoniarse literalmente en el documento». Continúa y hasta el artículo 82 regulando la materia).

(164) Podemos reproducir la nota última citada: «La Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones. La Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización

El segundo requisito es que sea factible y que la superficie registral no esté agotada, no es viable cuando «la extensión superficial que representa ha accedido ya al Registro como parte integrante de otros dos inmuebles que igualmente se segregan de la finca matriz».

El tercer requisito es que la segregación se realice por el propietario o propietarios de la finca, sin que sea válida la realizada por uno sin contar con los demás.

Operaciones registrales

La porción segregada se inscribirá con número diferente, expresándose esta circunstancia al margen de la finca matriz, así como la descripción de la porción restante, cuando fuere posible, o las modificaciones en la expresión y linderos por donde se haya efectuado.

12. EL PASIVO DE LA HERENCIA

Hay tres líneas de autores a las que ya nos hemos referido. Un grupo incluye en la operación preparticional del Inventario sólo el activo, así por ejemplo, citamos a RIVAS MARTÍNEZ (165) al decirnos que «el inventario consiste en la relación del caudal relicto con sus bienes descritos o referidos, de tal modo que queden suficientemente individualizados e identificados», y a LLEDÓ YAGÜE (166) y CLEMENTE DE

de las Explotaciones Agrarias (muy especialmente el art. 24 de la misma donde se consagra el principio de la nulidad absoluta de toda división de fincas contraviniendo la unidad mínima de cultivo). El Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, complementario del Reglamento Hipotecario (en su art. 78 establece que «Los Registradores de la Propiedad exigirán para inscribir la división o segregación de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia que estuviese prevista por la legislación urbanística aplicable, o la declaración municipal de su innecesariedad, que deberá testimoniarse literalmente en el documento». Continúa y hasta el artículo 82 regulando la materia).

(165) RIVAS MARTÍNEZ, JUAN JOSE, *Derecho de Sucesiones, Común y Foral*, Tomo II, 2.ª ed., Editorial Dykinson, pág. 918, y añade este autor: «Naturalmente esta enumeración (se esta refiriendo al art. 1.066 de la LEC) es puramente enunciativa y no tiene carácter imperativo, y tanto menos aun en las particiones efectuadas extrajudicialmente. La descripción de los bienes inmuebles y derechos reales inscribibles debe consignar los datos requeridos para su inscripción (art. 9 de la LH), e igualmente los buques para su acceso al Registro correspondiente».

(166) LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO, *Derecho de Sucesiones*, vol. IV, Editorial Universidad de Deusto, Bilbao, 1993, pág. 132, dice: «Con la primera operación (se refiere al inventario) tratamos de describir y detallar los bienes muebles e inmuebles de que consta la herencia. En orden a lo expuesto, el inventario es la relación de todos los bienes que

DIEGO (167), que dicen que «el inventario es la relación de todos los bienes que constituyen la herencia, descritos de tal modo que puedan ser perfectamente identificados en lo posible».

Uno segundo incluye el pasivo, en el estudio de la operación preparticional del inventario, citamos a ARMERO DELGADO (168), que señala que es «la enumeración y descripción de los distintos elementos que integran la herencia, tanto, activos, derechos reales o de crédito, como pasivo u obligaciones, excluyendo todos aquellos que por su carácter intransmisible o por otra razón, no formen parte del caudal hereditario», y a PUIG PEÑA (169), que nos dice, que «el inventario es una relación de bienes y deudas, pero conviene precisar su alcance».

Un tercer grupo, intermedio, considera, como señala SERRANO ALONSO (170), que «el inventario completo detallado de los bienes ha de contener *expresión* de las cargas y gravámenes que cada uno de ellos tenga». Es

constituyen la herencia descritos de tal modo que puedan ser perfectamente identificados en lo posible. Quien dice bienes, dice derechos y acciones de toda clase; comprende también las deudas y cargas de la herencia. Queda excluido del inventario el lecho que usaban ordinariamente los esposos y las ropas y vestidos también de uso ordinario, los cuales se entregarán al que de ellos sobreviviere. Generalmente comprende dos grupos: el de los bienes muebles (metálico, efectos públicos, valores mercantiles, alhajas, objetos artísticos y científicos, muebles de casa y ropas, semovientes, frutos y derechos personales), y el de los inmuebles (fincas rústicas, urbanas, aguas, minas, diques y construcciones marítimas, concesiones administrativas, derechos reales). Al final es de buena práctica que aparezcan resúmenes para fijar respectivamente el activo y el pasivo de la herencia» y añade: «el artículo 1.066, parágrafo 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, expone para el inventario un orden en la descripción de los bienes».

(167) DE DIEGO, CLEMENTE, *Instituciones de Derecho Civil español*, Tomo III, «Derecho de Sucesiones», Madrid, 1959, edición revisada y puesta al día por COSSÍO Y CORRAL, y GULLÓN BALLESTEROS, pág. 458. Añade este autor a lo ya señalado: «Quien dice bienes señala, dice, derechos y acciones de todas clases, comprende también las deudas y cargas de la herencia. Queda excluido del inventario el lecho que ocupaban ordinariamente los esposos y las ropas y vestidos de uso también ordinario, los cuales se entregarán al que de ellos sobreviviere. Generalmente, comprende dos grupos: el de los bienes muebles (metálico, efectos públicos, valores mercantiles, alhajas, objetos artísticos y científicos), muebles de casa, ropas, semovientes, frutos y derechos personales, y el de los inmuebles (fincas rústicas, urbanas, aguas, minas, diques y construcciones marítimas, concesiones administrativas y derechos reales). Al final de él es de buena práctica que aparezcan dos resúmenes para fijar respectivamente el activo y el pasivo de la herencia».

(168) ARMERO DELGADO, MARIO, *Testamentos y particiones*, Tomo I, «Títulos Sucesorios», Madrid, 1951, Instituto Editorial Reus, pág. 62.

(169) PUIG PEÑA, FEDERICO, *Tratado de Derecho Civil español*, Tomo V, vol. III, «Relaciones sucesorias en particular», editorial Revista de Derecho Privado, pág. 248.

(170) SERRANO ALONSO, EDUARDO, *Manual de Derecho de Sucesiones*, Madrid, 1997, Editorial McGraw-Hill, pág. 57, añade este autor: «Si el causante estaba casado, es preciso señalar cuál era el régimen económico de su matrimonio y, en su caso, proceder a realizar su liquidación con el fin de excluir de los bienes de la herencia los que corresponden al otro cónyuge».

decir, se deben *expresar* o reflejar, las cargas de los bienes enumerados, pero no se hace referencia para nada a las deudas y gastos de la herencia.

A mi juicio, aunque la fase para determinar en toda su extensión las cargas, deudas y gastos de la herencia, sea la «*liquidación*», operación esta ya netamente particional. No obstante por principio, el inventario debe recoger el activo y el pasivo de la herencia. Así deberá contener:

1. Las cargas de los bienes enumerados.
2. Las cargas, deudas y gastos (entre otros, los de última enfermedad, entierro y funeral), de la herencia, que sean hasta ese momento conocidos (piénsese, por ejemplo, en los gastos por daños causados en los bienes relictos después de abierta la sucesión por sucesos que todavía no hayan acontecido, o los gastos de partición).
3. Las deudas, cargas y gastos se deberán inventariar separadamente. Para facilitar así las operaciones de liquidación posteriores.
4. Ciertos gravámenes, de naturaleza personal, como los arrendamientos, se recogerán aunque sólo sean a efectos de mera publicidad.

No se debe, en ningún caso, ir mas allá de una relación de las mismas y entrar en operaciones liquidatorias, que son ya operaciones particionales.

IV. EXCLUSIÓN E INCLUSIÓN DE BIENES

1. DERECHOS POTESTATIVOS O DE CONFIGURACIÓN JURÍDICA

La posición jurídica del causante está constituida, con frecuencia, no sólo por derechos subjetivos plenos, sino también por los llamados derechos potestativos o facultades de configuración jurídica, los cuales atribuyen al titular la posibilidad de crear situaciones jurídicas nuevas o modificar o extinguir las existentes.

La doctrina y la jurisprudencia han reconocido su transmisibilidad, salvo disposición contraria de la Ley, y, en consecuencia, su aptitud para integrar la herencia. La sentencia de 19 de septiembre de 1983 (Cont. Adm.) reconoce que, en base al artículo 659 del Código Civil, se produce una «transmisión genérica y en bloque a favor del instituido sucesor, de todo un patrimonio hereditario en el estado en el que el mismo se encontrase al tiempo de deferirse la herencia, dentro del cual, y como uno más de los elementos objetivos que lo integran, tanto se comprenden las efectivas titularidades dominicales como las simples expectativas actuales de derechos de generación o consumación futura, posición jurídica esta efectiva y plenamente transmisible, ya sea favorable o adversa».

Señalemos algunas de estas situaciones jurídicas intermedias:

- a) *Bienes pendientes de una condición.* Cuando existen derechos sobre los cuales pende el cumplimiento de una condición, el contador-partidor debe estar atento a la producción de esa condición con sus efectos resolutiveos o suspensivos, con el fin de excluirlas o incluirlas en el inventario.
- b) Pasa a formar parte de la herencia, también, *la notificación* hecha al colono para dejar sin efecto el *derecho de prórroga*. Así lo afirma la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de marzo de 1978, al decir que «es manifiesto que la notificación hecha al colono para dejar sin efecto el derecho de prórroga del arrendamiento, asumiendo el compromiso de permanecer en la explotación directa de las fincas en los términos previstos en el artículo II del Reglamento de 29 de diciembre de 1959, beneficia a los herederos, dispensados de reproducirla en su propio nombre».
- c) Lo mismo cabe decir de las *acciones* que en vida correspondían al causante y que por su muerte se incluyen en la herencia. La sentencia de 3 de abril de 1962 se refiere, en concreto, a los actos de simulación absoluta: «El heredero voluntario puede impugnar los actos de simulación absoluta, ya que respecto a ellos estaba asistido de la correspondiente acción su causante..., pues como proclama la sentencia de 29 de noviembre de 1958, siguiendo la doctrina de las de 30 de junio de 1931, 19 de mayo de 1932 y 25 de junio de 1946, si es indudable que los herederos voluntarios deben su entrada en la sucesión al expreso llamamiento del causante, cuando sigue la adición hereditaria resulta evidente que pueden ejercitar las acciones judiciales de demanda de la inexistencia de los actos realizados por aquél, dado que la herencia a ellos transmitida comprende el conjunto de los bienes, derechos y obligaciones del causante, que no se extingan por su muerte, según el artículo 659, y suceden en toda la titularidad, que el óbito no termina». Más adelante añade la sentencia que «los herederos voluntarios no vienen legitimados para la impugnación de la simulación relativa por no asistir este derecho a su causante».
- d) En semejantes términos, el Tribunal Supremo se ha referido a la obligación de someterse a la jurisdicción pactada por el causante (sentencia de 28 de febrero de 1955).
- e) Al derecho de opción no personalísimo (sentencia de 12 de junio de 1956).
- f) Al derecho de retracto (sentencia de 25 de noviembre de 1967).
- g) Y a la acción de desahucio (sentencia de 25 de enero de 1969).

- h) Un problema de difícil solución, por la carencia de disposiciones legales, es el planteado por la oferta contractual. La dificultad se halla en determinar si la oferta caduca o no por muerte del oferente y, por otro lado, si el derecho a aceptarla se extingue o no por muerte de su destinatario, y, en definitiva, si se produce el ingreso de la oferta o del derecho a aceptarla en la herencia, respectivamente, del oferente o del destinatario. Son mayoría en nuestra doctrina los autores que niegan la transmisibilidad activa o pasiva de la oferta. ROCA SASTRE deduce del artículo 1.262 que la actuación de las partes en la gestación del contrato es personalísima, exigiéndose para la formación del acuerdo vinculativo la coexistencia en un momento dado de las dos voluntades concretas. Posterior a esta sentencia, referente también a la acción de simulación absoluta, cabe citar la sentencia de 4 de noviembre de 1986; de modo que la extinción anterior de una de éstas por fallecimiento impide aquella coexistencia. Otra cosa podrá sostenerse cuando el oferente renuncia a su facultad de revocar la oferta. El argumento utilizado por ROCA SASTRE encierra como dice LACRUZ una petición de principio, pues es evidente que ese concurso puede darse, aun habiendo fallecido el oferente o el destinatario, desde el momento en que se afirme la posibilidad de transmitirse por herencia ambas posiciones jurídicas. Además, no se entiende cómo siendo personalísima la voluntad de las partes puede sostenerse la transmisibilidad *mortis causa* por la renuncia del oferente a su facultad de revocar la oferta. ALBALADEJO extrae del artículo 633, la siguiente regla general: la oferta se invalida por muerte del declarante en el período que va desde la emisión de la declaración a la perfección del negocio (que necesita aún de la declaración de voluntad del aceptante), y es evidente que «la aceptación no surtirá efecto» (usando la terminología legal) porque no subsiste la oferta. Las razones alegadas por ALBALADEJO justifican suficientemente la aplicación de la regla que, con carácter general, deduce del artículo 633.2, a todos los actos presididos por un ánimo de liberalidad en el otorgante, pero quizá no resulte tan clara su aplicación a los demás tipos de negocios jurídicos. Por su parte, LACRUZ dice que si reparamos en que en los conceptos de «bienes, derechos y obligaciones» del artículo 659 del Código Civil, hay que incluir posiciones transmisibles que tienen un marcado aspecto fáctico (como la posesión), en que el Código Civil no veda la transmisibilidad de la oferta, y que ésta es una posición patrimonial que representa un valor, una posición de actuación jurídica para el destinatario, hemos de decidarnos por la transmisibilidad activa y pasiva de la oferta. Si el heredero recibe los bienes del causante y responde de sus obligaciones, no se

ve por qué no haya de poder aceptar la oferta que a su causante hicieron, o cerrar el contrato que su causante propuso.

2. BIENES DE DUDOSA PROPIEDAD

La sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de diciembre de 1978 (171), nos plantea el litigio ocasionado entre unos herederos por una partida de dinero que fue extraída de una cuenta corriente del causante ocho días antes de su fallecimiento. Mientras que la viuda estimaba que esa cantidad de dinero formaba parte del caudal hereditario, los otros herederos, las hijas en este caso, estimaban lo contrario. El Tribunal Supremo que confirmó la sentencia recaída en la primera instancia, consideró que las partidas de dinero extraídas

(171) Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de DICIEMBRE de 1978. Sala 1.^a, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 4302. Ponente: MANUEL TABOADA ROCA, pág. 3594. Considerando primero.—«Que la sentencia recurrida, para fundamentar su tesis estimatoria de la demanda en el particular relativo a la partida de 2.650.000 pesetas, extraída de la cuenta bancaria del testador, que entiende forma parte de la herencia litigiosa, se basa en las afirmaciones siguientes: a) que dicha suma fue extraída antes de su fallecimiento, el día 6 de octubre de 1972, según refleja la prueba practicada en segunda instancia; b) que ello, unido al resultado de las pruebas practicadas en primera instancia y a la ambigüedad de la parte demandada frente a la tajante posición de la demandante, conduce a “concluir que tal cantidad ha de considerarse como parte integrante de los bienes hereditarios, pues no consta que de ella se dispusiera total o parcialmente por el testador ni se aplicara al pago de alguna deuda”; c) que por las diversas circunstancias que tienen en cuenta los juzgadores de instancia, llegan “al convencimiento de que la suma en cuestión —que por cierto, no consta que estuviera en la casa del testador cuando éste murió—, ha de reputarse comprendida en los bienes de la herencia de que no se dispuso mediante legados)”, que “en consecuencia, debe repartirse entre los cuatro litigantes en pleno dominio y a partes iguales, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 4.^a del testamento”; e) que “por lo tanto, corresponde a la demandante, por este concepto, la cantidad de 622.659,12 pesetas, que resulta de dividir entre cuatro, el total obtenido de sumar el dinero extraído el 6 octubre 1972 y el saldo de la cuenta en la fecha de la muerte del testador”; f) que por ello, procede condenar a las demandadas doña Teresa, doña Carmen y doña Luisa a que paguen a la actora, la expresada cantidad». Considerando séptimo.—«Que la estimación de los motivos primero y tercero hace inútil ya el estudio del segundo, porque cualquiera que fuese su suerte, no habría de poder alterar el resultado casacional que aquellos otros imponen; aunque no estará por demás advertir que la intervención de un heredero, en la aprobación del respectivo cuaderno particional, y la posterior aprobación del acta de protocolización, no significa otra cosa que la conformidad con la distribución y adjudicación de bienes que en tal cuaderno se hace, pero no implica renuncia a cualquier otro bien que, perteneciendo a la herencia, no se hubiere incluido en el aludido inventario; y tan es así, que es cláusula de estilo que se inserta generalmente en las particiones (y en la de autos también se insertó), que “si apareciesen otros bienes pertenecientes a la herencia del señor causante, se distribuirán entre las cuatro herederas por iguales partes”; ello aparte de que, las operaciones particionales, aun después de aprobadas, pueden ser impugnadas por las causas comunes a todos los negocios jurídicos, y además, por la especial rescisión por lesión, que el Código regula».

de la cuenta bancaria formaban parte del caudal hereditario y ello sobre la base de que no consta que de dicha partida se dispusiera total o parcialmente por el testador, ni se aplicara al pago de alguna deuda, a pesar de que la misma no consta que estuviera en la casa del testador cuando murió.

A mi juicio, y deducido de la sentencia citada, debemos entender que cualquier exclusión de bienes que se pretenda de una herencia, de bienes presumiblemente dispuestos por el causante días antes de su fallecimiento debe ser justificada, debe justificarse que dispuso esos bienes el testador y para qué, si no estamos burlando los derechos sucesorios de los herederos y atacando el interés público del Estado o de la Comunidad Autónoma en la sucesión, en concreto de la Hacienda Pública, aunque esto traten de remediarlo las presunciones de integración en el caudal hereditario que regulan la Ley del Impuesto de Sucesiones y su Reglamento. Todos lo sabemos por ser práctica cotidiana, que los presuntos herederos suelen dejar sin fondos las cuentas bancarias del ser querido cuando prevén su muerte.

Otro tema que plantea la sentencia es el de que la intervención de un heredero en la aprobación del respectivo cuaderno particional, y la posterior aprobación del acta de protocolización, no significa otra cosa que la conformidad con la distribución y adjudicación de bienes que en tal cuaderno se hace, pero no implica renuncia a cualquier otro bien, que, perteneciendo a la herencia, no se hubiese incluido en el inventario (172).

No existe para el contador-partidor, un punto de Arquímedes desde el cual pueda decidir con certeza, en ausencia de documentos, sobre la dudosa propiedad de uno o de algunos bienes del testador. En este caso debe sopesar juntamente con los herederos, al tenor del testamento u otros elementos extrínsecos al mismo (como, por ejemplo, la posesión del bien), las circunstancias propicias para entrever las posibilidades de éxito o de fracaso de una acción reivindicatoria. Así podrá, con cierto grado de certeza, excluir o incluir aquellos bienes de dudosa propiedad del difunto en el inventario; sin

(172) La sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 1952. Sala 1.^a Marginal 1208, pág. 860. Ponente: Excmo. Señor DON MARIANO MIGUEL Y RODRÍGUEZ, en su Considerando segundo nos señala que habiendo cesado en sus cargos los albaceas o contadores partidores, si han incurrido en omisiones de bienes o adjudicaciones indebidas, la enmienda de estos actos, así como el ejercicio de acciones corresponde a los herederos. En la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de enero de 1962. Sala 1.^a Marginal 265, pág. 165. Ponente: Excmo. Señor don JOAQUÍN DOMÍNGUEZ DE MOLINA, en su Considerando primero se incide en este tema al señalarnos que la partición complementaria, una vez han cesado en su cargo el contador partidor es posible, y asimismo es posible que la partición hecha por el contador partidor no sea definitiva, ya que en ella se puede hacer referencia a bienes que no están incluidos en la misma, y dice la sentencia: «quedando así demostrado que las operaciones divisorias no se dieron por ultimadas; sin que exista ningún precepto legal que prohíba esa partición complementaria, ni siquiera la doctrina de la sentencia de 14 de febrero de 1952...».

embargo, la situación de estos bienes debe ponerla en evidencia el contador-partidor desde el inventario hasta el momento de la partición, para que el adjudicatario del mismo (acreedores, herederos o legatarios) tome las medidas pertinentes juntamente con los demás interesados en orden a la posibilidad de ser despojado.

Sobre el punto en cuestión, ESCOBAR piensa que el contador-partidor no puede excluir ningún bien del inventario en perjuicio de los herederos; sin embargo, podrá hacerlo si tiene razones fundadas para ello, a fin de evitar la adjudicación de bienes ajenos, en este sentido afirma que el contador-partidor, para evitar conflictos entre los coherederos y una rescisión de la partición, debe decidirse entre dos caminos:

- No adjudicar el bien: únicamente dejar constancia de la situación que rodea a los bienes.
- Adjudicar el bien proporcionalmente: en este caso, si se produce la exclusión del bien, el perjuicio resulta proporcional (173).

La segunda solución parece ser la más aceptable, porque la primera (el no adjudicar) coloca a los bienes indefinidamente en un estado de incertidumbre que perjudica no solamente a los herederos, que deben devenir dueños, sino también la labor del contador-partidor, que vería bloqueada su actividad, con peligro de que transcurra el plazo dentro del cual debe ejercerla, por unos bienes sobre los cuales además, no está facultado para prolongar su estado de división.

El mismo autor parece inclinarse por la necesidad del consentimiento de los coherederos en la solución de este punto (174).

En cuanto a si debe o no el contador-partidor requerir el consentimiento de los coherederos, en orden a la exclusión o inclusión de bienes en el inventario, podemos decir:

A) Desde el punto de vista del contador-partidor, la partición es un negocio jurídico unilateral que no requiere el consentimiento de los interesados, salvo que circunstancias especiales así lo requieran. Si la exclusión o inclusión de bienes en el inventario se da por un estado especial de ciertos objetos, que no se sabe si pertenecen o no al *relictum*, circunstancias especiales rodean a esos bienes, consiguientemente, el consentimiento de los interesados es imprescindible. En este caso, la exclusión o inclusión de bienes por el contador-partidor será un acto dispositivo (175), porque no puede disponer

(173) Véase ESCOBAR DE LA RIBA, ELOY, «Partición por comisario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1940, pág. 395.

(174) *Ídem*, pág. 396.

(175) Esta posición la fundamos en la diferencia —aceptada casi unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia— que se hace dentro de la actividad del contador-partidor

ni de bienes ajenos a la herencia ni de ésta misma, por lo que la intervención de los coherederos en la decisión resulta imprescindible. En este sentido, si prescinde del consentimiento de los herederos, en orden a la exclusión o inclusión de bienes, se extralimita y únicamente él (el contador-partidor), soporta el riesgo de sus acciones, siéndole exigible los daños y perjuicios ocasionados, porque es ineludible obligación suya, que el inventario sea perfecto de modo aproximativo, es decir, que como operación previa a las demás, produzca sus efectos regulares incapaces de producir querellas, por un lado, pero por otro, que no introduzca en las operaciones particionales que le siguen, la desarmonía, no solamente por la exclusión de bienes en el inventario, que posteriormente tendrán que ser incluidos, sino por la inclusión de bienes que corren el peligro que sean posteriormente excluidos.

Si el contador-partidor prescinde del consentimiento de los herederos, es ejercitable por parte de éstos la respectiva acción judicial y recaída sentencia firme, tanto la voluntad del contador-partidor como la de los coherederos dejan de ser terminantes y pierden su importancia en orden a la exclusión o inclusión de bienes en el inventario (176).

entre actos de disposición y de partición. Por ser los primeros de carácter excepcional como, por ejemplo: una venta, una donación, una adjudicación a un acreedor o tercero para pagar deudas, se exige el consentimiento de los interesados, no en cambio, cuando el partidor limita su actividad simplemente a contar y a partir, ejercicio ordinario de sus funciones que puede realizar unilateralmente. No obstante lo anterior, el testador puede habilitar al contador-partidor para que, en situaciones que exceden la simple facultad de contar y partir, puede obrar unilateralmente lo que mejor corresponda a los intereses de la herencia, independientemente de los coherederos. Véase la Resolución de 7-IV-1896, en *Repertorio doctrina y legal de la Jurisprudencia española*, tomo III (Editorial Reus, S. A., 3.^a ed., Madrid, 1926), pág. 21; la Resolución número 10, de 10-I-1903, en *Colección Legislativa*, tomo XIII, vol. I, pág. 52; la Resolución número 463, de 20-IX-1933, en *Colección Legislativa*, tomo 210, vol. 4, pág. 374; BORRELL Y SOLER, ANTONIO, *Derecho Civil español*, Tomo V, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1954, págs. 469 y 470; LACAL, PASCUAL, «Aportación al estudio de la adjudicación de bienes inmuebles de una herencia para pago de deudas» (*Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1931) pág. 296; ESCOBAR DE LA RIVA, *op. cit.*, pág. 391; MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios al Código Civil español*, Tomo VII (Instituto Editorial Reus, 6.^a ed., Madrid, 1943), pág. 656; GONZÁLEZ PALOMINO, JOSÉ, «La adjudicación para pago de deudas», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* (Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945), págs. 320 y sigs.; ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a, *Derecho Hipotecario*, Tomo II (Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1948), págs. 632 y 633; ARMERO, *op. cit.*, pág. 495; PÉREZ, BLAS, y ALGUER, JOSÉ, *Comentarios al Derecho de sucesiones de Theodor Kipp*, Tomo V, vol. II (Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1951), pág. 41; DE LA CÁMARA, MANUEL, «La revocación del mandato y del poder», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo IV, Madrid, 1957, pág. 622; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, págs. 547 y 548; CHICO Y ORTIZ, JOSÉ M.^a, «Protocolización de partición», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. LXXII, año XVIII, abril-junio 1971, Madrid, pág. 485.

(176) Véase la sentencia número 424 de 25-XI-1884 en el *Repertorio Doctrinal y Legal de la Jurisprudencia Civil Española*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 295.

B) Llegamos a la misma solución desde el punto de vista de los interesados, cuyo consentimiento es imprescindible porque la decisión del contador-partidor genera en ellos el nacimiento de un derecho, de una facultad o de un deber jurídico, en orden al bien concreto excluido o incluido. Como ejemplo tenemos el caso de un legado de un bien conocido por el testador como ajeno; aquí el contador-partidor debe requerir el consentimiento de los herederos y el legatario para adquirirlo e incluirlo en el inventario, para que el legatario pueda pacíficamente disfrutar del bien. Partiendo igualmente de esta premisa, de que la partición debe garantizar el goce pacífico de las cosas adjudicadas, es que el contador-partidor debe requerir el consentimiento de los interesados.

3. BIENES SUSTRÁIDOS

En relación con las cosas hurtadas o robadas, recae en los herederos la obligación de devolverlas a su legítimo dueño, salvo cuando proceda la prescripción adquisitiva, así se deduce del artículo 1.956 del Código Civil, que establece: «Las cosas muebles hurtadas o robadas no podrán ser prescritas por los que las hurtaron o robaron, ni por los cómplices o encubridores, a no haber prescrito el delito o falta, o su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil, nacida del delito o falta».

La norma tiene un carácter sancionador, frente a la conducta reprobable constituida, por la privación ilegal de la cosa mueble a su anterior poseedor legítimo, por la participación en ella o por el encubrimiento de la misma. El usucapiente puede haber comenzado con violencia o clandestinidad la posesión, en cuanto que fue iniciada mediante robo o hurto, y tal situación haberse consolidado ulteriormente mediante el aquietamiento de hecho del anterior poseedor al que la cosa se sustrae, supuesto del que parte la norma para consentir limitadamente el efecto legal de la usucapición. Queremos apuntar para terminar dos reflexiones:

- La oposición del ofendido y perjudicado por el robo o hurto a la usucapición que se está consumando en su contra por el ofensor, no será posible hasta tanto éste conozca el nombre y circunstancias de aquél.
- En consonancia con lo anterior, a partir del momento en el que prescriba el delito o la falta o su pena, y la acción de responsabilidad civil, empezará a correr el tiempo de la prescripción adquisitiva a favor de quien la hurtó o la robó o de sus cómplices o encubridores.

4. EL AJUAR DOMÉSTICO

El derecho de supervivencia que regula el artículo 1.321 del Código Civil tiene remotos antecedentes en la tradición jurídica castellana. Así podemos ver vestigios del mismo en el Fuero Real y en las Partidas; la redacción originaria del Código Civil contenía referencias a este derecho en diversos preceptos (arts. 1.374, 1.379, 1.420 y 1.427) después de la Reforma de 1981, todos aquellos preceptos, en alguna medida se refunden y amplían en la norma del artículo 1.321.

La redacción clara de la norma nos deja ver cuál es su sentido: la protección del cónyuge superviviente contra las actuaciones desconsideradas o arbitrarias de los herederos del premuerto.

A mi juicio es un derecho de familia que deriva del vínculo matrimonial y que nace como consecuencia de la muerte del otro cónyuge, sin que se le compute ni en la cuenta de la liquidación de la comunidad conyugal, cuando éste sea el régimen aplicable, ni en la cuota que le corresponda al superviviente en la herencia del premuerto; en definitiva, los bienes que son objeto del derecho de supervivencia no forman parte de la herencia y son adquiridos plenamente, en propiedad y posesión, por el cónyuge superviviente, por eso es muy acertada la calificación de este derecho como un «derecho de predecesión» respecto del caudal relicto.

Por otra parte, en atención al carácter de la norma, tengo que señalar que nos encontramos ante una norma de carácter imperativo que se incardina en lo que se denomina «régimen matrimonial primario» (arts. 1.315 a 1.324 del Código Civil), no obstante la anterior afirmación podrá modificarse su aplicación, así, por ejemplo, que se le entregue al cónyuge superviviente, en lugar de su derecho a los bienes correspondientes, una cantidad o una pensión, o que se le asignen, en su lugar, otros bienes, pero esto tan sólo es en lo que puede consistir su modificación, ya que este derecho es por naturaleza indisponible.

Por lo que se refiere a su extensión, tan sólo decir que la norma es bien clara: ropas, mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos.

No se refiere, pues, el precepto a otro tipo de vivienda (de uno solo de los esposos, de temporada, de vacaciones, etc.) sino a la vivienda habitual. Tampoco se refiere a las ropas de uso personal del cónyuge fallecido, sino a las ropas que visten la casa (sábanas, cortinas, etc.), y que en una palabra forman parte del ajuar doméstico. Lo mismo pasa con los muebles y enseres, pues quedan excluidos los objetos de uso personal que no sean valiosos (arts. 1346.7.º del Código Civil) y todos aquellos que puedan ser objeto de atribución preferente en el haber del sobreviviente, como los afectos al ejercicio de una profesión u oficio, y que, por ello, cabe pensar quedan excluidos

del derecho de supervivencia como todos aquellos a que se refiere el artículo 1.406 del Código Civil.

El artículo 1.321, no obstante, ha de interpretarse con un criterio relativo proporcional a la situación real de la familia, pues no caben criterios absolutos ni uniformes para todas las familias.

Valgan aquí los comentarios que hemos hecho al hablar anteriormente de las alhajas.

5. DERECHOS QUE SE EXTINGUEN POR LA MUERTE DEL CAUSANTE

Dentro de este apartado encajan todos los derechos de carácter personal y además el usufructo (art. 513.1 del Código Civil), el uso y la habitación (arts. 525 y 529 del Código Civil), y la renta vitalicia (art. 1.808 del Código Civil).

Los derechos arrendaticios también se extinguen por la muerte del causante, de ahí que la continuidad que se opera, tanto en materia de arrendamientos urbanos como rústicos, encuentra su base en las propias leyes especiales.

En arrendamientos urbanos, los derechos de subrogación en la relación arrendaticia que tuviera el causante, tanto en vivienda como en locales de negocio con arreglo a lo establecido en las Disposiciones Transitorias segunda y tercera, respectivamente, de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de noviembre de 1994 (177), pasan a los herederos en virtud de lo establecido en la Ley especial y no en virtud de la herencia del causante. La sentencia de 6 de mayo de 1968 tiene determinado que según reiterada doctrina, el arrendamiento genera un derecho personal que se extingue por la muerte del arrendatario, y por ello la herencia no es título para transmitir el local, que por ser dependencia ajena no estaba en el patrimonio del difunto arrendatario, por lo que la subrogación en él operada es un derecho originario que la Ley de Arrendamientos Urbanos concede a los herederos, o al por ellos elegido si son varios.

A mi juicio, en relación a si ¿han de incluirse en el inventario los derechos arrendaticios en el apartado 8 del mismo al inventariar «derechos y acciones»? , soy de la opinión que se incluyan a efectos de mera publicidad, ya que pueden representar estos derechos un valor patrimonial, así apunta GONZÁLEZ PORRAS que lo hacía la doctrina anterior a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 (178), aunque se trata de un derecho no sucesorio

(177) Tribunal Supremo. Sala 1.ª Sentencia de 6 de mayo de 1968. Ponente: Excmo. Señor JUAN ANTONIO LINARES FERNÁNDEZ. *RJA*, vol. II de 1968. Referencia 3478, pág. 2347.

(178) COMENTARIOS A LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS. Ley 29/1994, de 24 de noviembre. Obra dirigida por CARLOS LASARTE ÁLVAREZ (Coordinador).

sino de un beneficio legal, encontrando en la ley su expresión, alcance y contenido, no obstante como para el heredero que lo reciba puede suponer entrar en su patrimonio un valor patrimonial, no está de más que se haga mención del mismo en el inventario. Aunque soy de la opinión que tales

Artículo 16 comentado por GONZÁLEZ PORRAS, JOSÉ MANUEL. Editorial Tecnos, Madrid, 1996. En primer lugar en la pág. 445 se dice: «Por tanto se puede afirmar que nuestro Código Civil no admite, porque no dice, la extinción del arrendamiento por muerte ni del arrendador ni del arrendatario; de igual forma que no cabe estimar que el contrato de arrendamiento sea un contrato *intuitu personae*... Para terminar con la afirmación de que el arrendamiento no se extingue con la muerte del arrendador ni del arrendatario, ni que se celebra *intuitu personae*. Basta traer aquí unas palabras de ALBALADEJO cuando afirma que “la tesis que defiendiendo se refuerza si se piensa que ni siquiera por transmisión que de la cosa arrendada haga el arrendador, se extingue en principio el arrendamiento, sino que el tercero sólo tiene derecho a pedir la extinción, si es que la desea (art. 1571.1.º)”. Esto no quiere decir que la regla no pueda tener excepciones...». En las págs. 448 y 449 añade: «La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 noviembre 1994 (BOE, núm. 282, de 25 de noviembre de 1994), al igual que las que le precedieron, da lugar a interesantes problemas con motivo de los supuestos que en la Ley vigente han aumentado, de continuidad en la relación arrendaticia a favor de persona de persona diferente del titular inicial del contrato, y esto tanto si se trata de arrendamiento de vivienda como si lo es para uso distinto del de vivienda.

Los supuestos son varios. Así en el artículo 12 (Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario); artículo 15 (Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario); artículo 16 (Muerte del arrendatario), y artículo 33 (Muerte del arrendatario en arrendamientos para uso distinto del de vivienda). Conviene advertir que aunque la ley habla en estos dos últimos supuestos de “muerte del arrendatario”, sin embargo estamos ante dos situaciones diferentes. Tanto en las leyes precedentes como en la actual regulación, el contraste es evidente, pues mientras en el caso de subrogación en el arrendamiento de viviendas no estamos, como veremos, ante una sucesión verdadera y propia, tal y como se regula en el Código Civil, en cambio si se trata de arrendamiento para uso distinto del de vivienda (lo que antes se denominaba local de negocio), sí cabe hablar de sucesión. El artículo 60 del Texto Refundido de 1964, al igual que el vigente artículo 33 de la Ley, hablan de que “en caso de fallecimiento del arrendatario, cuando en el local se ejerza una actividad empresarial o profesional, el heredero o legatario que continúe en el ejercicio de la actividad podrá subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendatario hasta la extinción del contrato”. No veo inconveniente que se pueda mantener, como lo hacía la doctrina anterior a la nueva ley, que el valor patrimonial en que consiste el arrendamiento se incluya en el “as” hereditario (art. 659 del Código Civil) y siga la suerte de la herencia, en general, son más las circunstancias que exige la ley especial». Sigue diciendo en las págs. 449 y 450: «la Ley de 1994, a diferencia de lo que establecía el derogado artículo 59 del Texto Refundido de 1964, no dice nada respecto de si cabe o no sucesivas subrogaciones... ahora bien, yo creo que dentro del plazo contractual mínimo de los cinco años, si el azar determina una serie de muertes sucesivas, en ese plazo de tiempo; si caben todas las subrogaciones posibles [argumento en el art. 9.1.º *in fine*; art. 16.1.j) *in fine* y art. 16.4]. Esto es, creo, el espíritu de la Ley, ya que al establecerse un derecho a pactar una duración contractual mínima no importan las posibles subrogaciones que puedan producirse en dicho periodo. Por eso no hay limitación a las subrogaciones dentro del plazo pactado y de sus prórrogas». Finalmente, en la pág. 452 añade: «Efectivamente lo que tiene lugar si llega a funcionar la subrogación en los términos contemplados por el artículo 16 de la Ley, es simplemente una

derechos suponen más un beneficio legal que opera al margen de la sucesión del causante y de la voluntad de éste y que si hay una desigualdad entre los beneficiarios encuentra su origen en la ley.

Esto es más patente todavía en materia de arrendamientos rústicos, donde el artículo 79 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, de 31 de diciembre de 1980, considera como continuadores en el arrendamiento a las personas que por orden preferencial señala, sean o no herederos del causante arrendatario. Igual ocurre con la aparcería, que la continúen los familiares que hubieren sido cooperadores con el causante (art. 117.2.º de dicha Ley). La sucesión en los arrendamientos de fincas rústicas, que formen parte de una explotación familiar agraria, se regula por la Ley de 24 de diciembre de 1981, artículo 37.

6. DERECHOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

6.1. *Introducción*

Establece la Ley de Propiedad Intelectual (179) un régimen de transmisión especial de los derechos morales de autor. Conforme a los artículos 15 y 16 LPI, tras la muerte del autor, el ejercicio del derecho de divulgación, en su caso, y de los derechos a la integridad y a la paternidad de la obra corres-

novación meramente subjetiva de la persona del inquilino que, como señalaba para la legislación derogada FUENTES LOJO obliga al arrendador no a celebrar nuevo contrato sino sólo “a cambiar en los recibos el nombre del arrendatario”. Igual criterio y respecto de la nueva ley es el de SERRANO ALONSO y PÉREZ DE VARGAS, entre otros. Y buena prueba de ello es que ocurrida la subrogación, nada del contrato que no sea su sujeto cambia. No se modificará la renta (salvo lo dispuesto en el art. 18.2) ni cambia la duración del contrato inicial (art. 9). En resumen, estamos ante un cambio meramente subjetivo en una relación negocial que sigue siendo la misma...». Añade en la pág. 457: «Por mi parte, estimo que la naturaleza jurídica del derecho a continuar gozando de la vivienda arrendada por parte de determinadas personas expresamente señaladas en la Ley, es un beneficio legal establecido para asegurar la estabilidad en la vivienda del arrendatario difunto... Y esa finalidad se asegura mediante una sucesión (palabra que tanto gramatical como jurídicamente supone, sencillamente, colocarse una persona en el lugar de otra, sustituyéndola y asumiendo la titularidad de los derechos transmisibles de otra; cambio de sujeto e identidad de la relación) legal (la establece expresamente la Ley especial) a título particular en el contrato y por supuesto diferente de la sucesión por causa de muerte».

(179) ALBALADEJO en su obra *Curso de Derecho Civil*, V, «Derecho de Sucesiones», Barcelona, 1982, págs. 12 y 13, se planteaba la pregunta de si los poderes extrapatrimoniales que el sucesor recibe del difunto van a parar necesariamente a quien establezca la ley, o si, por el contrario, puede éste disponer de algún modo de ellos, ordenando que pasen a pertenecer a la persona que desee, o que se extingan a su muerte. No olvidemos que las razones aportadas por este autor en apoyo de una respuesta afirmativa se han visto confirmadas no sólo por la nueva Ley de Propiedad Intelectual, sino también por la Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

ponden, en primer lugar, a la persona expresamente designada por el autor, en su defecto, a los herederos del autor, y, a falta de los anteriores o si se encontraran en paradero desconocido, al Estado y otras instituciones públicas señaladas en la Ley. Nuestro legislador ha optado por un doble sistema de transmisión *mortis causa* del contenido del derecho de autor. El derecho patrimonial se transmite por cualquiera de los medios admitidos en derecho artículo 42 LPI, en cambio, la transmisión del derecho moral responde a un modelo de sucesión especial.

Por lo que se refiere a la Propiedad Industrial (180), son diferentes los derechos que nos podemos encontrar y que son transmisibles por todos los medios que el derecho reconoce y que si existen tendrán que ser recogidos en el inventario:

- a) La marca (181) es el signo que distingue en el mercado los productos o servicios de una empresa, ya sea ésta de carácter individual o social. La marca por tanto es un signo distintivo. Su función es la de diferenciar e individualizar en el mercado unos productos o servicios de otros productos o servicios idénticos o similares, así como identificar su origen empresarial y, en cierta manera, ser un indicador de calidad y un medio de promoción de ventas. La marca es, pues, el signo distintivo usado por el empresario para diferenciar en el mercado sus productos o servicios de los productos o servicios de los competidores. En el inventario habrá de relacionarse tanto la marca, si existe, como la mera solicitud de marca.

Junto a la marca propiamente dicha o marca individual, la Ley regula la marca colectiva y la marca de garantía. La marca colectiva es aquella que sirve para distinguir en el mercado los productos o servicios de los miembros de una asociación de fabricantes, comerciantes o prestadores de servicios. El titular de esta marca es dicha asociación. A los efectos del inventario de la herencia sólo nos interesa relacionar la marca individual.

La marca de garantía es aquella que garantiza o certifica que los productos o servicios a que se aplica cumplen unos requisitos comunes, en especial, en lo concerniente a su calidad componentes, origen geográfico, condiciones técnicas, modo de elaboración del producto, etc. Esta marca no puede ser utilizada por su titular, sino por terceros a quien el mismo autorice, tras

(180) La vigente Ley de Marcas es la Ley 17/2001, de 7 de diciembre (BOE de 8-12-2001) y Real Decreto 687/2002, de 12 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de Marcas.

(181) Según el artículo 4.1 de la Ley de Marcas: «se entiende por marca todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado productos o servicios de una empresa de los de otras».

controlar y evaluar que los productos o servicios de este tercero cumplen los requisitos que dicha marca garantiza o certifica.

Tanto la marca colectiva como la de garantía exigen para ser registradas que se acompañe con la solicitud de registro del correspondiente reglamento de uso.

Pueden especialmente ser marca:

- Las palabras y combinaciones de palabras.
- Las imágenes, figuras, símbolos y dibujos.
- Las letras, las cifras y sus combinaciones.
- Las formas tridimensionales, entre las que se incluyen los envoltorios, envases y la forma del producto.
- Los sonidos, siempre que sean susceptibles de representación gráfica, por ejemplo, mediante el pentagrama.
- Cualquier combinación de los signos mencionados.

Esta enumeración es enunciativa, no limitativa.

También, atendiendo a la forma de representación de la marca, distinguimos los siguientes tipos de marcas:

- Denominativas: las denominaciones arbitrarias o de fantasía. Las razones sociales, seudónimos y nombres propios. Las cifras, letras, etc.
- Gráficas: los símbolos gráficos, logotipos, dibujos, etc.
- Mixtas: la combinación de elementos denominativos y gráficos.
- Tridimensionales: los envases y envoltorios, la forma del producto, etc.
- Sonoras: Siempre que dichos sonidos en que consista la marca puedan ser representados gráficamente.

A la hora de seleccionar una marca, el empresario o productor debe adoptar un signo no sólo válido, sino idóneo como medio para promover la venta de sus productos o la contratación de sus servicios.

Desde el punto de vista comercial, la marca debe ser:

- a) Eufónica. Deben descartarse las denominaciones difícilmente pronunciables, malsonantes o estéticamente desagradables.
- b) Fácilmente memorizable. De esta cualidad depende en gran medida su éxito comercial.

Como el registro de la marca confiere a su titular el derecho a utilizarla en exclusiva en el tráfico mercantil, el signo debe cumplir una serie de requisitos de validez y registrabilidad, por lo que la Ley de Marcas (arts. 5, 6, 7, 8, 9 y 10) establece una serie de prohibiciones:

1. Absolutas (182). No pueden registrarse como marca:
 - 1.1. Los signos no susceptibles de representación gráfica. Por ejemplo, los signos táctiles, gustativos, olfativos y sonoros cuando no puedan ser representados gráficamente.
 - 1.2. Los signos genéricos y específicos en cuanto constituyan la designación del género o especie de los productos o servicios a que se destine la marca, y los signos compuestos exclusivamente por menciones o indicaciones que en el comercio o en el lenguaje corriente hayan llegado a constituir la denominación necesaria o usual del producto o servicio de que se trate.
 - 1.3. Los signos descriptivos, compuestos exclusivamente por signos que sirvan o puedan servir en el comercio para designar la calidad, la cantidad, el destino, el valor, el lugar de origen, la época de producción u otras características de los productos o servicios.
 - 1.4. Las formas tridimensionales que vengan impuestas por la naturaleza del propio producto o que produzcan un resultado técnico o que den un valor esencial al producto.
 - 1.5. Los que sean contrarios a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres.
 - 1.6. Los que puedan inducir al público a error.
 - 1.7. Los signos que reproduzcan o imiten escudos, banderas y emblemas, municipales, provinciales, de las Comunidades Autónomas, del Estado español y de otros Estados a menos que medie la debida autorización.
 - 1.8. Los signos que incluyan insignias, emblemas, escudos distintos de los relacionados en el apartado anterior y que sean de interés público, salvo que exista autorización.

2. Relativas. El signo adoptado como marca debe estar disponible. No podrá registrarse como marca un signo que sea idéntico o semejante a una marca, nombre comercial o rótulo de establecimiento anteriormente solicitados o registrados, cuando dicho signo se solicite para productos, servicios o actividades idénticos o semejantes a los protegidos por estos signos anteriores y exista entre ellos un riesgo de confusión en el público consumidor. Cuando el signo adoptado sea idéntico o semejante a una marca o nombre comercial notoria o renombrada, el acceso a registro de dicho signo también está prohibido respecto de productos, servicios o actividades distintos de los protegidos por dicha marca notoria o renombrada, si ello puede implicar un aprove-

(182) Para mayor información debe consultarse el artículo 5 de la Ley de Marcas, en el anexo C).

chamiento indebido de la misma o un menoscabo en su carácter distintivo, notoriedad o renombre.

El signo adoptado tampoco podrá ser registrado sin la debida autorización, cuando:

- a) Consista en el nombre, seudónimo, apellidos, etc., o en la imagen que para la generalidad del público identifique a una persona distinta del solicitante.
- b) Reproduzca, imite o transforme creaciones protegidas por un derecho de autor o por otro derecho de propiedad industrial (invenciones, modelos o dibujos industriales).
- c) Se preste a confusión con el nombre comercial, denominación o razón social que identifique en el tráfico económico a una persona distinta del solicitante.
- d) Se preste a confusión con una marca no registrada, pero que sea notoriamente conocida en España. Cuando esta marca no sea notoriamente conocida, tampoco podrá registrarse, si quien solicita su registro es el agente comercial o representante en España del titular de dicha marca en alguno de los Estados miembros del Convenio de la Unión de París o de la Organización Mundial del Comercio y no cuente con el consentimiento de éste.

La marca se concede por diez años desde la fecha de solicitud y puede renovarse indefinidamente por períodos sucesivos de diez años.

La protección obtenida con el registro de la marca se extiende a todo el territorio nacional. También es posible obtener una protección internacional de la marca.

Para mantener en vigor el registro de la marca, el titular debe cumplir las siguientes obligaciones:

1. Solicitar la renovación cada diez años, abonando la tasa de renovación.
 2. Usar la marca.
- b) El nombre comercial es el signo o denominación que identifica a una empresa en el tráfico mercantil y que sirve para distinguirla de las demás empresas que desarrollan actividades idénticas o similares. El nombre comercial, por tanto, distingue a la empresa que fabrica o comercializa los productos o presta los servicios. La marca, en cambio, distingue los productos o servicios que fabrica, comercializa o presta dicha empresa (183).

(183) Así, un fabricante de pantalones registraría como nombre comercial el que utilice en sus actividades empresariales de fabricante, así, por ejemplo, en sus relaciones

- c) En la anterior legislación existía como signo distintivo registrable el rótulo de establecimiento, que era el signo o denominación con que se distinguía el local de negocio. La vigente Ley de Marcas no contempla dicha modalidad de signo distintivo, pues el titular de una marca o nombre comercial está facultado para utilizar estos signos en el frontispicio de su local de negocio o establecimiento, por lo que es innecesaria la pervivencia de esta modalidad de signo distintivo.
- d) El artículo 182 del EPI establece que «se entenderá por modelo industrial todo objeto que pueda servir de tipo para la fabricación de un producto y que pueda describirse por su estructura, configuración, ornamentación o representación. El modelo industrial es, pues, un diseño tridimensional y protege exclusivamente la nueva forma de un producto. Por ejemplo, la forma de un jarrón, de una silla, de un juguete, de un electrodoméstico.
- e) El mismo artículo establece «se entenderá por dibujo industrial toda disposición o conjunto de líneas o colores o líneas y colores aplicables con un fin comercial a la ornamentación de un producto, empleándose cualquier medio manual, mecánico, químico o combinado». El dibujo es un diseño bidimensional y protege la nueva ornamentación de un producto. Por ejemplo, el estampado de un tejido, de una vajilla, la ornamentación de una pieza de cerámica...

El modelo o dibujo industrial se concede por diez años desde la fecha de concesión y puede renovarse por otro período de diez años por una única vez. Al cumplirse los cinco años de la concesión, el interesado deberá abonar la tasa del segundo quinquenio.

Para mantener en vigor el registro, el titular debe cumplir las siguientes obligaciones:

- Abonar la tasa del segundo quinquenio al cumplirse los cinco años de la concesión. El pago deberá realizarse en los tres meses anteriores al último día del mes en que se cumplan los cinco años de la concesión o en el mes siguiente, contándose los plazos de fecha a fecha. Transcurrido este plazo todavía dispone de otros dos períodos de tres meses cada uno, con el 25 y el 50 por 100 de recargo, respectivamente.
- Solicitar la renovación por una sola vez dentro de los tres meses anteriores al día en que se cumplan los diez años de la concesión.

Por lo que se refiere a las patentes, la Ley de Patentes en sus artículos 10.1.º y 144 reconocen, respectivamente, que el derecho a la patente y

con proveedores, clientes, etc. El signo o nombre con que comercialice esos pantalones será la marca del producto.

el derecho a la protección de modelos de utilidad pertenecen al inventor o a sus causahabientes y son transmisibles por todos los medios que el Derecho reconoce.

6.2. *La transmisión de los derechos morales en la Ley de Propiedad Intelectual* (184)

La naturaleza de la legitimación de los sujetos a los que nos acabamos de referir ha sido ampliamente discutida en la doctrina. Se han defendido dos posturas. Unos autores entienden que los derechos de divulgación de paternidad e integridad se transmiten, convirtiéndose los legitimados en titulares, si bien su ejercicio debe estar orientado a la protección de los intereses del autor fallecido. Otros, en cambio, consideran que el derecho moral se extingue, y surgen nuevos derechos subjetivos u otras situaciones de poder jurídico a favor de los legitimados. De acuerdo con esta segunda postura nos encontraríamos ante unos derechos de nueva factura, pasando algo similar a lo que hemos visto ocurría en materia de arrendamientos urbanos con los derechos que surgen a la muerte del arrendatario a favor de los herederos de éste.

Si el autor desea que una o varias personas en particular se ocupen del ejercicio *post mortem* de sus facultades morales, debe designarlas en testamento con tal función. Aunque el autor haya designado albacea, a éste no le corresponde el ejercicio del derecho moral si expresamente el autor no se lo ha conferido. Por lo demás, y aunque la figura del designado por el autor no se corresponde plenamente con la del albacea, su similitud justifica el recurso análogo a sus normas para resolver los problemas que plantea su intervención.

Si el autor no ha designado a nadie, el ejercicio de las facultades morales corresponde a sus herederos. El legislador interpreta así el silencio del autor, atribuyendo el ejercicio a quienes se supone que guardan más relación con él. Partiendo de esta base, hubiera sido preferible que la ley legitimase a de-

(184) Señala CÁMARA, PILAR, en la obra colectiva *Manual de Propiedad Intelectual*, Editorial Tirant lo Blanch, pág. 123: «La transmisión *mortis causa* y el ejercicio *post mortem* de los derechos morales, tal y como aparecen regulados en la LPI, resultan confusos, e incluso contradictorios. De un lado, al legislador le preocupa la voluntad y, en consecuencia, el interés del autor, al establecer que la primera persona a la que le corresponde ejercer su derecho moral es a quien él designe. De otro, en cambio, no sólo no contempla ningún sistema de control de la actuación de aquéllos que deben velar por su interés, sino que la única intervención que se prevé de la autoridad judicial para dirimir un problema de actuación de los titulares del derecho moral *post mortem* es exclusivamente para los supuestos de falta de ejercicio del derecho de divulgación de la obra. Y ello, además, en la medida en que se atente, no contra los intereses del autor —que sería lo lógico— sino contra el interés social en acceder a la cultura proclamado por el artículo 44 de la CE.

terminados familiares del autor como hace el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1982, de protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En efecto, la mención de los herederos plantea no pocos problemas de interpretación a la hora de determinar quiénes han de entenderse legitimados. En puridad, no son herederos los hijos o descendientes del autor que no reciban la legitimación como sucesores a título universal —así, cuando se les confiere a través de legado o por donación en vida del causante—. Los mismos problemas se plantean respecto al cónyuge que sólo sucede en la legítima. La doctrina ha salvado las consecuencias indeseables que produciría una aplicación rigurosa de la exigencia de ser herederos cuando se trata de los legitimarios. Fuera de ahí, quien no sea heredero carece de legitimación para actuar.

Otro problema que ha planteado la legitimación de los herederos es la limitación o no del llamamiento a los que lo sean directamente del autor. La doctrina se inclina a entender que el llamamiento sólo alcanza a los herederos directos del autor. De otro modo, el artículo 16 no entraría en juego, pues en última instancia siempre heredaría el Estado por la vía del artículo 15 LPI. Con todo, no parece ser ésta la opinión del TS, que en sentencia de 20-2-1998, no ha visto ninguna traba a la legitimación de los nietos de un escultor para reclamar frente a un atentado al derecho de divulgación.

En última instancia, esto es, cuando no existen otros legitimados o, de existir, se ignora dónde se encuentran, la legitimación corresponde a las entidades públicas mencionadas en el artículo 16 LPI. Su llamamiento responde al interés social en la conservación y promoción de valores culturales. La preservación y el estímulo de la cultura es un deber que corresponde a los poderes públicos, conforme a lo establecido en la Constitución, en los artículos 44, 46, 149.1.1, y 149.2. Dicho deber se completa ahora con la intervención de las entidades públicas en el ejercicio del derecho moral tras la muerte del autor. Su actuación no está guiada por la protección del interés del autor, que puede coincidir o no con el interés social que defienden (piénsese en particular en la prohibición del autor de divulgar su obra).

Por lo que respecta al ejercicio de las facultades morales, resulta problemática su articulación cuando existe pluralidad de legitimados. El régimen para la adopción de acuerdos debe variar según los derechos que traten de ejercitar. La diferente función de los derechos a la paternidad e integridad de la obra, por un lado, y el derecho de divulgación, por otro, justifica su dispar tratamiento. Así, para defender la paternidad o la integridad de la obra, basta con una legitimación individual. En cambio, en el ejercicio del derecho de divulgación habrá que estar a lo que acuerde la mayoría. Si bien ésta es la interpretación predominante en nuestra doctrina, el TS no ha exigido ningún régimen especial de acuerdos para ejercer el derecho de divulgación tras el fallecimiento del autor (STS de 20-2-1998).

La única previsión que hace el legislador respecto a la forma de ejercicio del derecho moral tras la muerte del autor es la contenida en el artículo 40 LPI. El supuesto de hecho de la norma es el ejercicio del derecho a la no divulgación por parte de los derechohabientes del autor, en condiciones que atenten contra el derecho de acceso a la cultura. Aunque la cuestión no ha resultado pacífica, por derechohabientes se entiende a los herederos del autor o a la persona que éste haya designado. Sería ilógica la aplicación de este precepto cuando se encuentran legitimadas las entidades públicas, habida cuenta que son estas mismas entidades las que disponen de acción para acudir al Juez solicitando su intervención. También puede acudir al Juez cualquier persona que tenga interés legítimo para ello. Se entiende que tal interés existe en personas que participen en el mundo de la cultura (asociaciones privadas de interés cultural, fundaciones culturales o entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual). Más dificultad presenta la intervención de personas que hayan tenido una especial vinculación con el autor, habida cuenta que no es éste el interés preferentemente protegido por la actuación judicial. Con todo, se admite el carácter legítimo de su interés por el devenir final de la obra.

6.3. *La transmisión de los derechos patrimoniales en la Ley de Propiedad Intelectual*

A tenor del artículo 42 LPI, los derechos patrimoniales de autor se transmiten *mortis causa* como cualquier otro derecho perteneciente al patrimonio del causante. Quedan fuera de esta regla los derechos morales (arts. 15 y 16 LPI) a los que ya nos hemos referido.

Esta transmisión se produce tanto a favor de herederos y legatarios del autor, como también de los cesionarios. Puede realizarse por cualquier medio admitido en derecho: mediante herencia testamentaria o *ab intestato*, o mediante legado.

En caso de transmisión mediante legado, el problema radicarán en delimitar los derechos cedidos, puesto que el resto de derechos patrimoniales serán adquiridos por los herederos. No rigen aquí, evidentemente, las restricciones interpretativas del artículo 43 LPI. En el caso de modalidades de explotación o medios de difusión inexistentes en el momento de redacción del testamento deberá entenderse que pasan a manos de los herederos, a no ser que el legado comprenda una cesión global de todos los derechos patrimoniales. En cuanto al régimen de una hipotética comunidad resultante de la herencia sobre los derechos patrimoniales, se rige por las reglas generales de la comunidad (arts. 392 y sigs.); en ningún caso debe estimarse que deriva en la aplicación de las reglas sobre coautoría (art. 7 LPI). El avalúo de los derechos de autor a efectos particionales presenta frecuentemente una norme dificultad.

Por último, existe una curiosa norma de gran importancia a efectos de Derecho transitorio: el artículo 6 de la Ley de 1879 (aplicable a los contratos celebrados antes de 1987, estando vigente dicha Ley, Disposición Transitoria 3.^a LPI) establece que en caso de subsistir herederos forzosos en el momento de la cesión en exclusiva, los derechos patrimoniales revierten de nuevo en los herederos forzosos del autor (o en su caso, si éstos vivían al fallecer el autor, en sus propios herederos). Esta reversión podrá tener una duración de quince años (si el autor fallece después del 7 de diciembre de 1987); o de veinticinco años si falleció antes (Disposición Transitoria 4.^a LPI).

7. INDEMNIZACIONES POR CAUSA DE MUERTE QUE CORRESPONDÍAN AL CAUSANTE

Estudiamos en este apartado la problemática que genera el derecho a la indemnización por causa de la muerte de una persona, que propiamente no es un derecho sucesorio, y por tanto no se debe incluir en el inventario, sino que es ejercitable *ex iure proprio* al no poder sucederse en algo que no había ingresado en el patrimonio del *de cuius*, por lo que la legitimación no corresponde a los herederos en cuanto tales, sino a los perjudicados por el fallecimiento, pues sólo los vivos son capaces de adquirir derechos.

Como decimos, se discute doctrinal y jurisprudencialmente si las indemnizaciones que se han de pagar a la muerte de una persona ocurrida por culpa o acción de otra. En concreto, el derecho a obtenerlas, si ha de fundarse en la condición de heredero del fallecido o en la de perjudicado por el acaecimiento. Así si se otorga al difunto la condición de destinatario del resarcimiento, la suma indemnizatoria engrosará su herencia, de modo que los familiares la harán efectiva *iure hereditario*. Mientras que si se sitúa el centro de la cuestión en la pérdida de la persona allegada, o que fuera apoyo del demandante que así resultó perjudicado, se estará accionando *iure proprio*.

La diferencia entre los dos planteamientos tiene unas consecuencias de tipo práctico. Pues todo lo que se agregue al *relictum* vendrá sujeto a las posibles reclamaciones por parte de los acreedores de la herencia y al correspondiente impuesto sucesorio, lo que no ocurrirá al tratarse de percepciones indemnizatorias asignadas como derecho propio de los familiares y allegados en razón del menoscabo por ellos mismos experimentados.

Nuestra jurisprudencia acoge la idea de que la indemnización no pudo llegar a incorporarse al haber del difunto, por lo que no forma parte de su herencia. Por mi parte, pienso igualmente que las indemnizaciones por causa de la muerte no deben formar parte del caudal hereditario y por tanto no tributan por el impuesto sucesorio sin perjuicio de que tributen en el de la renta y en el del

patrimonio del heredero; LÓPEZ JACOISTE (185) es de esta opinión, pero va bastante más lejos, ya que nos dice que el morir de la persona, su propio morir, en modo alguno es resarcible, por lo que, a la postre, se torna inane cualquier matización orientada a reconducir las compensaciones dinerarias propias del caso hacia el propio fallecido. Ni hacia él, ni por consiguiente hacia su herencia; la pérdida de la vida ocurre en él, pero las consecuencias resarcibles del suceso no se dan ya en él sino en quienes compartían entrañablemente vertientes de su existencia, recibían de él alimentos o algún apoyo afectivo o económico digno de consideración jurídica.

La jurisprudencia civil (186) se pronuncia en el sentido de que la indemnización, por causar la muerte de una persona, no se integra en su herencia, ni se adquiere propiamente *iure hereditario*.

(185) LÓPEZ JACOISTE, JOSÉ JAVIER, en su artículo «Reflexión sobre las indemnizaciones por causar la muerte», en la obra colectiva *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor doctor José Luis Lacruz Berdejo*, vol. II, Editorial Bosch, Barcelona, 1993, págs. 1561 y sigs.

(186) Señala LÓPEZ JACOISTE en la obra citada que: «La idea viene ya expresada en sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de diciembre de 1930, referente a indemnización solicitada por la viuda e hijos de quien murió atropellado por un automóvil, en cuya ocasión el Tribunal Supremo estimó que “el derecho a la indemnización pretendida no provenía de su difunto padre, sino que les pertenece por su carácter de mujer e hijos del atropellado, ya que éste, al fallecer instantáneamente por consecuencia de haber sido atropellado..., no llegó a poseer ni por un instante el derecho a ser indemnizado, que se supone transmitió a sus descendientes, sino que por este acto nació para éstos la acción de indemnización”». En la misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de febrero de 1946, sobre indemnización solicitada por la viuda y la madre de quien resultó arrollado por el tren estimó... «la aplicación al caso de los preceptos contenidos en los artículos 1.089, 1.093 y 1.902 del Código Civil, sin que el título de ese derecho sea la sucesión del interfecto, sino la propia ley y sin que para hacer efectiva la obligación correspondiente fuese preciso acreditar el carácter de herederas de aquél, ni presentar documento alguno con la demanda». Tal criterio se mantiene en las de 27 de abril de 1953, 25 de febrero de 1963, 28 de febrero de 1964, 19 de noviembre de 1966 y 7 de diciembre de 1968. Posteriormente, la de 9 de junio 1969, reafirma que «la indemnización por accidente que causa la muerte de una persona no puede estimarse como un derecho incorporado al patrimonio de la misma, por la simultaneidad del nacimiento de tal derecho y el óbito de quien no puede ya ostentar personalidad jurídica para asumirlo, de ahí que la legitimación activa no implique la demostración de ser heredero del damnificado, sino la del perjuicio directo sufrido por una persona distinta incluso sugiere el carácter directo de los daños que con la muerte de una persona se causan a los más próximos parientes del difunto, por lo que la indemnización no forma parte del correspondiente caudal hereditario, no necesitando aquellos, por tanto, invocar su condición de herederos de la víctima, cuya idea se encuentra en las de 29 de noviembre de 1976, 1 de julio de 1981, y aún más explícitamente en la de 4 de mayo de 1983, según la cual el perjudicado sobreviviente, sin ingresar la misma en el patrimonio del fallecido, pues precisamente surge con motivo de su óbito.

De esta suerte, a los efectos de la responsabilidad civil, esto es, en relación con el derecho a obtener una indemnización de quien causó el fallecimiento de una persona, el daño queda referido, no propiamente a la pérdida de la vida por parte de quien murió,

Criterio distinto siguió tradicionalmente la jurisprudencia penal, donde prevalecía la tendencia a considerar destinatarios de estas indemnizaciones a los herederos como receptores de un capital. Pero se produjo luego un significativo cambio de rumbo (187) en sentido coincidente con cuanto se acaba de indicar, seguramente por influencia de la referida orientación civilista.

En términos generales cabe afirmar que la nueva dirección de la jurisprudencia penal se basa en una renovada hermenéutica de los artículos 104 y 105

sino a los allegados del mismo por el dolor moral inherente a la pérdida de un ser querido, o por el menoscabo patrimonial sufrido al perder la ayuda económica que el fallecido les prodigaba, o por ambas razones conjuntamente ponderadas».

(187) Nuevamente el autor citado señala: Sin perjuicio de otras decisiones aisladas, el cambio de rumbo de la jurisprudencia penal hacia esta tesis que acabamos de referir, apréciase matizadamente ya en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1971, en la que ya se puntualizó ser distinto «el concepto herencial del perjudicado por el delito». Muy significativa por las peculiares circunstancias del supuesto fáctico es la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1972, en ella se declara expresamente el viraje que supone el nuevo criterio respecto del principio antes sostenido por la propia Sala; y, en prosecución por la nueva línea, se adquiere con razones de equidad qué persona es la realmente acreedora a percibir la suma indemnizatoria.

Como expresión acabada del nuevo rumbo jurisprudencialmente asumido, ofrece ejemplaridad la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1974, pues compendia los razonamientos que han servido de base al giro efectuado. La Audiencia había condenado al procesado por un delito de imprudencia con resultado de muerte a la pena correspondiente y a abonar 500.000 pesetas a los herederos del fallecido. No existían hijos, y la viuda recurrió en casación, por inaplicación del artículo 104 y aplicación indebida del 105, ambos del Código Penal. El recurso fue estimado.

Como se ve argumento decisivo en orden a fundamentar el enfoque ha sido la consideración de que el derecho a la indemnización por muerte no pudo ingresar en la titularidad del fallecido. Así lo recoge muy concluyentemente la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de... Se entiende que tal derecho surge como consecuencia de la muerte, no antes, con lo que el razonamiento es similar al invocado por la jurisprudencia civil, según quedó indicado. La indemnización a satisfacer ... haber causado la muerte —reitera ahora la jurisdicción penal— ... herencia, ya que para que el caudal relicto tenga ese concepto, requiere que los bienes que lo forman pertenezcan al causante en el momento de su óbito.

Así la de 13 de junio de 1981, reafirma: «Las personas a quienes corresponde la indemnización por muerte son los perjudicados y no los herederos, lo cual se funda en la aplicación de la normativa vigente en nuestro ordenamiento civil, pues según ella, únicamente los vivos son sujetos capaces de adquirir derechos y únicamente pueden transmitirse por vía hereditaria aquéllos que, al tiempo del fallecimiento del causante, se hallasen integrando su patrimonio». La de 20 de octubre de 1981, insiste en que «los titulares del derecho a la indemnización no son los herederos, sino los perjudicados que resultan de haber sufrido un daño material o moral como consecuencia de la muerte de la persona de que se trate, pues como es notorio que, según nuestro ordenamiento civil, tan sólo las personas pueden ser sujeto de derechos y la personalidad se extingue por la muerte (art. 32 del Código Civil), es evidente que de lo que se privó al muerte —la vida— no es susceptible de restitución, ni tampoco la reparación, y también lo es que ningún derecho puede haber ingresado en su patrimonio, una vez producido el fallecimiento.

del Código Penal (188). Sobre estos preceptos se orienta a estimar destinatarios del 104 a los perjudicados *iure proprio* por el daño consistente en el vacío afectivo de haber perdido un familiar o allegado, o que secundaba de alguna manera la propia economía con el consiguiente desamparo subsiguiente. Entendiéndose que el fallecido en el instante del accidente no pudo por lo mismo adquirir derecho a la indemnización, de manera que tampoco puede transmitir por herencia el derecho a la misma. De modo que tal artículo 104 implica invocar daño personal, es decir, directamente sufrido, siendo así escasamente conciliable con pretensiones indemnizatorias *iure hereditaria*.

Terminaremos refiriéndonos al supuesto contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 mayo de 1990.

Se refiere esta sentencia a una compleja hipótesis de fallecimiento de once trabajadores de una fábrica de conservas y salazones a consecuencia de la emanación de gases tóxicos producida al pisar aquéllos una capa de fango residual acumulado en un sótano. Se había ordenado por el director de la empresa realizar ciertas obras, a fin de que las aguas residuales no penetraran en dicho sótano. Así las cosas, el encargado general dio orden de proceder al vaciado de la zona, y fue al intentar hacerlo cuando se produjo el accidente. La Audiencia, tras declarar responsables al director y al encargado como autores de un delito de imprudencia con resultado de muerte, les condenó a determinadas penas y a pagar solidariamente a los herederos de los once trabajadores fallecidos, la cantidad de cinco millones de pesetas por cada uno de ellos, declarando además la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa. Se interpone recurso de casación por los procesados y por la entidad condenada como responsable civil subsidiaria.

Causa cierta perplejidad esta sentencia. Despliega loable academicismo, pero un tanto conjetural. Pues bien declara que debe ser mantenida la ya consolidada línea jurisprudencial en punto a otorgarse las indemnizaciones por causa de muerte *iure proprio* y no *iure hereditario* —y ello en aras al valor de la certeza y seguridad jurídica establecido en el art. 9 de la Constitución española— asimismo proclama que tal «doctrina ha sido muy criticada por la más autorizada doctrina científica civil española», por un lado asevera que la «sentencia condenatoria no crea ninguna situación jurídica secundaria y menos aún abre fenómenos sucesorios, por otro puntualiza que la concreción de los titulares de la indemnización “se remite a un dato extrínseco originado por todo el proceso sucesorio” subsecuentemente a la apertura de la sucesión: vocación, delación adquisición».

(188) El 105 del Código Penal establece: «La obligación de restituir, reparar el daño e indemnizar el perjuicio se transmite a los herederos del responsable. La acción para repetir la restitución, reparación e indemnización de los perjuicios se transmite igualmente a los herederos del perjudicado». Pues bien, la últimamente consolidada doctrina jurisprudencial...

8. BIENES Y DERECHOS DE UN TERCERO

En este apartado hemos de incluir los bienes de los que con anterioridad hubiere dispuesto el causante.

No queremos cerrar este apartado sin hacer referencia a los *Criterios jurisprudenciales*, manejados en materia de inclusión y exclusión de bienes en el inventario.

Generales: nos dice la Jurisprudencia: «...En el inventario deben figurar todos los bienes existentes al ocurrir el fallecimiento del causante en la casa de éste, es decir, todos los obrantes en poder del cónyuge superviviente que integran el acervo común o caudal propio de la sociedad conyugal en el momento de su disolución; pero no los que con autorización y en vida del finado enajenó su mujer en uso de los poderes de que se hallaba investido...» (189). «...La sentencia que declara los bienes que deben incluirse es congruente con la demanda, pues claro es que los que no se nombran están virtualmente excluidos...» (190). «...Lo que no existe no puede inventariarse...» (191). «Por bienes de la herencia han de entenderse todos aquellos que por la naturaleza y fines del juicio deban ser tenidos en cuenta para los efectos de las liquidaciones de las testamentarías» (192). «No es definitiva la sentencia dictada en incidente sobre exclusión de bienes, porque puede hacer valer su derecho el interesado ejercitando las acciones que le correspondan» (193). «La personalidad para iniciar el incidente de reivindicación y exclusión de los bienes inventariados en juicio de TESTAMENTARÍA es independiente de la necesaria para promover dicho juicio voluntario» (194).

Particulares: con referencia a supuestos concretos, se señalan las siguientes pautas:

(189) Sentencia del TS de 11 de diciembre de 1890, citada en la obra de ROMERO Y ALONSO, *Derecho Procesal Práctico*, Tomo I, Editorial Gráficas Andrés Martín, S. A., Valladolid, 1961, 10.^a ed., pág. 647.

(190) Sentencia del TS de 18 de abril de 1884, citada en la obra de MEDINA Y MARAÑÓN, *Leyes Civiles de España*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1949, pág. 276.

(191) Sentencia del TS de 10 de febrero de 1887, citada en la obra de ROMERO Y ALONSO, *Derecho Procesal Práctico*, Tomo I, Editorial Gráficas Andrés Martín, S. A., Valladolid, 1961, 10.^a ed., pág. 647.

(192) Sentencia del TS de 10 de diciembre de 1901, citada en la obra de ROMERO Y ALONSO, *Derecho Procesal Práctico*, Tomo I, Editorial Gráficas Andrés Martín, S. A., Valladolid, 1961, 10.^a ed., pág. 647.

(193) Sentencia del TS de 8 de enero de 1898, citada en la obra de ROMERO Y ALONSO, *Derecho Procesal Práctico*, Tomo I, Editorial Gráficas Andrés Martín, S. A., Valladolid, 1961, 10.^a ed., pág. 648.

(194) Sentencia del TS de 19 de agosto de 1939, citada en la obra de ROMERO Y ALONSO, *Derecho Procesal Práctico*, Tomo I, Editorial Gráficas Andrés Martín, S. A., Valladolid, 1961, 10.^a ed., pág. 648.

a) Agencia de aduanas y consignataria de buques

«...constituye un activo patrimonial que puede y debe ser incluido en la liquidación de la sociedad de gananciales y en la herencia. Si bien es cierto que la referida agencia de aduanas y consignataria de buques precisa de una titulación para su ejercicio, no cabe considerar agencia como una simple actividad profesional no transmisible *mortis causa*, puesto que venía a constituir una empresa y por tanto un bien susceptible de negociación no sólo *inter vivos* sino también *mortis causa* (arts. 5 del Código de Comercio y 1.056 del Código Civil). La empresa ha de considerarse como un valor, como un patrimonio, con independencia de la titulación administrativa que fuera necesaria para su explotación y de la actividad o esfuerzo personal desarrollado para explotar...» (195).

b) Establecimiento comercial, hospital, farmacia.

Asimismo también se incluyen en la herencia (196):

c) Renta posterior a la época del fallecimiento

«...El hecho de que una renta posterior a la época del fallecimiento del causante figure en el inventario y no en una declaración especial, constituye un simple defecto de forma, y es válido el inventario aunque por su pequeña cuantía se incluyan y tasen en una sola partida los muebles...» (197).

Esta sentencia estimó válido un inventario pese a que en una sola partida se incluyeron todos los bienes muebles, valorándose al mismo tiempo.

d) Créditos irrealizables

Deben reputarse bienes de la herencia todos los pertenecientes al finado, aun los créditos que se consideren irrealizables (198).

(195) Sentencia de 17 de abril de 1998. Audiencia Provincial de Sevilla. Ponente: Ilmo. Señor don PEDRO MÁRQUEZ ROMERO. Fundamento de Derecho cuarto.

(196) Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1997 (*Revista Jurídica Aranzadi*, 1997, 3542).

(197) Sentencia del TS de 11 de julio de 1887. Repertorio Doctrinal y Legal de la Jurisprudencia española, Tomo I (Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, 2.ª ed., Madrid, 1903), pág. 295.

(198) Sentencia del TS de 15 de enero de 1893. Sentencia citada en la obra de ROMERO Y ALONSO, *Derecho Procesal Práctico*, Tomo I, Editorial Gráficas Andrés Martín, S. A., Valladolid, 1961, 10.ª ed., pág. 647. Sentencia del TS de 10 de diciembre de 1901. Sentencia citada en la obra anteriormente señalada en la pág. 647 y por LEOPOLDO AGUILAR ALMEIDA, *Ley de Enjuiciamiento Civil, comentada, anotada y algunos juicios críticos*, Tomo IV, Cultural, S. A., La Habana, 1948, pág. 492.

e) Alhajas

Deben incluirse las alhajas que el marido regaló a su mujer, siempre que ésta no justifique la causa de su desaparición (199).

f) Bienes gananciales de matrimonio anterior

«Deben excluirse del inventario las fincas que poseía el causante procedentes de los gananciales de su primer matrimonio» (200).

g) Interés legal de los bienes hereditarios

El artículo 1.063 del Código Civil impone al coheredero la obligación de aportar al caudal hereditario los frutos y rentas percibidos, obligación que no se extiende a los *percipiendi*... Por tanto el artículo 1.063 del Código Civil, que excluye la aplicación del artículo 451 del Código Civil impone a los coherederos la obligación de abonarse los frutos y rentas percibidos desde la muerte del causante y hasta la práctica de las operaciones particionales (201).

h) Bienes adjudicados previamente por el testador

Así la sentencia de 11 de diciembre de 1913 (202) entendió en su supuesto «que aplicando la Sala sentenciadora en el sentido literal de sus términos, las claras y precisas ordenaciones del testamento del causante, para reconocer, como lo hace, en su fallo, la facultad de los recurrentes para practicar la partición que se les encomendará y también la de los albaceas para que sin intervención de aquellos, hicieran la entrega de los legados de cosas determinadas y de cantidad, sin poder demorarla ni impedirla hasta quedar practicada la división, estimando innecesaria la inclusión de esos bienes especialmente legados, no infringe, sino que aplica acertadamente el artículo 675 del Código Civil y principio de derecho a que se refiere el primer motivo del recurso, pues sin desconocer las facultades de los contadores, pudo estimar, en obligación de gastos y dilaciones inmotivadas y sin finalidad práctica en este caso, innecesaria la inclusión en inventario de bienes que ya lo habían sido

(199) Sentencia del TS de 11 de diciembre de 1890. Sentencia citada en la obra de LEOPOLDO AGUILAR ALMEIDA, mencionada en la nota anterior en la pág. 492.

(200) Sentencia del TS de 21 de enero de 1910. Sentencia citada por MEDINA Y MARAÑÓN en la obra *Leyes civiles de España*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1949, pág. 276.

(201) Sentencia del TS de 30 de septiembre de 1994. Ponente: Don PEDRO GONZÁLEZ POVEDA. Fundamento de Derecho primero. *RJ* 1994/7144.

(202) Sentencia citada en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XIV-2.º Artículos 1.035 a 1.087 del Código Civil —dirigidos por MANUEL ALBADA-LEJO. Edersa, 1989— pág. 388.

(adjudicados) por el testador, sin que esa declaración obste para que aquellos (partidores) lo pudieran hacer constar en uno de los supuestos usuales en esta clase de operaciones, al solo efecto de acreditar que en esos extremos se había cumplido la voluntad del testador» (203).

V. CONCLUSIONES

La partición y las operaciones que la integran es un tema al que la doctrina ha dedicado poca atención, tal vez sea porque es una materia en la que en gran medida los problemas y cuestiones que se han suscitado se han ido resolviendo por la práctica notarial y registral en el marco de las particiones extrajudiciales, y por la práctica judicial en las testamentarias y abintestatos. La falta de un estudio reciente sobre la materia anima a los investigadores y esto a pesar de que en el tipo de sociedad en que nos encontramos es una realidad que las instituciones sucesorias han quedado en un segundo plano; producida tal vez por varios detonantes:

1. El alargamiento de la edad media de vida del hombre.
2. El consumismo de los países desarrollados.
3. La preocupación del ser humano tan sólo por el presente.
4. La crisis de valores que han experimentado instituciones como la familia que, además, se han visto reducidas al estricto ámbito nuclear.
5. La utilización de la vía societaria como elemento de transmisión de los bienes.
6. O la política cada vez más absorbente del Estado, que parece que lo asegura y soluciona todo incluso nuestra propia extinción y las consecuencias que se producen tras la misma.

La práctica es la que ha determinado la estructura del cuaderno particional. No obstante no podemos olvidar que la antigua LEC contenía una norma en materia de juicio de testamentaria, el artículo 1.066 de la LEC, que señalaba el orden de los bienes en el inventario y cómo debían reflejarse en el cuaderno particional. Esta norma de tanta utilidad práctica se debía de haber actualizado y mantenido y no haberse suprimido radicalmente.

El orden que contenía el antiguo artículo 1.066 de la LEC, respondía a una idea que es la «división» del conocimiento, teniendo la distribución del inventario en las partes que lo conforman, como finalidad aliviar la inteligen-

(203) Sentencia citada en la obra dirigida por ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XIV-2.º, artículos 1.035 a 1.087 del Código Civil, Edersa, 1989, pág. 388.

cia o el entendimiento, facilitando la comprensión del mismo, y descargar la memoria del que lo realiza y del que lo supervisa. No en vano entre los retóricos latinos decía Quintiliano que la división contribuye a la claridad y al beneplácito del discurso, suprimirlo sin más, repito, obedece a un estudio precipitado de estos temas.

Otra conclusión es la falta de normas legales claras sobre esta materia, lo que ha hecho que la doctrina se disperse y prácticamente tengamos tantas clasificaciones de las operaciones particionales o teorías distintas como autores han tratado la materia.

Por nuestra parte vamos a precisar nuestra opinión. Y para ello vamos a distinguir dos grandes fases sucesivas en el tiempo que media desde la apertura de la sucesión por el fallecimiento del causante hasta la extinción de la comunidad hereditaria por adjudicación del patrimonio hereditario líquido. Una primera fase, que denominaremos como preparticional, en la que tiene lugar la formación del inventario, tema al que nos referimos en este trabajo; y una segunda fase que llamaremos particional en sentido estricto.

En el inventario deberían ser incluidos, no sólo las cargas y gravámenes de naturaleza real (censos, hipotecas) sino también los gravámenes personales, como los arrendamientos, cesiones en precario, etc. En el mismo sentido tenemos la opinión de MUÑOZ GARCÍA, «Consideramos con la doctrina italiana, que es una operación preliminar, en cuanto forma una primera masa hereditaria con todos los bienes existentes al fallecimiento del causante, y todos los bienes que éste en vida hubiese donado. Masa ideal a la que se restan todas las deudas y cargas que pesen sobre la herencia del causante. La finalidad de esta operación es conocer el montante hereditario» (204), persona o personas que realizan el inventario y el avalúo de los bienes de la herencia, pues pueden influir sobre la práctica de estas operaciones.

Asimismo existen ciertas «situaciones especiales», previstas en el Código Civil, que determinan la necesidad de realizar inventarios específicos, que no presentan ninguna especialidad en cuanto a la forma de realizarse, pero que no obstante deben ser conocidas por la persona que realice el inventario, sean los herederos o el contador partidor, nos referimos a las situaciones de ausencia legal, tutela, etc.

La sucesión universal no implica que el heredero suceda, literalmente, en todas las relaciones del causante, ni tampoco en la misma forma en que a éste pertenecían tales relaciones jurídicas. Es decir, la sucesión no se da en todo el patrimonio del causante, ya que existen relaciones jurídicas y derechos que por su naturaleza se excluyen (derechos personalísimos, por ejemplo) y otros

(204) MUÑOZ GARCÍA, CARMEN, *La colación como operación previa a la partición*, Editorial Aranzadi, 1.^a ed., Pamplona, 1998, pág. 237.

que los adquieren los herederos por derecho propio (indemnizaciones por causa de muerte o derechos arrendaticios, por ejemplo).

Por eso una de las operaciones imprescindibles en el «proceso hereditario» es el inventario, que es la descripción del activo y del pasivo de la herencia. Por tanto, son objeto de la partición los siguientes elementos reales que se recogen en el inventario de la herencia: Primero, las cosas propiamente hereditarias. Segundo, los derechos y obligaciones transmisibles del difunto. Tercero, los títulos de adquisición de esas cosas o derechos.

El inventario judicial, tal como se delinea y articula en la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es ni más ni menos que una operación de recuento que, previa citación de los interesados llamados a intervenir en él, se encomienda al secretario judicial.

Otra cuestión de gran trascendencia, que no nos queremos dejar en el tintero, sería la siguiente. El proceso divisorio es por esencia universal, ya que por razón de su objeto lo constituye el mismo una universalidad de cosas, un patrimonio, una entera comunidad hereditaria. El artículo 1.066 de la LEC trataba de desgranarnos los diferentes elementos que constituyen la universalidad que constituye la herencia, hoy tiene esta misión el 794 de la LEC, mas nos choca en el mismo una ausencia que es cada vez más frecuente, y lo será en el futuro, que la herencia como tal esté integrada no por bienes concretos sino por universalidades independientes, nos referimos a las empresas (205).

(205) LACRUZ BERDEJO, LUNA SERRANO, y RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho Civil*, I, vol. III, Editorial Bosch, 1990, pág. 37, nos señala: «Entre las universalidades se encuentra la empresa mercantil o agraria, que se caracteriza, frente a las restantes, por su condición de “complejo organizado”, es decir, por existir en ella —dice BALLARÍN MARCIAL— “un elemento principal o básico, y junto a él un conjunto de cosas o derechos accesorios, mientras que en las (otras) universalidades todos los elementos que las integran vienen considerados en pie de igualdad por el ordenamiento jurídico”. La empresa (la mercantil, sobre todo), está integrada por un conjunto de bienes y relaciones: el inmovilizado (edificios, máquinas en su caso, utillaje, etc.), las mercancías, las primeras materias, y asimismo valores inmateriales; no sólo las patentes y marcas, sino algo tan intangible como los secretos industriales, el *know how* y la clientela, amén de las relaciones laborales de los empleados, y la organización. Todo esto se considera en el tráfico como un valor unitario: puede ser en su conjunto objeto de hipoteca mobiliaria, y se vende o arrienda como un todo. Entra, así, en el concepto de *universitas*. Mas la empresa no constituye una unidad patrimonial cerrada y autónoma (menos, un sujeto de derechos), según puede observarse en el comerciante individual, cuyo negocio sólo está separado de los restantes bienes de su titular, contable, pero no jurídicamente. O sea: el comerciante responde por las deudas de la empresa de la que es titular con todos sus bienes, incluso el mobiliario de su vivienda particular, y, a la inversa, sus acreedores particulares —el que le vendió el mobiliario en cuestión, por ejemplo—, pueden embargarle las mercaderías de su comercio o industria. La empresa —insisto— entra ampliamente dentro del concepto de universalidad, como se observa cuando se traspasa de un titular a otro con todo su activo y pasivo, pero aun entonces se ve claro que no constituye un patrimonio, pues la empresa no pasa al adquirente de un golpe, como una unidad —según ocurre con la herencia—, y, al contrario, el antiguo comerciante o industrial que traspasa sigue siendo

Y es que el tipo de sociedad capitalista en que nos movemos coloca a esta figura en la cresta de la ola de la sociedad. Quizá la quiebra del derecho de sucesiones se esté produciendo porque la mayoría de las transmisiones hereditarias de importancia en cuanto al caudal, vienen enmascaradas en transmisiones de participaciones sociales y ello con el fin de eludir tributos.

Existen, por otra parte, una serie de reglas que no están, como digo, legalmente formuladas y que se deben seguir cuando se hace el inventario de los bienes:

- a) Así los frutos, se inventariarán agrupándolos por especies, fijando su cantidad con arreglo al sistema métrico decimal y su equivalencia con relación a la unidad de peso y medida de la localidad.
En cuanto a los frutos naturales, los frutos separados del tronco y próximos a ser convertidos en caldos o sometidos a operaciones industriales, se inventariarán, según su estado, y en la cuenta de administración se fijará lo que de ellos haya resultado. Cuando los frutos se hallen pendientes y próximos a ser recolectados, aunque con arreglo a derecho forman parte de la finca, deben inventariarse o separados de ella, calculando con la aproximación posible su cantidad. Después se llevará a la cuenta de partición, la diferencia que resulte entre el cálculo hecho y la cantidad exactamente recolectada.
- b) Además del inventario general de bienes, han de formarse como complementarios de él, los de deudas y documentos.
- c) Cuando se trata de declarar una obra nueva que no había sido declarada por el causante de la herencia, se detallará bajo el mismo número correlativo del inventario donde se describa el terreno sobre el que se halla edificado o ampliado la construcción existente, expresando su valor.
- d) El contador-partidor también puede constituir un edificio en régimen de propiedad horizontal, conforme a la Ley de 21 de julio de 1960, reformada por otra de 6 de abril de 1999. Ahora bien, ello sólo será posible cuando el edificio pertenezca en su totalidad al patrimonio del causante o al de su sociedad de gananciales (206).

responsable de todas las deudas del negocio contraídas mientras era suyo, aunque el adquirente se haya obligado a pagarlas».

(206) La Resolución de la DGRN, de fecha 19 de marzo de 1986/1561, establece: «Considerando como ampliación de hechos no recogidos en los resultandos anteriores, conviene indicar que en el testamento de don Matías T. L., se ordena, entre otros que no interesen, un legado a favor de su esposa, del derecho de habitación del piso cuarto de la casa número 20 de la plaza del Rey, de Cartagena; otro legado de la mitad indivisa de dicha casa, a su hermana María T. L., e instituye herederos universales a su esposa, que con lo que recibe por el legado y por esta institución quedará pagada por su cuota viudal, dos hermanas y una serie de sobrinos carnales, y finaliza designando albacea, comisario,

- e) El contador-partidor o la persona o personas que hagan la partición, al formar el inventario, puede agrupar (unir dos o más fincas colindantes entre sí para formar una nueva), agregar (unir a una finca que absorbe una o varias porciones segregadas de otra u otras), segregar (separar de una finca una parte para formar con ella una independiente), y dividir las fincas (formar dos o más fincas nuevas con porciones que integran la totalidad de la finca matriz), siempre que sean propiedad del causante.
- f) Quisiéramos concluir estas conclusiones planteándonos si los herederos pueden agrupar o agregar dos o más fincas continuas que con anterioridad formaban fincas registrales distintas y luego aplicar el artículo 1.062 del Código Civil, adjudicándosela uno de ellos. Entendemos que la respuesta debe ser positiva, siempre y cuando se trate de una finca única que en la realidad sea indivisible o desmerezca mucho por su división.

Terminar, por último, haciendo referencia a lo que constituye un vacío legal. A nuestro juicio, de la lectura de los nuevos preceptos de la LEC 794 y siguientes, igual que ocurría con los antiguos artículos 1.066 y 1.067, parece se saca la misma conclusión, que el inventario sólo afecta al activo de la herencia y a los documentos del causante, pero ello no es así, siendo debido tal apariencia a una falta de precisión que se ha arrastrado en la nueva LEC. El Código Civil posterior a la Ley procesal de 1881, claramente establece en su artículo 659 que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obli-

contador-partidor de su herencia a don Salvador J., a quien además autoriza para efectuar la entrega de legados. Considerando que la cuestión principal que plantea el presente recurso es la relativa a las facultades del albacea contador-partidor, en orden a la división material de un edificio, en el que la comunidad hereditaria tiene una participación indivisa, mediante la constitución en régimen de propiedad horizontal y extinción de comunidad con los restantes copropietarios, así como la adjudicación de pisos y locales, en pago de sus cuotas. Considerando que al no existir previsión testamentaria acerca de las facultades del albacea contador-partidor, salvo la de entrega de legados, sólo le corresponderán, además de este último, las establecidas por la Ley, lo que requiere examinar si el acto realizado se encuentra o no dentro de los que puede realizar por sí solo, o, por el contrario, necesita el consentimiento de los herederos y, en particular, del cónyuge legítimo. Considerando que si justamente el acto libremente decidido por el contador-partidor va a tener como efecto, convenido por él, que el piso que el testador quería para habitación de su viuda sea adjudicado a otro comunero, no puede entenderse que el contador-partidor esté facultado, pues, aun en el supuesto mismo de que si considerase que el contador-partidor, como ocurre en la Ley 340 de la Compilación de Navarra (*RCL* 1973/408, 456 y *NDL* 22212), esté autorizado para la división de la cosa común, siempre las facultades conferidas habrían de entenderse modalizadas por la finalidad de conseguir la ejecución del testamento y, por tanto, limitadas, en todo caso, por la necesidad de dar efectividad a las disposiciones del testador».

gaciones de una persona que no se extingan por su muerte, es decir, tanto el activo como el pasivo de la herencia.

Aunque la fase para hacer efectivas en toda su extensión las cargas, deudas y gastos de la herencia, sea la «*liquidación*», operación esta ya netamente particional y posterior al inventario, no se debe olvidar que el inventario debe recoger tanto el activo y como el pasivo de la herencia. Es decir, que para liquidar el pasivo hereditario es necesario previamente determinarlo, concretarlo. Es, pues, necesario, incluir en el inventario tanto el activo hereditario como el pasivo, única forma de conocer exactamente cuál era el patrimonio real del causante.

ANTONIO LUIS RUIZ REYES

Notario

PABLO ABASCAL MONEDERO

Profesor Asociado de Derecho Civil Universidad Pablo de Olavide

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Aspectos generales y registrales de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio (*)

SUMARIO: I. RASGOS ESENCIALES DE LA NUEVA LEY CONCURSAL.—
II. LAS PRIMERAS MANIFESTACIONES REGISTRALES DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL ANTES DE INICIARSE ÉSTE.—III. ASPECTOS DE ESPECIAL RELEVANCIA REGISTRAL EN LA DECLARACIÓN DE CONCURSO RELATIVOS A LA LEGITIMACIÓN PARA SOLICITARLA, A LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE ELLA, A LAS PRIMERAS MEDIDAS CAUTELARES DENTRO YA DEL PROCEDIMIENTO Y AL AUTO QUE LA DECLARA.—IV. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LAS FACULTADES DE ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DEL CONCURSADO.—V. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PUBLICIDAD REGISTRAL DEL AUTO DE DECLARACIÓN DEL CONCURSO.—VI. EFECTOS DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO CON NOTABLE REPERCUSIÓN REGISTRAL, EN PARTICULAR SOBRE LAS EJECUCIONES QUE SE SIGAN O PUEDAN SEGUIRSE EN ADELANTE CONTRA EL CONCURSADO, SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS EN QUE ÉSTE SEA PARTE, SOBRE SU CAPACIDAD PROCESAL, SOBRE LOS CRÉDITOS QUE SE TENGAN CONTRA ÉL, SOBRE LOS CONTRATOS EN LOS QUE SEA PARTE Y SOBRE ACTOS O NEGOCIOS SUYOS ANTERIORES A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO A LOS EFECTOS DE REINTEGRAR LA MASA ACTIVA DEL CONCUR-

(*) Este trabajo se hizo para que sirviera de base a la lección inaugural del curso 2004 de la Cátedra Bienvenido Oliver de la Universidad de Córdoba, que dirige el Cate-drático de Derecho Civil, profesor JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS, asistido, como Director adjunto, por el Registrador de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles, ANTONIO MANZANO SOLANO, los Profesores Titulares de Derecho Civil, IGNACIO GALLEGOS y RAFAEL LINARES, y los también Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, SANTIAGO MOLINA y JOSÉ GOSÁLVEZ. A todos ellos mi gratitud por el honor que me hicieron, el cordial compañerismo con el que me acogieron y el magnífico trabajo de divulgación del Derecho Registral que llevan a cabo a través de la Cátedra Bienvenido Oliver de la Universidad de Córdoba. La lección inaugural de la Cátedra Bienvenido Oliver de Córdoba tuvo lugar el 17 de febrero de 2004.

SO.—VII. EL CONVENIO.—VIII. LA LIQUIDACIÓN.—IX. LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO.—X. CONCLUSIÓN Y REAPERTURA DEL CONCURSO.

I. RASGOS ESENCIALES DE LA NUEVA LEY CONCURSAL

La Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, en adelante LC, que, según su Disposición Final trigésimo quinta entrará en vigor el día 1 de septiembre de 2004, salvo las modificaciones introducidas por la Disposición Final tercera en los artículos 463, 472 y 482 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y el mandato contenido en la Disposición Final trigésimo segunda que entraron en vigor al día siguiente de la publicación de la LC en el *BOE*, que lo fue en el número 164, de 10 de julio del pasado año.

La LC, Ley 22/2003, persigue satisfacer, como dice el párrafo primero de su Exposición de Motivos, «una aspiración profunda y largamente sentida en el Derecho patrimonial español: la reforma de la legislación concursal». El párrafo primero del citado párrafo no ahorra en la descripción de los defectos de que adolece la legislación vigente: «arcaísmo (no olvidemos que hasta la entrada en vigor de la LC, están vigentes un buen número de artículos de nuestro primer Código de Comercio, promulgado en 1829 por Fernando VII, en virtud de la invocación que de ellos hace la LEC de 1881, vigente en esta materia conforme al apartado primero de la Disposición Derogatoria única de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil), inadecuación a la realidad social y económica de nuestro tiempo, dispersión (que es consecuencia de nuestra codificación decimonónica y de sus presupuestos doctrinales que diversificaban entre comerciantes y no comerciantes, entre aspectos sustantivos y procesales, lo que daba lugar a una asistemática variedad de situaciones de insolvencia, las cuales quedaban afectadas por normas ubicadas en los más diversos cuerpos legales, objeto, además, de sucesivas reformas), carencia de un sistema armónico, predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, etc...».

La valoración de nuestro Derecho de quiebras por parte de la doctrina es la misma que la recogida en la Exposición de Motivos de la LC, valga por todos el muy severo juicio del profesor PRIETO CASTRO expresado en la XII Reunión de Profesores de Derecho Procesal, celebrada en Las Palmas de Gran Canaria en octubre de 1976, recogido por JAIME MAIRATA LAVIÑA, Secretario General del Instituto de Estudios Concursales, en trabajo publicado en el *Boletín del Colegio de Registradores*: «Son, en total, más de quinientos artículos de legislación concursal, en confusión, desconcierto y anacronismo, además de lagunosidad, notas que, conjuntamente, vienen a hacer del Derecho español de quiebras una inutilidad, que nada remedia en ningún terreno.

Solamente así, sin atenuaciones, es como, según el profesor PRIETO CASTRO, tenemos el deber de presentar el panorama concursal español, en atención a nuestra propia responsabilidad».

No faltaron intentos de superar esta situación, «meritorios trabajos prelegislativos» que, con toda justicia, enumera la Exposición de Motivos de la LC hasta llegar al Anteproyecto de Ley, elaborado por la Sección Especial para la Reforma Concursal, creada en el seno de la Comisión General de Codificación por Orden del Ministerio de Justicia, de 23 de diciembre de 1996, Anteproyecto concluido en mayo de 2000, antecedente del Proyecto de Ley que, tras el oportuno debate parlamentario, dio lugar a la Ley 22/2003.

La LC, la Ley 22/2003, supone, en palabras de su propia Exposición de Motivos, «una reforma global del Derecho concursal español», «no supone una ruptura con la larga tradición concursal española, pero sí una profunda modificación del Derecho vigente», en la que, además de tenerse en cuenta «las aportaciones doctrinales y prelegislativas realizadas en el ámbito nacional», han influido las reformas legislativas recientes operadas en países extranjeros de nuestro entorno (Portugal-1993, Alemania-1994, Bélgica-1997), sin olvidar los «instrumentos supranacionales elaborados para la unificación y la armonización del derecho en esta materia», como el Reglamento comunitario de insolvencias 1346/2000, o la Ley modelo de insolvencias de la UNCITRAL. Esta profundidad en la modificación del régimen legal aplicable a los procedimientos de ejecución universal hace que, como resulta del primer apartado de la Disposición Transitoria primera, los procedimientos de concurso de acreedores, quiebra, quita y espera y suspensión de pagos que se encuentren en vigor hasta la entrada de esta Ley, continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el Derecho anterior, con algunas excepciones que recoge la misma DT, de las que destaca la aplicación inmediata a los procedimientos de ejecución universal en tramitación el día primero de septiembre de 2004, de la mayoría de las normas sobre conclusión y reapertura del concurso contenidas en los artículos 176 a 180 LC.

El resultado, sin romper, como decíamos, con la larga tradición concursal española, supone una profunda modificación del Derecho vigente, puesto que:

A) Establece un solo procedimiento para la tramitación de las situaciones de insolvencia, sea provisional o definitiva, y afecte ésta a deudores comerciantes o no comerciantes, aunque:

- a) Evidentemente no ignora la especificidad del empresario:
 1. Por las especiales obligaciones que le afectan y constituyen su particular estatuto.
 2. Por la conveniencia de mantener la unidad de la explotación y la continuidad de la misma buscando el incremento de la solvencia y la continuidad de las relaciones laborales, y

3. Por la aplicación al deudor comerciante o empresario, normalmente, del procedimiento concursal ordinario en lugar del abreviado, previstos para concursos de menor entidad, es decir, de patrimonios no superiores a 1.000.000 € cuando el deudor sea persona natural, o si se tratare de personas jurídicas que estuvieren autorizadas a presentar un balance abreviado, como resulta del artículo 190-1 LC.
- b) Por otra parte, la unidad procedimental no impide que se pueda distinguir entre un concurso voluntario y un concurso necesario con sus respectivas peculiaridades procesales y un concurso ordinario y otro abreviado, según acabamos de ver.

B) Define nuevos órganos de control del procedimiento por medio de la administración concursal regulada de manera pormenorizada y la atribución al Juez de un importante grado de discrecionalidad, siempre motivada y siempre dirigida a tutelar el interés del concurso, hasta la aprobación del convenio, en el que el arbitrio judicial es sustituido por la autonomía de la voluntad de las partes afectadas (deudor y acreedores, lo que se puede comprobar en los arts. 99 a 102, que regulan la propuesta de convenio, y en el art. 128 LC, que regula la oposición al mismo), arbitrio judicial e influencia de la voluntad de las partes que vuelven a cobrar protagonismo en la fase de liquidación, de lo que es buena muestra la participación que en la elaboración del preferente plan de liquidación se atribuye al deudor y a los acreedores, además, lógicamente, de a la administración concursal, como se desprende del artículo 148 LC, rigiendo, sólo a falta de tal plan, las reglas legales supletorias de liquidación contenidas en los artículos 149 y siguientes de la LC. Relacionando esta novedad legal con la anterior, podemos decir que la unidad procedimental y legislativa vienen compensadas por una gran flexibilidad traída de la mano de una importante discrecionalidad del Juez del concurso, Juez mercantil altamente especializado, guiado siempre, como antes decía, por el interés del concurso y por una importante influencia o intervención de los administradores concursales, dotados de especial profesionalidad y de un estatuto definidor en detalle de sus deberes, sus derechos y sus obligaciones, en definitiva, de su función.

C) Se opta por la unidad jurisdiccional, pues la competencia para conocer de los procedimientos concursales está atribuida a los Juzgados de lo Mercantil, según lo previsto en el artículo 86-3 de la LOPJ, de 1 de julio de 1985, reformada por la Ley Orgánica para la reforma concursal 8/2003, de 9 de julio; provisionalmente y hasta su entrada en funcionamiento a partir del día 1 de septiembre de 2004, según la Disposición Final segunda de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se

modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, la competencia estará atribuida a los Juzgados de Primera Instancia. Tales Jueces competentes:

- a) Deciden, en primera instancia, sobre la apertura o denegación del concurso y sobre todas las actuaciones ordinarias que componen el proceso concursal, desde el auto que lo inicia, según el artículo 21 LC, hasta la apreciación de la concurrencia de las causas de su conclusión recogidas en el artículo 176 LC.
- b) En efecto, la jurisdicción del Juez del concurso es, como resulta del artículo 8 LC, exclusiva y excluyente en todas las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, aunque sean de naturaleza social, así como respecto de las ejecuciones y medidas cautelares que afecten a bienes del patrimonio del concursado, cualquiera que fuere el órgano del que hubieren dimanado. Únicamente quedan fuera de la competencia del Juez del concurso la declaración de responsabilidades penales, sin perjuicio de que se mantenga dentro del concurso y como pieza separada en el mismo la de su calificación, y las responsabilidades por deudas administrativas, tributarias y de la Seguridad Social, cuya declaración seguirá siendo competencia de los órganos administrativos, sin perjuicio de que la LC recorte algunos de los privilegios que en cuanto al cobro tenían estos créditos de naturaleza pública. También quedan fuera de la jurisdicción del Juez del concurso los juicios sobre capacidad, filiación, patria potestad, matrimoniales y menores relacionados con el concursado.

D) El concurso sigue siendo un proceso de ejecución universal porque alcanza todo el patrimonio del deudor, menos el legalmente inembargable, como resulta del artículo 76 LC, porque convoca a todos los acreedores del deudor concursado, como se desprende del artículo 49 de la LC. La citada nota de universalidad del procedimiento concursal se refuerza porque:

- a) Dentro del mismo, aunque en pieza separada, a través del incidente concursal (regulado en los arts. 192 a 196 LC), se sustancian las incidencias y procedimientos recogidos en el párrafo primero del artículo 192 LC, es decir, todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta Ley otra tramitación, las demandas civiles y sociales que se planteen tras la declaración del concurso y los juicios declarativos en tramitación en Primera Instancia al declararse el concurso y que el Juez de éste los acumule por ser de sustancial trascendencia para la formación del inventario o de la lista de acreedores; y

- b) porque dentro del mismo, como pieza separada y por el procedimiento que corresponda, se ejecutan o siguen actuando ejecuciones singulares sobre concretos bienes de la masa.

Por otro lado, la universalidad del procedimiento concursal es sostenible pese a que:

- a) Se persiga el convenio, más que la liquidación, como final deseable del procedimiento, hasta el punto de que la Exposición de Motivos de la LC nos diga que «el convenio es la solución normal del concurso, que la ley favorece con una serie de medidas»;
- b) y pese a la radical modificación del conjunto de consecuencias respecto del deudor y respecto de la eficacia de sus actos y negocios jurídicos anteriores o posteriores a la declaración del concurso y anteriores al convenio o durante éste, pues ya no hay inhabilitación (salvo en el caso de calificación del concurso como culpable y con eficacia respecto a la representación de terceros o la gestión patrimonial ajena, no respecto de la propia) sino intervención o suspensión de las facultades patrimoniales del concursado; ya no hay nulidad, sino anulabilidad; y ya no se da la drástica y dramática retroacción absoluta, sino reintegración a la masa activa mediante el ejercicio de las oportunas acciones de rescisión de los actos y negocios que la perjudiquen. Esta correlación de conclusiones confirma la elasticidad de la que se dota a la nueva institución concursal, vinculada a la gran discrecionalidad de sus órganos rectores y a la importante participación en el concurso de los acreedores e incluso del propio concursado con el objetivo de lograr la máxima adecuación posible de éste a las circunstancias patrimoniales del concursado y de la situación en la que su crisis se enmarca buscando siempre el interés del concurso.

E) Se modifica sensible y novedosamente, inspirándose para ello en el Derecho comparado, la clasificación de los créditos buscando la racionalidad y la reducción de los privilegios, lo que constituye otra de las características que refuerzan la idea de ejecución universal, la fidelidad al principio *par conditio creditorum*, frente al principio de prioridad que preside las ejecuciones individuales.

F) La profunda modificación que, entre otras, apuntan las notas características que acabamos de relacionar, la originalidad del nuevo sistema concursal, debe insertarse armónicamente en nuestro Ordenamiento Jurídico, «preocupación a la que, como dice la Exposición de Motivos de la LC, responde el cuidado puesto en las Disposiciones Adicionales, Transitorias, Derogatorias y Finales que cierran esta Ley».

G) El Título IX y último de la LC contiene unas normas de Derecho Internacional Privado aplicables al concurso que evidencian el interés del legislador por el cada vez más extendido fenómeno del concurso con elemento extranjero, normas que siguen, con las convenientes adaptaciones, el modelo del Reglamento (CE) número 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia en los que el centro de intereses principales del deudor se encuentre en uno de los Estados miembros de la UE. El otro modelo normativo del Título IX de la LC es la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL) sobre la Insolvencia Transfronteriza, aprobada y recomendada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 52/158, de 15 de diciembre de 1997, cuyos objetivos declarados eran la cooperación entre los Tribunales competentes de los diferentes países, el aumento de la seguridad jurídica para el comercio y las inversiones, una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas que protegiese los intereses de todas las partes afectadas, la protección de los bienes del deudor y la optimización de su valor, así como, en fin, facilitar la reorganización de las empresas en dificultades financieras a fin de proteger el capital invertido y asegurar el empleo.

Como pone de relieve el profesor FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, los Jueces españoles de lo Mercantil tendrán competencia internacional para la apertura del concurso principal, si se la concede el artículo 3 del Reglamento Comunitario, número 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia. Todo lo que el artículo 10 LC dice sobre competencia internacional o todo lo que de él se puede deducir, sólo es válido en la medida en que repite lo que ordena el artículo 3 del RCE 1346/2000 citado, dada la supremacía de los reglamentos comunitarios sobre las Leyes internas y su directa aplicabilidad en el territorio de los Estados miembros de la UE desde su publicación en el DOCE.

H) Otra de las notas que, con mayor seguridad, podemos predicar de la LC, es que es una Ley bien sistematizada y, en este sentido y por ello acaba con el caos normativo anterior con sus 230 artículos bien organizados, sin perjuicio de que haya alguna excepción a tal característica, aunque no excesivamente clamorosa, como la contenida en el artículo 151 LC, que prohíbe a los administradores concursales adquirir bienes y derechos de la masa activa y que, aunque residenciado en la regulación de la liquidación es perfectamente aplicable a todas las fases del concurso desde la fecha del auto de su declaración hasta la del auto de su conclusión, sin perjuicio de lo que resulte del convenio para el administrador acreedor; otras posibles anomalías sistémicas serían las contenidas en los artículos 181 (rendición de cuentas de los administradores), y 182 (fallecimiento del concursado) LC, ubicados en la regulación de la conclusión del concurso, aunque aplicables, como los mismos artículos reconocen, a otras fases del mismo. En algunos otros artículos pueden apreciarse ciertas imprecisiones, como sucede en el artículo 81-1

cuando, como presupuesto de la imposibilidad de separación, señala la enajenación del bien, que el deudor poseyera sin título, antes de la declaración del concurso a tercero de quien no pueda reivindicarse, cuando quizá debiera haber referido el momento de la enajenación a uno anterior a la anotación del concurso en el Registro de la Propiedad o, como dice el profesor BLASCO GASCÓ, el taumatúrgico artículo 146 que, por la apertura de la fase de liquidación, convierte en dinero los créditos que consistan en otras prestaciones, cuando lo que debería probablemente haber dicho el artículo es que tales créditos quedarían convertidos en créditos dinerarios.

Los 230 artículos de la LC se dividen en nueve Títulos, de los que los cuatro primeros, comprensivos de los artículos 1 a 97, se refieren a la declaración del concurso; el título quinto regula las fases del convenio (arts. 98 a 141) y liquidación (arts. 142 a 162); el Título VI regula la, en su caso, sección sexta del concurso, es decir, la calificación del mismo (arts. 163 a 175); el Título VII, en un capítulo único, regula una materia de gran importancia y hasta la fecha huérfana de regulación legal, cual es la conclusión del concurso (arts. 176 a 178) y la reapertura del concurso en los artículos 179 y 180. Contiene la LC un Título, el VIII, de normas procesales en el que junto al procedimiento que podemos llamar ordinario, regula el procedimiento abreviado, el incidente concursal, los recursos y en el último artículo del Título VIII, en el artículo 198, que integra el capítulo V del mismo, un novedoso Registro de Resoluciones Concursales, pendiente de desarrollo reglamentario, que se llevará en el Ministerio de Justicia y en el que se harán constar las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos concursales declarando culpables, en su caso, a los concursados y acordando la designación o inhabilitación de los administradores concursales, en los casos previstos en la Ley.

I) Y, en fin, la característica más destacable, desde el punto de vista de nuestra disciplina, es la intensa y correcta relación entre el concurso, el Registro de la Propiedad y los principios que lo presiden, como no podía ser de otro modo, pues ello significa la armonización del procedimiento concursal con los principios de seguridad jurídica y, su variante, de seguridad del tráfico jurídico (art. 9-3 CE) y con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), que tienen en el Registro de la Propiedad y en la calificación registral uno de sus instrumentos de realización más importantes. Esta armonización entre concurso y principios hipotecarios se lleva a cabo incorporando a la Ley Concursal buena parte del contenido de la jurisprudencia del TS y, sobre todo, de la DGRyN. Así lo podemos ver:

- a) En la adopción de las medidas cautelares anteriores a la declaración del concurso a las que se refiere el artículo 17 LC, entre las que podrían adoptarse algunas con trascendencia patrimonial, anotables

en el Registro de la Propiedad al amparo del artículo 727-6.^a LEC. Medidas cautelares sobre las que tendrá que pronunciarse el Juez del concurso cuando lo desestime o, por el contrario, lo admita (cfr. arts. 17-3 y 21-4 LC).

- b) En el reflejo registral de todos los eventos esenciales del concurso, desde la anotación preventiva del auto de declaración del concurso (art. 24 LC) hasta su cancelación mediante la anotación de la resolución firme que acuerde la conclusión del concurso (art. 177-3 LC), pasando por la anotación de la alteración de la composición o facultades de la administración concursal (art. 38-3 LC), la anotación de la sentencia firme de aprobación de la propuesta anticipada de convenio (art. 109-2-2 LC) o de la que aprueba el convenio aceptado por la junta de acreedores (art. 132 LC); la anotación del auto de conclusión del concurso por cumplimiento del convenio (art. 141 LC); la anotación preventiva del auto que declara la apertura de la fase de liquidación (art. 144 LC) o la del auto que declara la reapertura del concurso que concluyó, en su día, por inexistencia de bienes o derechos del concursado (art. 179 LC). Todo ello, sin perjuicio de que en cualquier relación o inventario de activo o pasivo patrimoniales deba hacerse constar por quienes los confeccionan los datos registrales de los bienes, en su caso, o de las garantías (arts. 82-2, 85-3 u 86-2 LC).
- c) Si las anteriores son conexiones que podríamos llamar estáticas entre el concurso y el Registro de la Propiedad, hay otras conexiones que podríamos llamar dinámicas, como la contenida en el artículo 40-7-2 LC, sobre no inscribibilidad de los actos del deudor efectuados sin sujetarse a los requisitos impuestos en el auto de declaración del concurso que suspende o interviene sus facultades de administración y disposición patrimonial; o las previsiones sobre paralización de ejecución de garantías reales (art. 56 LC); o la rescisión de los actos anteriores a la declaración de concurso y su coordinación con la fe pública registral (arts. 72-2 y 73-2 LC); o la protección del tercero hipotecario a quien no alcance el ejercicio de las acciones de separación (art. 81-1 LC); o la exigencia, contenida en el artículo 90 LC, de que la garantía que privilegia especialmente un crédito esté constituida con los requisitos de oponibilidad a la fecha en que venza el plazo señalado en el auto de declaración del concurso (art. 21-1-5.º LC) para que los acreedores pongan de manifiesto sus créditos a la administración concursal, sin perjuicio del juego de la presunción contenida en el artículo 71-3-2.º LC; o la cancelación de las garantías reales constituidas a favor de personas especialmente relacionadas con el deudor (art. 97 LC en relación con el art. 93 LC); o la inscribibilidad de los actos contrarios al convenio (art. 137-2

LC); o la sujeción a la prioridad registral para el pago de varios créditos especialmente privilegiados respecto de un mismo bien (art. 155-3-2 LC).

- d) La deseable coordinación entre el Registro de Resoluciones Concur-sales previsto en el artículo 198 LC para hacer constar la separación de administradores o las consecuencias que la calificación como cul-pable del concurso tienen sobre las facultades de representación y administración del patrimonio de terceros del concursado y sus cómplices.
- e) Y todo ello sin olvidar la reforma, por la Disposición Final séptima de la LC, del inciso final del último párrafo del artículo 127 LH que, de decir antes que la ejecución de hipoteca por el procedimiento ordinario no se suspendería «ni por la declaración de quiebra, ni por el concurso de acreedores de cualquiera de ellos», pasa a decir ahora que: «En caso de concurso regirá lo establecido en la Ley concursal», es decir, lo que resulta de los artículos 56 y 57 LC sobre paralización, inicio o reanudación de garantías reales. Para terminar, es necesario mencionar que las Disposiciones Finales octava y novena reforman ciertos artículos de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Des-plazamiento y de la Ley de Hipoteca Naval.

De la sistemática antes expuesta podemos destacar cinco momentos car-dinales o cruciales en el procedimiento concursal que son la declaración del concurso, la aprobación del convenio, la apertura de la liquidación, la conclu-sión del concurso y la posible reapertura del mismo.

II. LAS PRIMERAS MANIFESTACIONES REGISTRALES DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL ANTES DE INICIARSE ÉSTE

Un examen conjunto de la LC y de la LEC permitiría reclamar la adop-ción de medidas cautelares del Juez mercantil que, según el artículo 10 LC, fuera competente para conocer del concurso incluso antes de presentarse la solicitud de declaración del mismo, pues el artículo 723 de la LEC, confir-mado por el artículo 730 del mismo cuerpo legal, permite instarlas aunque el proceso no se haya iniciado y declara como Juez competente para adoptarlas al que lo sea para conocer de la demanda principal, es decir, al Juez de lo mercantil competente según el artículo 10 LC, como antes decíamos, siempre que la medida cautelar reúna las características previstas en el artículo 726 de la LEC. En este caso, como resulta del artículo 730-2 de la LEC, la solicitud de declaración de concurso deberá presentarse dentro de los veinte días si-guientes a la adopción de la medida cautelar. Éste sería un primer punto de

contacto posible entre el procedimiento concursal y el Registro de la Propiedad, pues la medida cautelar podría consistir de entre las previstas en el artículo 727 de la LEC en una anotación preventiva de prohibición de disponer, que sería anotable en el Registro al amparo del artículo 42-4 de la LH, medida que podría ser de gran trascendencia para el interesante supuesto, desde el punto de vista registral, previsto en el artículo 44-2-2 LC.

No se podría estimar, en cambio, como medida cautelar propiamente dicha del procedimiento concursal, ni creo que tampoco en general, las anotaciones preventivas de embargo que reflejarían registralmente las ejecuciones o apremios a los que se refiere el artículo 2-4 LC, pretendidamente acreditativos de la insolvencia del deudor, pues estas ejecuciones, que quedarían paralizadas en su inmensa mayoría por la declaración de concurso y su constancia registral perseguirían la completa satisfacción individual del acreedor ejecutante, como resulta del artículo 570 de la LEC y no la ordenada satisfacción, en la medida de lo posible, de todos los acreedores del deudor que integran, según el artículo 49 LC, la masa pasiva del concurso.

Pero lo cierto es que los hechos recogidos en el número 4 del artículo 2 de la LC, entre los que figura la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor, u otros que, como se desprende del artículo 14-1 *in fine* de la misma Ley, sean alegados por el deudor o por el o los acreedores solicitantes tendrán que ser admitidos por el Juez del concurso como suficientemente acreditativos del presupuesto objetivo del concurso que no es otro que la insolvencia o imposibilidad por parte del deudor de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, sea tal imposibilidad actual o inminente.

III. ASPECTOS DE ESPECIAL RELEVANCIA REGISTRAL EN LA DECLARACIÓN DE CONCURSO RELATIVOS A LA LEGITIMACIÓN PARA SOLICITARLA, A LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE ELLA, A LAS PRIMERAS MEDIDAS CAUTELARES DENTRO YA DEL PROCEDIMIENTO Y AL AUTO QUE LA DECLARA

La legitimación para instar la declaración de concurso corresponde, en principio, a los deudores para los cuales es, a la vez que un deber hacerlo dentro de los dos meses siguientes a que tengan conocimiento de su situación de insolvencia, según el artículo 5 de la LC, un derecho. No olvidemos las ventajas que, según vimos, pueden derivarse para ellos de la declaración de concurso, pudiendo en consecuencia recurrir en reposición y, en su caso, en apelación, el auto que deniega la apertura, según el artículo 20-3-2 LC y también corresponde, en principio, a los acreedores del deudor para quienes

es sólo un derecho. Así pues, la legitimación para instar la declaración de concurso corresponde:

A) Al deudor, persona física, dando lugar al concurso voluntario. El deudor que insta la declaración de su propio concurso consigue así la ejecución ordenada de su patrimonio, en la medida en que se gradúan los créditos que sus acreedores ostentan contra él; puede ver favorecida la conservación y continuación de su actividad profesional o empresarial; desde la declaración de concurso ve cómo cesa el devengo de intereses de sus obligaciones; puede ver demorada o, mejor, suspendida durante un año la ejecución de las hipotecas por él constituidas; puede ver modificados los derechos reconocidos en los convenios colectivos que suscribió como empresario y, en general, podrá ver novados los créditos contra él en los términos que resulten del convenio, en su caso, como resulta del artículo 136 LC.

B) El deudor, persona jurídica, dando lugar igualmente a un supuesto de concurso voluntario, a través de su órgano de administración o de liquidación o de los miembros de la persona jurídica que sean personalmente responsables de las deudas sociales.

C) La herencia que no hubiere sido aceptada pura y simplemente podrá ser declarada en concurso por los acreedores del deudor fallecido, por la administración de la herencia o por los herederos, caso este último en el que la herencia se entenderá aceptada a beneficio de inventario. Será concurso voluntario si la instan los herederos, como continuadores de la personalidad del causante, o la administración de la herencia y será concurso necesario si instan la declaración de concurso de la herencia los acreedores del causante.

D) Y es que junto al concurso voluntario está el concurso necesario, que es el instado por los acreedores, excluido el acreedor que, según dice el artículo 3-2 LC, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud de declaración de concurso hubiere adquirido el crédito por acto *inter vivos* y a título singular después de su vencimiento. Los acreedores tienen derecho a solicitar el concurso evitando así las maniobras fraudulentas de su deudor y ordenando racionalmente el cobro de sus créditos; la LC pretende incentivar a los acreedores a solicitar el concurso mejorando el crédito del que lo inste que, siempre que no sea un crédito subordinado, es decir, siempre que sea un crédito ordinario, gozará de privilegio general hasta la cuarta parte de su importe, como nos dice el artículo 91-6 LC.

En definitiva, la LC mantiene un modelo *ius privatista* o, mejor, dispositivo en lo referente al inicio del proceso concursal, ya que se deja a las partes de la relación crediticia insatisfecha su iniciación, pues en la intervención del Ministerio Fiscal, regulada en el artículo 4 LC, no se le legitima para solicitar la declaración de concurso, como tampoco se faculta en tal sentido al Juez de lo mercantil, quien una vez iniciado el procedimiento tiene, como dijimos y podremos comprobar, un amplio arbitrio en la defensa del interés

legal del concurso. Modelo *ius privatista* o dispositivo que se mantiene, en general, como inspirador de toda la Ley si contemplamos la eficacia de los actos del deudor anteriores a la declaración del concurso o la de los actos del deudor concursado contrarios a las limitaciones de su capacidad de obrar implícitas en la misma declaración del concurso o la de los actos del deudor concursado contrarios a los términos del convenio, todos ellos anulables o rescindibles por la administración concursal o por los acreedores; sin olvidar, como muestra también de la flexibilidad y carácter dispositivo de la LC, la decisiva influencia que ésta atribuye a la administración concursal, acreedores Juez y al propio deudor concursado para definir el contenido del convenio o del plan de liquidación o el importante arbitrio judicial para conducir el convenio, en interés del logro de su objetivo institucional, de la forma más ajustada a las diversas situaciones, fundamentalmente económicas, por las que puede atravesar.

Pues bien, el deudor, cualquiera de sus acreedores, con la excepción ya vista recogida en el artículo 3-2 LC o, respecto de la herencia no aceptada pura y simplemente, las personas a las que se refiere el artículo 3-4 LC podrán formular la solicitud de la declaración de concurso ante el Juez de lo mercantil competente territorialmente conforme al artículo 10 de la LC, normalmente el que lo sea en el lugar donde el deudor tenga el centro de sus intereses principales. Esa competencia es examinada de oficio por el propio Juez, como nos dice el artículo 10-5 LC, de suerte que éste sería un extremo excluido de la calificación registral que quedaría así limitada, cumpliendo con el artículo 100 RH, a la competencia funcional y controlada también por las partes a través de la oportuna declinatoria, cuya interposición no suspende el procedimiento concursal y cuya estimación no invalida, caso de que se produzca, lo actuado en el concurso, como se desprende del artículo 12 LC, que regula la declinatoria sobre competencia territorial y, por tanto, interna y no la declinatoria internacional que tiene un cauce procesal específico, análogo al de la declinatoria a que se refieren los artículos 39 y 63-1 de la LEC, que hay que entender con subordinación a los Reglamentos Comunitarios y a los Tratados Internacionales, como dice el profesor FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, pues estamos ante una cuestión de competencia internacional que nunca cabe confundir con la competencia territorial regida por normas de Derecho interno.

En cuanto a la competencia para conocer del procedimiento principal en las insolvencias transfronterizas comunitarias, el artículo 10 LC coincide sustancialmente con lo que dice el artículo 31 del Reglamento (CE) 1346/2000; pero, como pone de manifiesto el profesor FERNÁNDEZ-BALLESTEROS incurre en el error de mezclar la regulación de la competencia territorial, lo que se hace con una norma de Derecho interno, con la distribución de competencia en el ámbito internacional, que nunca debe resolverse con un punto de conexión fijado por una Ley interna o nacional, sino con una Ley supranacional o

internacional, máxime cuando, como sucede en nuestro caso, tal norma existe y es de preferente aplicación, según ya vimos, a la norma interna y tal norma supranacional no es otra que el tantas veces citado Reglamento (CE), número 1346/2000 con arreglo al cual, el Juez español tendrá competencia internacional para conocer del concurso principal en los procedimientos de insolvencia intracomunitaria cuando el deudor tenga en España el centro de sus intereses principales, como nos dice el artículo 31 del citado reglamento comunitario.

El Juez de lo Mercantil competente para conocer del concurso tiene jurisdicción exclusiva y excluyente, como resulta del artículo 8LC, respecto de todas las acciones, ejecuciones o medidas cautelares con trascendencia sobre el patrimonio del concursado. Esta exclusividad competencial es la consecuencia de que, una vez declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso sin más excepciones que las establecidas en las Leyes, como nos dice el artículo 49 LC, de modo que, una vez declarado el concurso, como señala el artículo 55-1 LC, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extra-judiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor y, como resulta del artículo 55-2 LC, las actuaciones que se hallen en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de la declaración del concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos. Las actuaciones que se practiquen en contravención de lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 55 de la LC serán nulas de pleno derecho, como sanciona el párrafo tercero del citado artículo que exceptúa del efecto paralizante de la declaración de concurso los procedimientos administrativos, las ejecuciones laborales y las de garantías reales por deudas del concursado con los matices o en los términos que luego examinaremos.

Una vez cumplidos los trámites previstos en los artículos 13 a 20 LC, obviamente distintos según que la declaración de concurso la solicite el propio deudor o la soliciten alguno, algunos o todos sus acreedores, es decir, trámites distintos según que el concurso sea voluntario o necesario, en el bien entendido de que el concurso de acreedores tendrá la consideración de necesario cuando, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiere presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque éste hubiere desistido, no hubiere comparecido o no se hubiere ratificado, pues bien, una vez cumplidos los trámites procedimentales previstos, como decía, en los artículos 13 a 20 LC, el Juez dictará un auto declarando, en su caso, el concurso, auto que, como resulta del artículo 21-2 LC, será ejecutivo aunque no sea firme.

Con el fin de evitar que, durante el lapso de tiempo que puede transcurrir desde que se presenta la solicitud de la declaración de concurso hasta que se dicte el auto declarándola y, más allá de éste, hasta que los administradores

concursales acepten el cargo, pueda el deudor realizar actos perjudiciales para la masa activa y para los acreedores, la LC prevé la adopción de medidas cautelares:

A) El artículo 17 LC nos dice que a petición del legitimado para instar el concurso necesario, el Juez, al admitir a trámite la solicitud, podrá adoptar las medidas cautelares que estime necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor de conformidad con lo previsto en los artículos 721 y siguientes de la LEC; si bien, frente a lo que dispone el artículo 737 LEC, la imposición de la fianza para responder de los eventuales daños y perjuicios que las medidas cautelares puedan producir al deudor la decidirá el Juez potestativamente y parece que, lógicamente, deba prescindirse de la audiencia al deudor, acogiéndose para ello el Juez a la posibilidad que brinda el artículo 733-2 LEC.

B) Como nos dice el artículo 17-3 LC, una vez declarado el concurso o desestimada la solicitud, el Juez se pronunciará sobre la eficacia de las medidas cautelares adoptadas antes de la declaración del concurso y, como añade el artículo 21-4 LC, el auto de declaración del concurso se pronunciará sobre las medidas cautelares que el Juez considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo, lo que es de sumo interés, por ejemplo, en relación con los supuestos contemplados en los artículos 43-2 y 3 y 44-2-2 LC, de notable trascendencia registral, como antes dije y luego se explicará.

C) Tales medidas cautelares pueden ser:

- a) Al amparo del artículo 42 LH, apartado uno o apartado cinco, la anotación preventiva de la solicitud de declaración de concurso que luego podrá convertirse en anotación preventiva de declaración de concurso o la solicitud directa de la anotación preventiva de la declaración de concurso. En uno u otro caso, presentando en el Registro de la Propiedad el mandamiento que contenga el testimonio del auto de admisión a trámite a que se refiere el artículo 15-1 LC o el testimonio del auto de declaración del concurso al que se refiere el artículo 21 LC. Se puede dudar sobre si la anotación preventiva debe extenderse al amparo del número 1 o del número 5 del artículo 42 LH por la adecuación de la terminología de los artículos 2-4 LH y 142 RH al verdadero efecto que sobre la capacidad de obrar del concursado produce la declaración de concurso; pues con la Ley 22/2003 no creo que se pueda sostener que el concursado sea un incapacitado, tampoco lo era antes, aunque sufra modificaciones relativas a la libre disposición de sus bienes, restricciones (suspensión o intervención, como luego veremos) en sus facultades de administración y disposi-

ción patrimoniales, que no son propiamente incapacidad, y ello durante un procedimiento que puede concluir convencional o ejecutivamente con la liquidación o enajenación de su patrimonio, conservando entre tanto la idoneidad para continuar desempeñando su actividad empresarial o profesional, de suerte que la declaración de concurso o su previa solicitud pueden, por su propio desenvolvimiento, acabar produciendo una mutación jurídico real inmobiliaria por lo que serían anotables en el Registro de la Propiedad al amparo del artículo 42-1 LH o al amparo del artículo 42-5 LH, si primamos la consideración de la trascendencia de la situación concursal respecto de la capacidad de obrar del concursado a lo que parece tender la terminología y sistemática de nuestra Ley Hipotecaria, sin perjuicio de las prohibiciones dimanantes de la calificación del concurso como culpable que se publican en el Registro especial previsto en el artículo 189 LC, que se refieren al concursado y sus cómplices en un concurso culpable, pero no respecto de la capacidad de obrar sobre sus respectivos patrimonios, sino sólo respecto de la capacidad de gestionar los patrimonios de terceros y de representarlos. La anotación preventiva de la solicitud de declaración del concurso se cancelará en virtud del mandamiento judicial que incorpore el auto firme de desestimación de la solicitud al que se refiere el artículo 20-1 LC, sin olvidar la posible modificación de las medidas cautelares a que se refiere el número 2 del mismo artículo 20 LC.

- b) Cabrá también la anotación preventiva de prohibición de disponer y, en fin, en todo caso, la undécima y última de las posibles medidas cautelares a las que se refiere el artículo 727 LEC, es decir, las que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que debiera concederse al derecho reconocido en el procedimiento concursal que no es otro que el derecho al cobro de los créditos reconocidos contra el concursado, como la intervención de las comunicaciones o el registro domiciliario con los requisitos que establece el artículo 1 de la LO 8/2003 para la reforma concursal, pero estas medidas carecen de trascendencia registral.

D) Como novedad de la Ley 22/2003 y aplicación de la teoría del levantamiento del velo, el artículo 48-3 de la misma dispone que desde la fecha del auto de declaración del concurso de la persona jurídica, el Juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá ordenar motivadamente el embargo, por la cuantía que estime bastante, de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho y de quienes hubieren tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a tal fecha, cuando:

- a) De lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que
- b) la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas.

En el párrafo quinto del mismo artículo 48 LC, se prevé el embargo de bienes de los socios que fueran subsidiariamente responsables de las deudas sociales anteriores a la declaración de concurso cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas.

El legislador ha optado por esta solución realista y equilibrada, derivando responsabilidades que llevará a la ejecución, en su caso, de los bienes de los socios o de los administradores y a la incorporación del líquido obtenido a la masa activa del concurso. Los embargos se tramitarán por las disposiciones de los artículos 584 y siguientes de la LEC, respondiendo a los principios de las ejecuciones singulares y, como dije, el líquido que en su caso se obtenga es el que quedará incorporado a la masa activa del concurso, no debiendo considerar, obviamente, en modo alguno como concursadas a las personas a las que se refiere el artículo 48 LC y quedando fuera de la calificación registral el fundamento de la decisión judicial sobre la derivación de responsabilidades.

IV. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LAS FACULTADES DE ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DEL CONCURSADO

El auto de declaración del concurso, además de pronunciarse, en su caso, sobre las medidas cautelares adoptadas antes de él o desde él hasta que los administradores concursales acepten sus cargos, ha de contener una serie de pronunciamientos recogidos en el artículo 21 LC, de los que aquí interesa destacar sólo algunos.

El relativo a los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio, así como el nombramiento y las facultades de los administradores concursales. Antes de entrar en el examen de tales efectos, conviene precisar que se refieren a las facultades de administración y disposición, más que del patrimonio del deudor, como dicen los artículos 21-2 y 40-1 LC, sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso y, en su caso, sobre los que correspondan al concursado en su sociedad o comunidad conyugal, salvados los que como luego veremos corresponden al cónyuge del concursado, precisión introducida en el párrafo sexto del artículo 40 LC porque, pese al principio de universalidad patrimonial predicable del concurso, recogida en el artículo 76-1 LC,

el párrafo segundo de este artículo exceptúa del concurso los bienes y derechos que, aún teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables, conforme a los artículos 605 y siguientes de la LC.

Tales efectos vienen establecidos en el artículo 40 LC, y son los siguientes: en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y de disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante la prestación de su oportuna autorización o conformidad; en caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición de su patrimonio, que serán desempeñados por los administradores concursales. No obstante el régimen expuesto, el Juez podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario mediante auto, así como acordar, también mediante auto y en cualquier momento de la fase común del concurso, es decir, hasta la aprobación del convenio o hasta la liquidación del patrimonio del concursado, el cambio de las situaciones de intervención o de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio de oficio o a solicitud de la administración concursal, oído el concursado y con la correspondiente motivación.

Respecto de las personas jurídicas, como resulta del artículo 48 LC, en la fase común del concurso se mantendrán sus órganos de administración, sin perjuicio de que se suspendan sus facultades en las que serían sustituidos por los administradores concursales o de que conserven sus facultades intervenidas que deberán ejercer con la autorización o conformidad de la administración concursal. Si el órgano de administración es colegiado, sin perjuicio de lo antes dicho, los administradores concursales podrán intervenir en sus sesiones con voz pero sin voto, lo cual, lógicamente sólo se puede entender, dando por sentada la regla general de continuación de la actividad mercantil del concursado persona jurídica, en el sentido de que el órgano de administración sigue conformando en lo que legal y estatutariamente le compete la voluntad de la persona jurídica, pero la ejecución o el ejercicio de tal voluntad sólo podrá llevarse a cabo, cuando corresponda, por la administración concursal o con su intervención, sin perjuicio de la iniciativa propia de ésta en cualquier caso y de las facultades que, con independencia de la administración concursal se residencien, según el auto de declaración del concurso, en exclusiva en el órgano de administración de la persona jurídica.

Se suspendan o se intervengan las facultades de administración y de disposición del concursado, es decir, se ejerciten éstas en su nombre por la administración concursal o por el propio deudor con la autorización o conformidad de aquélla, persiguiendo en todo caso lo que sea más conveniente para el interés legal del concurso, durante la fase común del concurso, es decir, hasta la aprobación judicial del convenio o hasta la apertura de la fase de

liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes que integran la masa activa sin la autorización del Juez, como resulta del artículo 43 LC, salvo que se trate de actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, ya que la declaración de concurso no interrumpirá, en principio —la excepción está en el artículo 44-4 LC—, la actividad profesional o empresarial que viniere ejerciendo el deudor en los términos que resultan del artículo 44 de la LC que distingue, a tal efecto, según que el concursado tenga intervenidas o suspendidas sus facultades de administración y de disposición:

A) Pues si sólo las tiene intervenidas, la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad que queden autorizadas con carácter general, por razón de su naturaleza o cuantía al concursado; para las demás, necesitará puntual autorización o conformidad de la administración concursal. Hasta la aceptación de los administradores concursales, sin perjuicio de las medidas cautelares que el Juez haya podido adoptar y a las que antes me he referido, el concursado podrá realizar los actos propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad siempre que se ajusten a las condiciones del mercado, lo que implica, caso de que el acto celebrado en esa fase sea inscribible en el Registro la valoración por parte del Registrador del cumplimiento u observancia de las medidas cautelares que, en su caso, se hubieren adoptado y si considera que el acto o negocio no se ajusta a las condiciones de mercado, pues los otros dos requisitos, es decir, la pertenencia del acto al giro o tráfico profesional o empresarial del concursado y su carácter imprescindible para la continuación de su actividad, probablemente requisitos redundantes, son fácilmente comprobables contrastándolos con el objeto social o profesional del concursado, siempre podrá el Registrador tomar anotación preventiva por defecto subsanable y esperar a la ratificación del acto por los administradores una vez que acepten el cargo.

B) Si el concursado tiene suspendidas las facultades de administración y disposición, corresponderá a la administración concursal adoptar las medidas necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial, lo que, sin perjuicio de las facultades que en tales casos ostenta la administración concursal conforme al artículo 40 LC, explica la permanencia y el alcance de tal permanencia de los órganos de la persona jurídica concursada que establece el artículo 48-1 LC, según vimos.

Los actos de administración o de disposición de bienes de la masa activa efectuados por el deudor concursado, respetando las limitaciones indicadas y concurriendo los requisitos expuestos, son plenamente válidos, eficaces e inscribibles en el Registro de la Propiedad; en cambio, los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en los artículos 40 y 43 LC son

anulables, aunque no nulos, y por ello confirmables y no convalidables por la Administración concursal; es decir, el acto, mientras no se ejercite la acción de nulidad por la administración concursal, única legitimada al efecto, es válido y produce efectos, aunque con eficacia claudicante y por ello no inscribible en el Registro de la Propiedad hasta que no se produzca tal confirmación, caduque o prescriba la acción de nulidad o sea firme la resolución judicial que desestime su ejercicio, como resulta del último párrafo del apartado séptimo del artículo 40 de la LC. La administración concursal, para ejercer la acción de nulidad o para confirmar el acto, puede actuar de oficio o a requerimiento de cualquier acreedor o de quien haya sido parte en la relación contractual afectada. La acción de anulación se tramitará dentro del procedimiento concursal por el trámite del incidente concursal, regulado en los artículos 192 a 196 LC, y caducará al mes de haberse formulado el requerimiento a la administración concursal, con el cumplimiento del convenio por el deudor o, en el supuesto de liquidación, con la finalización de ésta.

En la fase común del concurso, así como con ocasión de la elaboración o del cumplimiento del convenio o en la fase de liquidación, en sede de la cual establece la prohibición a que vamos a referirnos el artículo 151 LC, aunque, como acabamos de ver, es aplicable a cualquier momento del procedimiento concursal hasta su terminación definitiva, En efecto, sobre los administradores concursales pesa la prohibición de adquirir por sí o por persona interpuesta, ni aun en subasta, los bienes y derechos que integran la masa activa del concurso, bajo sanción de nulidad del acto que contravenga tal prohibición. El Registrador no podrá pues inscribir en el Registro de la Propiedad nunca tal acto dispositivo a favor de quien en la anotación preventiva del auto declarativo del concurso figure como administrador o quien conste en el Registro, en asiento posterior, como integrante de la administración concursal, quienes, si infringen la prohibición que comentamos, sufrirán las consecuencias previstas en los párrafos segundo y tercero del artículo 151 LC, una de las cuales será la inhabilitación para ejercer el cargo, la consecuente separación del mismo y el nombramiento de nuevo administrador por medio de auto judicial inapelable (arts. 38-2 y 39 LC), que será anotable en el Registro de la Propiedad publicando así el nombramiento del nuevo administrador afectado igual que los anteriores por la prohibición estudiada.

Como pone de manifiesto FERNANDO CURIEL LORENTE, al estudiar la actuación del órgano de administración concursal, y resulta del artículo 35-2 LC, para el caso que comentamos o cualquier otro, es necesaria la actuación colegiada y por mayoría de los administradores, que no es equivalente ni puede ser sustituida por la comparecencia y conformidad prestada al acto de dos de los tres administradores prescindiendo del otro, o la actuación mancomunada cuando *por cualquier circunstancia*, como resulta del artículo 35-3 LC, el número de administradores se haya reducido a dos, lo que significa

que, si siendo tres los administradores, sólo comparecen dos, tendrán que concretar la causa por la que sólo dos de ellos, los comparecientes, están en el ejercicio del cargo, sin que el Registrador pueda exigir más que tal aclaración. Sin perjuicio:

A) De la atribución por el Juez a algún administrador de competencias individualizadas, lo que deberá acreditarse exhibiendo testimonio del auto judicial correspondiente, como resulta del artículo 35 LC.

B) Y de lo previsto en los artículos 27-2-3.º y 191-3 LC para el procedimiento abreviado en el que la administración concursal estará integrada por un solo miembro, que deberá ser abogado, auditor de cuentas, economista o titulado mercantil que reúna los requisitos previstos en el apartado 1 del artículo 27 de la LC.

V. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PUBLICIDAD REGISTRAL DEL AUTO DE DECLARACIÓN DEL CONCURSO

Como antes decía, los actos del deudor concursado que infrinjan las limitaciones establecidas en los artículos 40 y 43 LC o la prohibición del artículo 151 LC, no podrán ser inscritos en los registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme, de ahí la importancia de la publicidad, tanto extrarregistral, como registral del auto de declaración del concurso, pero, sobre todo de esta última. Según el artículo 21-1-6.º LC, el auto deberá pronunciarse sobre la publicidad que haya de darse a la declaración de concurso, tanto a la extrarregistral, regulada en el artículo 23 LC, como a la registral, regulada en el artículo 24 LC. Antes de entrar en el examen de este artículo y remitiendo a la exposición de cada acto concreto para determinar el tipo de asiento a practicar, puede que convenga hacer unas reflexiones generales sobre la eficacia de la publicidad registral respecto del procedimiento concursal:

A) En primer lugar, lo constitutivo del concurso es el auto al que se refiere el artículo 21 LC que, como nos dice en su apartado segundo, producirá sus efectos de inmediato, abrirá la fase común de la tramitación del concurso y será ejecutivo aunque no sea firme. El reflejo registral del concurso a través del correspondiente asiento carecerá de eficacia constitutiva del mismo. Es algo equivalente a lo que para la ejecución singular previene el artículo 587 LEC; la anotación del embargo no es constitutiva del embargo, como la anotación del concurso no es constitutiva del concurso. La calificación por parte del Registrador de los actos inscribibles otorgados por personas concursadas, si el concurso no consta en el Registro o de algún modo reflejado en el documento que formaliza el negocio que pretende inscribirse, no

podrá tener en cuenta los requisitos exigibles para la inscripción de los actos y negocios del concursado susceptibles de ella, toda vez que el Registrador sólo puede tener en cuenta, en el ejercicio de su función calificadora, lo que resulte de los títulos presentados y de los asientos del registro, como resulta del artículo 18 LH.

B) Por otro lado, la fe pública registral, con su drástica protección que hace inatacable la adquisición del tercero protegido por el artículo 34 LH que reúna los requisitos exigidos en él, no alcanza, lógicamente, a quien adquiere del concursado, cuya adquisición podrá ser anulada si no reúne los requisitos de los artículos 40 y 43 LC y ello pese a que, por ejemplo, por no constar anotado el auto declarativo del concurso, se haya inscrito su claudicante adquisición. El artículo 33 LH nos dice que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes; por otro lado, la fe pública registral protegerá al adquirente del concursado que reúna los requisitos del artículo 34 LH de los vicios que pudieran anular o resolver la adquisición del concursado, los cuales no le podrán perjudicar, pero no le protege, porque no es tercero, de los vicios o defectos que afecten al negocio en el que él mismo es parte, el que celebró con el concursado. Le protegerá la presunción derivada del principio de legitimación, recogido, entre otros, en el artículo 38 LH, pero no la radical inatacabilidad de la fe pública registral resultante del artículo 34 LH.

C) La fe pública registral del artículo 34 LH a quien protege, en el caso que contemplamos, es al que adquiere a título oneroso y con los demás requisitos exigidos por el citado artículo, del que adquirió del concursado, al subadquirente del concursado, el cual no podrá ver invalidada su adquisición por los vicios del negocio por virtud del cual su causante adquirió lo ahora transmitido del concursado. La inoponibilidad de la situación concursal al tercero del artículo 34 LH, expresamente reconocida en los artículos 72-2 y 73-2 LC respecto de las acciones de reintegración, en el 137-2 LC respecto de los adquirentes de quien, a su vez, adquirió de un concursado que transmitió sin respetar las restricciones que se le impusieron en el convenio y en el artículo 81 LC sobre la imposibilidad del ejercicio del derecho de separación, hipótesis la de este último artículo que se diferencia de las de los tres anteriores porque el tercero en él contemplado es el subadquirente del verdadero titular del bien y adquirente del concursado, mientras que el tercero de los otros tres artículos es el subadquirente del concursado y adquirente de quien trae causa de él, es lo que hace de sumo interés la constancia registral del concurso sobre todos los bienes que figuren inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre del concursado; por eso, el artículo 6-2-3.º LC obliga al deudor que solicita ser declarado en concurso a que incorpore a la solicitud un inventario de bienes y derechos con expresión, entre otras circunstancias, de sus datos de identificación registral, en su caso.

Del artículo 24 LC resulta que si el deudor fuere persona natural, la declaración de concurso, la modalización de sus facultades de administración y disposición y el nombramiento de los administradores concursales se inscribirán en el Registro Civil; si fuere sujeto inscribible en el Registro Mercantil pues en este Registro previa su inscripción en él y si fuere persona jurídica no inscribible en el Registro Mercantil, pero estuviere inscrita en otro Registro público, en éste se harán constar tales circunstancias. Si el deudor tuviere bienes o derechos inscritos en el Registro de la Propiedad, se anotarán preventivamente en el folio correspondiente a cada uno de ellos la declaración de concurso con expresión de la fecha del auto que lo declara, la modalización de sus facultades de administración y disposición y el nombramiento de los administradores concursales. Al objeto de producir tal anotación preventiva, el Juez del concurso librará correspondiente mandamiento al procurador del solicitante del concurso en el que se insertará el auto de declaración con todas las circunstancias del mismo anotables. Sea o no firme el auto de declaración de concurso, producirá en el Registro de la Propiedad la correspondiente anotación preventiva pues, como resulta del artículo 21-2 LC, el auto producirá sus efectos de inmediato y será ejecutivo aunque no sea firme, abriendo, desde su fecha, la fase común de la tramitación del concurso. El mandamiento ordenando anotar preventivamente la declaración de concurso en el Registro de la Propiedad se remitirá de oficio por el Juzgado de lo Mercantil directamente al Registro si quien solicitó el concurso fuera una Administración Pública que actuara representada y defendida por sus servicios jurídicos. Pese a que del artículo 24-4 LC sólo resulta con claridad la anotación preventiva en los folios en los que el concursado tuviera bienes inscritos del auto de declaración de la quiebra, no debe de cabernos la menor duda de que al amparo del artículo 17-1 LC y 721 y ss LEC, en particular, al amparo del artículo 727-6.^a y 11.^a LEC, es igualmente anotable en el Registro de la Propiedad la solicitud de declaración del concurso presentando el mandamiento del Juez de lo mercantil que conozca del procedimiento en el que se testimonie el auto de admisión a trámite de la solicitud al que se refiere el artículo 15 LC.

También tendrán que hacerse constar en el Registro de la Propiedad el cambio de las situaciones de intervención o de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio y la correlativa modificación de las facultades o funciones de la administración concursal, según el artículo 40-4 LC, así como el cese y nombramiento de los administradores, conforme al artículo 38-3 LC. El asiento a practicar será el de una anotación preventiva en virtud del oportuno mandamiento en el que se inserte el auto en el que el Juez acuerda la adopción de tales medidas anotables.

La anotación preventiva se practicará en el folio donde tenga inscritos el concursado bienes o derechos, incluidos bienes o derechos gananciales, pues,

como nos dice el artículo 77-1 LC, en caso de concurso de persona casada la masa activa comprenderá los bienes o derechos propios o privativos del concursado y, si el concursado estuviere casado en régimen de gananciales, los bienes gananciales cuando deban responder de las obligaciones del concursado, por ello:

A) Cuando el deudor fuere persona casada y solicitare ser declarado en concurso, deberá indicar en la solicitud, concretamente en la memoria jurídica y económica, la identidad del cónyuge y el régimen económico del matrimonio, como nos dice el artículo 6-2-2.º LC y

B) Según resulta del artículo 82-1 LC, en el mismo caso, la administración concursal deberá incluir en el inventario de la masa activa la relación y el avalúo de los bienes y derechos privativos del deudor concursado, así como los de los bienes y derechos gananciales, con expresa indicación de su carácter.

C) No debe olvidarse que las facultades de administración y disposición del deudor concursado sobre sus bienes gananciales quedan sujetas conforme a lo que disponga el auto de declaración del concurso al régimen de intervención o de suspensión previsto en el artículo 40 LC, al igual que sucede con las facultades de administración y disposición del concursado sobre el resto de sus bienes que integren la masa activa del concurso.

D) Y, en armonía con los artículos 1.373 y el 1.393-1 del Código Civil, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad conyugal y el Juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso, como nos dice el artículo 77-2 LC.

Tenga o no tenga el concursado bienes inscritos en el Registro de la Propiedad, se tomará razón de la declaración del concurso en el Libro de Incapacitados que viene regulado en los artículos 386 a 391 RH, Libro resuscitado tras la sentencia de la Sala 3.ª del TS, de 31 de enero de 2001, que anuló los correlativos artículos del RH redactados conforme al Real Decreto 1768/1998, de 4 de septiembre, en los que se regulaba el llamado, por aquella reforma, Libro de Alteraciones de las Facultades de Administración y Disposición. El objetivo o finalidad del asiento de la declaración de concurso en este Libro, que se lleva por el sistema de encasillado, es el de posibilitar al Registrador hacer constar el concurso mediante la correspondiente anotación preventiva que practicará a continuación de la inscripción de la adquisición del bien por el concursado, teniendo en cuenta que mientras el concurso no se anote en el folio del bien del deudor concursado, la constancia de la situación concursal sólo en el Libro de Incapacitados no será suficiente por sí misma para enervar la protección del subadquirente del concursado por la fe pública registral.

VI. EFECTOS DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO CON NOTABLE REPERCUSIÓN REGISTRAL, EN PARTICULAR: SOBRE LAS EJECUCIONES QUE SE SIGAN O PUEDAN SEGUIRSE EN ADELANTE CONTRA EL CONCURSADO, SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS EN QUE ÉSTE SEA PARTE, SOBRE SU CAPACIDAD PROCESAL, SOBRE LOS CRÉDITOS QUE SE TENGAN CONTRA ÉL, SOBRE LOS CONTRATOS EN LOS QUE SEA PARTE Y SOBRE ACTOS O NEGOCIOS SUYOS ANTERIORES A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO A LOS EFECTOS DE REINTEGRAR LA MASA ACTIVA DEL CONCURSO

Una vez practicada la anotación preventiva de declaración del concurso en los términos vistos, se producen una serie de efectos:

A) Los generales antes mencionados sobre la calificación registral, es decir, la vinculación del Registrador en el ejercicio de su función calificadora a la comprobación de los requisitos que han de reunir, para su plena eficacia, los actos inscribibles relativos a bienes del concursado para, correlativamente, denegar o suspender la inscripción de los que no cumplan tales exigencias.

B) La enervación de la protección dimanante de la fe pública registral respecto del subadquirente del bien en cuyo folio conste anotada la situación de concurso que quedará sujeto a las resultas del mismo y, previamente, al cumplimiento de los requisitos exigidos para la plena validez y eficacia de su adquisición contenidos en los artículos 40 y 43 LC.

C) Además, como resulta del segundo inciso del artículo 24-4 LC, una vez practicada la anotación preventiva del concurso, no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos anotados más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el Juez de éste, salvo lo establecido en el artículo 55 LC, ya que:

- a) Declarado el concurso ya no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del concursado, según el artículo 55-1 LC, y los que se inicien o prosigan serán nulos de pleno derecho.
- b) Las ejecuciones ya iniciadas o que se hallen en tramitación, quedarán en suspenso desde la fecha de la declaración del concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos. A partir de la idea de suspensión de las ejecuciones o apremios iniciados antes de la fecha del auto de declaración del concurso, recogida en el artículo 55-2 LC y de que, como dice el último inciso del artículo 24-4 LC, practicada la anotación preventiva de declara-

ción del concurso, no podrán anotarse respecto de los bienes y derechos alcanzados por aquélla más embargos o secuestros posteriores a la declaración del concurso, a la fecha del auto de declaración del concurso, que los acordados por el Juez del mismo, se concluye que los embargos iniciados antes de la declaración de concurso y cuya tramitación esté suspendida desde la fecha del auto de su declaración podrán asegurarse registralmente mediante la oportuna anotación preventiva ordenada en mandamiento de fecha anterior o posterior a la del auto de declaración del concurso, pero que contenga providencia de embargo anterior a la fecha del auto de declaración del concurso (cfr. art. 587 LEC), aunque se presente en el Registro de la Propiedad tras anotar éste, pues se estima que tal anotación de embargo sería útil en caso de que concluyera el concurso y se archivaran las actuaciones del mismo, lo cual es cierto o, mejor, lo será cuando entre en vigor la LC, pero sólo si concurre la causa primera de conclusión del concurso recogida en el artículo 176 LC o la causa cuarta del mismo artículo, referida ésta última a la terminación del procedimiento por inexistencia de bienes y derechos del concursado, que dejará subsistente la responsabilidad del deudor en cuanto al pago de los créditos restantes, por lo que, como dice el artículo 178-2 LC, los acreedores insatisfechos podrán iniciar ejecuciones singulares en tanto no se declare nuevo concurso, que si se declarara dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso anterior tendrá la consideración de reapertura del concluido, con la consecuente economía procesal, quedando tales ejecuciones singulares nuevamente sometidas al régimen del artículo 55 LC. Como antes decía, las ejecuciones ya iniciadas o que se hallen en tramitación, quedarán en suspenso desde la fecha de la declaración del concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos; si no se suspenden tales actuaciones, éstas serán nulas de pleno derecho, salvo que se trate de:

1. Procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio antes de la fecha del auto de declaración del concurso y los bienes trabados no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, extremo éste que tendrá que resultar del respectivo mandamiento sin que el Registrador pueda detenerse en su calificación.
2. Ejecuciones laborales en las que se hubieren embargado bienes del concursado antes de la fecha del auto de declaración del concurso y los bienes embargados no fueren necesarios para la

continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, extremo este que, al igual que en el caso anterior, deberá resultar del mandamiento y no ser calificado por el Registrador.

3. Los titulares de créditos con privilegios sobre los buques y las aeronaves podrán separar estos bienes de la masa activa del concurso mediante el ejercicio, por el procedimiento correspondiente tramitado como pieza separada dentro del concurso, de las acciones que tengan reconocidas en su legislación específica. Así pues, los créditos sobre los indicados bienes se ejecutarán separadamente de la masa activa sin más límite que el de reintegrar a ésta el remanente que quedare tras la satisfacción del crédito que gozare del privilegio. A diferencia de lo que ahora veremos sobre ejecuciones de garantías reales, parece que no se contempla aquí paralización alguna en la ejecución si el buque o la aeronave fueren necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado.
4. Como pone de relieve FERNANDO CURIEL LORENTE, visto el itinerario legislativo, resulta palmario que el legislador no quiere poner límites a la ejecución de garantías reales salvo cuando recaigan sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado; y es que la ejecución de garantías reales sobre bienes no afectos a la actividad empresarial puede continuar, si ya estuviera iniciada, ante el propio Juez del concurso, en pieza separada y por los trámites del procedimiento judicial o extrajudicial correspondiente, según el artículo 57-1 LC, con la obligación de remitir el remanente que quede, tras satisfacer al acreedor con garantía real ejecutante y a los ulteriores de igual naturaleza que deban quedar cancelados por la ejecución de la garantía hasta el límite de las cantidades aseguradas por tales garantías, a la masa activa del concurso, como resulta del artículo 568 LEC (por cierto, modificado por el punto séptimo de la Disposición Final tercera de la LC para adecuarlo a lo que resulte de ella y previamente derogado por la Disposición Derogatoria única de la LC en el punto decimoprimer de su apartado primero); lo que resulta claro es la inaplicabilidad al caso que contemplamos del párrafo segundo del apartado primero del artículo 692 de la LEC, como el propio apartado reconoce *in fine*.
5. Por su parte, los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, los titulares de acciones tendentes a recuperar bienes de las mismas características en virtud de contratos inscritos en el Registro de bienes muebles, los

titulares de acciones tendentes a recuperar bienes que tengan idéntica afectación cedidos en arrendamiento financiero formalizado en documento que lleve aparejada ejecución o que haya sido inscrito en el Registro de Bienes Muebles, los titulares de acciones derivadas de condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado de la venta de bienes inmuebles afectados, aunque tales condiciones resolutorias estén inscritas en el Registro de la Propiedad no podrán continuar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de su derecho o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiere producido la apertura de la liquidación. Las actuaciones ya iniciadas en el ejercicio de las acciones referidas se suspenderán desde que la declaración de concurso conste en el correspondiente procedimiento y a tal respecto conviene recordar que, conforme al artículo 135 LH, reformado por el punto décimo de la Disposición Final novena de la LEC, el Registrador deberá comunicar al Juez, ante el que se sustancia el procedimiento ejecutivo, incluso cuando recaiga directamente sobre bienes hipotecados, la extensión de ulteriores asientos que puedan afectar a la ejecución. No tendrá lugar tal suspensión si en la fecha del auto de declaración del concurso ya estuvieren publicados los anuncios de la subasta del bien o derecho hipotecado afectado (y digo hipotecado porque la contra excepción no es aplicable al ejercicio de las acciones reales del párrafo dos del apartado uno del art. 56 LC porque en ellas el bien se quiere recuperar y no realizar), pues en tal caso, es decir, si en la fecha del auto de declaración del concurso ya estuvieren publicados los anuncios de la subasta del bien hipotecado, la ejecución no se detendrá, salvo que ésta recaiga sobre bienes o derechos que, además de afectados a la actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de titularidad del concursado, sean necesarios para continuar su actividad profesional o empresarial, pues, en tal caso, aunque la subasta se haya anunciado antes de la fecha del auto de declaración del concurso, el procedimiento sufrirá la suspensión antes citada.

6. Para concluir la cuestión relativa al inicio o continuación de la ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado, cabe decir:
 - Que la condición de los bienes sujetos al ejercicio de las referidas acciones reales como afectados o como necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deu-

dor la ha de apreciar el Juez del concurso a quien remitirá las actuaciones el Juez que estuviere ejecutando, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 LC. Sin que la calificación registral pueda extenderse a tal extremo.

- Que durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones y cualquiera que sea el estado de la tramitación del concurso, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de los créditos con garantía real sobre los bienes afectos a la actividad empresarial del deudor que opta por pagarlos con cargo a la masa y sin realizar tales bienes, lo que conllevará:
 - El pago inmediato de lo que esté vencido por principal e intereses y la conversión de los todavía no vencidos en crédito contra la masa que deberá, por ello, ser satisfecho a su vencimiento (en cuanto a los intereses, en todo caso, hasta el límite de lo asegurado por la garantía real), cualquiera que sea la situación del concurso.
 - La «incorporación» a la masa activa del bien que antes estaba sujeto por la garantía, pero ya sin ella, sino libre, sin perjuicio de que, en caso de incumplimiento, es decir, de impago de las cantidades a sus vencimientos, se realicen los bienes y derechos afectos por lo que estimo que el ejercicio por la administración concursal de la opción prevista en el artículo 155-2 LC no debe conllevar la cancelación de la garantía real hasta la satisfacción del crédito, aunque debiera practicarse una nota al margen de la hipoteca, único supuesto al que esta opción resulta aplicable, haciendo constar la decisión de la administración concursal, mediante título que la acredite de manera fehaciente.
- Por otro lado, es posible que durante el concurso, el Juez autorice, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados (pues no en vano el o los créditos garantizados con el privilegio especial sobre el bien que sale de la masa activa, por su enajenación, salen también de la masa pasiva, como resulta del art. 155-3 LC, lo que conllevaría la no aplicación a ellos de lo previsto en el art. 157-2 LC), asunción de deuda sin el consentimiento en sentido estricto de los acreedores que exige el artículo 1.205 del Código Civil para que les sea oponible la asunción liberando al primitivo deudor, aunque con su audiencia y con la autorización judicial, que el bien de la masa activa sujeto por un privilegio especial a la satisfac-

ción de un determinado crédito, sea enajenado con subsistencia del gravamen y subrogación del adquirente en la obligación del deudor que quedará así excluida de la masa pasiva. En este caso, de la masa pasiva sale la deuda que queda asumida por el adquirente mediante subrogarse en ella y garantizada con la hipoteca que queda subsistente y en la masa activa entrará el precio de venta tras descontar el comprador del precio de venta el importe del crédito con privilegio especial sobre él y el de los demás de igual naturaleza que hayan de cancelarse y sólo de éstos. El párrafo segundo del apartado primero del artículo 692 de la LEC, que no se contradice, sino que hay que interpretar sistemática y armónicamente con el inciso final del párrafo primero del artículo 155-3 LC, será aplicable cuando se ejecute la hipoteca sobre el bien que salió de la masa activa.

- El artículo 57 LC regula la tramitación procesal de la iniciación o reanudación de la ejecución de las garantías reales a las que se refiere el artículo 56 LC, que tendrá lugar a instancia de parte, bajo la jurisdicción del Juez del concurso y en pieza separada si se iniciaron antes de la declaración de concurso, se reanuden antes o después de la liquidación, pues si no se iniciaron antes de la declaración del concurso, una vez abierta la liquidación no se tramitarán en pieza separada, sino por el procedimiento que corresponda pero dentro de las operaciones de la liquidación.
- Según resulta del artículo 56-4 LC, la declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta, pues, en tal caso, el concursado, aunque dueño del bien hipotecado, no es el deudor, es decir, es un tercero respecto de la deuda garantizada, todo ello sin perjuicio de la notificación a la administración concursal para que intervenga en el avalúo y subasta del bien y la aplicación del artículo 692-1, párrafo segundo de la LEC. Pasa con este supuesto algo parecido a lo que pasa con la anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales del concursado por deudas de su consorte no concursado; caso en el que, como, según el artículo 82-1 LC, los bienes gananciales del concursado forman parte de la masa activa, quedando afectos las facultades o derechos que sobre tales bienes puedan corresponder al concursado al pago de sus deudas, para poder anotar el embargo será necesario:

— Que si el concursado ha sido suspendido en el ejercicio de sus facultades de administración y disposición, la adminis-

tración concursal sea notificada de la traba (art. 144 RH en relación con el 51-2 LC).

- Y si el concursado sólo tiene intervenidas sus facultades, la notificación deberá hacerse al mismo concursado quien necesitará autorización de la administración concursal para la intervención o no intervención en tal ejecución siempre que su actuación suponga allanamiento, desistimiento o transacción de sus derechos sobre los bienes gananciales que formen parte de la masa activa del concurso, como se desprende del artículo 51-3 LC.

D) Las demandas civiles y del orden social, una vez declarado el concurso, se tendrán que tramitar ante el Juez mercantil que conozca del mismo si su jurisdicción se extiende, conforme al artículo 8 LC, a las respectivas materias, como nos dice el artículo 50-1 LC. Por otro lado, si se ejercitan con posterioridad a la declaración de concurso acciones de naturaleza contencioso-administrativa, social o penal con trascendencia patrimonial para el deudor concursado, los Jueces o Tribunales respectivos deberán emplazar a la administración concursal a la que se tendrá, si compareciere, como parte en el procedimiento en defensa de los intereses de la masa activa del concurso, emplazamiento que deberá comprobar el Registrador de la Propiedad cuando califique los títulos inscribibles o anotables derivados de tales procedimientos.

E) Los juicios declarativos en los que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al declararse el concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 51 LC; aunque, según el artículo 8-3 LC, la ejecución de la sentencia competa, en todo caso, al Juez del concurso dentro del procedimiento en el cual, por lo demás, se le dará al crédito que resulte el tratamiento concursal que proceda, según su naturaleza.

F) En general, puede decirse que la capacidad procesal del concursado corre paralela a su capacidad de obrar cuando el procedimiento o acto procesal de que se trate tenga o pueda tener trascendencia patrimonial. En particular hay que estar a lo dispuesto en los artículos 51-2 y 3 y 54 LC para la posible anotación registral de las demandas en ellos reguladas. En efecto:

- a) En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la administración concursal, en el ámbito de sus respectivas competencias, sustituirá a aquél en los procedimientos judiciales en trámite, pero necesitará de la autorización del Juez del concurso para desistir, allanarse y transigir en litigios. Sin perjuicio de lo dicho, el deudor podrá mantener su intervención procesal garantizando que sus consecuencias económicas no repercutirán negativa-

mente sobre la masa del concurso. En caso de suspensión, la administración concursal está legitimada para el ejercicio de las acciones de índole no personal que correspondan al concursado, quien podrá ejercer las de índole personal, pero precisando la conformidad de los administradores concursales para interponer demandas o recursos, allanarse o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio.

- b) En caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para comparecer en juicio, pero necesitará de la autorización de la administración concursal para desistir, allanarse, total o parcialmente, o transigir, cuando tales actos procesales tengan trascendencia patrimonial para el concursado. En caso de intervención, el deudor necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio y, aunque conserve su capacidad procesal, si se negare a interponer una demanda que la administración concursal estime conveniente para los intereses del concurso, ésta podrá interponerla en nombre de aquél con autorización previa del Juez del concurso; subsidiariamente, si requeridos el deudor y la administración concursal para interponer tal demanda, no lo hicieren en el plazo de dos meses desde el requerimiento, la podrán interponer los acreedores que hayan instado su ejercicio, notificándolo a la administración concursal en los términos que resultan del artículo 54-4 LC. Todo lo cual deberá tener en cuenta el Registrador de la Propiedad cuando califique los mandamientos que acuerden practicar las respectivas anotaciones preventivas en el Registro de la Propiedad.
- c) Lo dicho sirve también para los procedimientos arbitrales en tramitación en el momento de declararse el concurso, los cuales continuarán hasta la firmeza del laudo.
- d) Las sentencias y laudos firmes dictados antes o después de la declaración del concurso vincularán al Juez de éste, el cual dará a los créditos resultantes de las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que proceda.

G) La declaración de concurso produce unos efectos de extraordinaria trascendencia sobre los créditos:

- a) La imposibilidad de que a partir del momento de la declaración de concurso puedan concurrir, si no lo han hecho antes, caso en el que producirían todos sus efectos, las condiciones de la compensación, es decir, carácter de vencidos, de líquidos, de exigibles y las demás que, según el artículo 1.196 del Código Civil, han de concurrir en los créditos para que sean compensables entre sí. En definitiva, una vez

declarado el concurso, la masa activa del deudor queda afecta a satisfacer la masa pasiva en su totalidad, sin que quepan soluciones, salvo las derivadas de los privilegios especiales, que vinculen un solo bien o derecho con una sola deuda o cualesquiera otras que no contemplen la afección de la totalidad del activo a la satisfacción del pasivo contemplado uno y otro como un todo; reparemos en el artículo 100-3 LC y pensemos que en realidad sobre lo bienes del deudor concursado, incluidos sus créditos, existe contienda promovida por terceras personas, que son los demás acreedores del concursado, con lo que el quinto requisito para la compensación, exigido por el artículo 1.196 del Código Civil, no se puede dar.

- b) La suspensión del devengo de intereses de las deudas del concursado, salvo las correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía y las salariales que devengarán el interés legal del dinero fijado en la Ley de Presupuestos para la respectiva anualidad. Y todo ello sin perjuicio de:
 - 1. Que si el concurso termina con la liquidación de la masa activa, los intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, tendrán la consideración de créditos subordinados, de modo que se pagarán al tipo convenido, sólo si resultare remanente y después del pago de la totalidad de los créditos concursales, como resulta de los artículos 59 y 92-3 LC.
 - 2. Que si el concurso llega a convenio que no implique quita, podrá pactarse en él el cobro, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiese resultado suspendido, calculados al tipo legal o al convencional si fuere menor.
- c) Desde la declaración del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración, plazo de prescripción cuyo cómputo se iniciará nuevamente en el caso de conclusión del concurso por las causas primera o cuarta del artículo 176 LC.

H. La declaración de concurso también produce sus efectos sobre los contratos celebrados por el concursado, efectos que vienen regulados en los artículos 61 a 70 LC y de los que interesa destacar aquí, por su trascendencia registral, los siguientes:

- a) La posibilidad de resolver los contratos pendientes a la fecha de la declaración del concurso por considerarse ello conveniente para el interés del concurso, resolución que se producirá, si hay acuerdo entre el concursado, la otra parte del contrato y la administración

concurzal, por auto dictado por el Juez del concurso recogiendo tal acuerdo y, en otro caso, es decir, si no hubiere acuerdo, por sentencia dictada en el incidente concurzal, siendo conveniente tomar anotación preventiva de la demanda incidental, que serán, uno u otra, los títulos que podrán dar lugar, en su caso, a la correspondiente cancelación en el Registro de la Propiedad, como se desprende del artículo 61-2 LC.

- b) Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración del concurso de cualquiera de las partes, como resulta del artículo 61-3 LC, pues, como resulta del párrafo segundo del mismo artículo, la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento y, en cualquier caso, la resolución y sus efectos se han de discutir y resolver dentro del procedimiento concurzal, como resulta del artículo 61-2 en beneficio del principio *par conditio creditorum* y, sobre todo, en beneficio del interés de la masa activa, todo ello salvo que la resolución del contrato por concurso de una de las partes sea una consecuencia expresamente prevista en alguna Ley, como nos dice el artículo 63 LC, cual sería, por ejemplo, el caso de concurso del agente urbanizador de la LRAU, que determinaría la resolución de la adjudicación del Programa para el Desarrollo de la Actuación Integrada.
- c) Si la declaración de concurso por sí sola y salvo que una Ley lo prevea no permite a las partes pactar la resolución o extinción anticipada del contrato con obligaciones pendientes al tiempo de declararse el concurso, la declaración del mismo no impide, en cambio, resolverlos por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes, salvo que el Juez, atendiendo el interés del concurso, acuerde el cumplimiento de las obligaciones incumplidas por el concursado con cargo a la masa. La acción resolutoria se ejercitará ante el Juez del concurso y el título que provocará, en su caso, la cancelación registral será el mandamiento que incorpore la sentencia de resolución recaída en el correspondiente incidente concurzal, como resulta del artículo 62 LC.
- d) Según se desprende del artículo 68 LC, la administración concurzal o el propio concursado podrán, antes de que finalice el plazo previsto en el artículo 21-1-5.º LC para presentar la comunicación de los créditos, rehabilitar aquéllos cuyo vencimiento anticipado por impago de cuotas se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso, pagando o consignando ante el Juez del concurso la totalidad de las cantidades vencidas hasta la fecha, asumiendo el pago de los futuros vencimientos con cargo a la masa y

notificando la rehabilitación al acreedor quien podrá oponerse, salvo que el bien hipotecado fuese la vivienda familiar, caso en el que el deudor, conforme al artículo 693-3-2 LEC, podrá, por una sola vez, aun sin el consentimiento del acreedor, librar el bien mediante la consignación de las cantidades debidas. El mandamiento judicial ordenando la cancelación de la nota extendida al margen de la hipoteca acreditando la expedición de la certificación de cargas para el correspondiente procedimiento de ejecución lo librará el Juez del concurso, que será el competente para resolver la rehabilitación.

- e) En términos análogos a los vistos en el artículo 68 LC para la rehabilitación de los créditos, la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del concursado, podrá rehabilitar los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con contraprestación o precio aplazado, cuya resolución se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración del concurso, como resulta del artículo 69 LC. En este caso, el incumplimiento del contrato que hubiere sido rehabilitado conferirá al acreedor el derecho a resolverlo sin posibilidad de ulterior rehabilitación a diferencia de lo que sucede con las rehabilitaciones reguladas en el artículo 68 LC, salvo la del crédito garantizado con hipoteca sobre la vivienda familiar, que, mientras no se oponga el acreedor, podrán reiterarse indefinidamente.
- f) También la administración concursal podrá enervar la acción de desahucio ejercitada contra el deudor antes de la declaración de concurso, así como rehabilitar la vigencia del contrato hasta el momento mismo de practicarse el efectivo lanzamiento en los términos que resultan del artículo 70 de la LC.

I. Hemos visto cómo afecta la declaración del concurso a la capacidad de obrar del concursado y a su capacidad procesal, provocando una serie de restricciones que no persiguen otra cosa que el interés del concurso, el logro del fin u objetivo del concurso que es la satisfacción ordenada del mayor número posible de los créditos contra el concursado manteniendo la integridad de la masa activa del concurso. No obstante ello, con tales restricciones no se garantiza suficientemente la tutela de la masa activa para lo que es necesario, además, dentro de la fase común del concurso en la que se determinan las masas activa y pasiva, poder intervenir concursalmente sobre actos del deudor con trascendencia patrimonial anteriores a la fecha de la declaración del concurso. Esta necesidad era resuelta por la legislación vigente hasta el 1 de septiembre de 2004, fundamentalmente, mediante el mecanismo de la nulidad de todos los actos de dominio y administración del entonces quebrado posteriores a la época a la que se retrotraigan los efectos de la quiebra, es decir, mediante el mecanismo de la retroacción de los efectos de la quiebra

combinado con otros medios recogidos en los artículos 879 a 882 del Código de Comercio. La nulidad absoluta de los actos comprendidos dentro del período de retroacción elevaba el interés de la quiebra al rango de máximo protegido en detrimento de otros intereses o incluso valores o principios del ordenamiento jurídico como la seguridad jurídica o derechos fundamentales como el de la tutela judicial efectiva. En particular, su colisión con el artículo 34 LH y con la seguridad del tráfico jurídico era indiscutible, lo que llevó a la doctrina y a la jurisprudencia, en particular la de la DGRyN, a limitar tal retroactividad para que no llegara a alcanzar la inatacabilidad del tercero protegido por la fe pública registral. La Ley 22/2003, LC, se hace eco plausiblemente de estas críticas y correlativamente cambia la orientación anterior en sus artículos 71 a 73, de los que resulta lo siguiente:

- a) En principio, los actos realizados por el deudor concursado en cualquier momento anterior a la declaración del concurso son válidos y eficaces y, por tanto, inscribibles en el Registro de la Propiedad, aún después de haberse anotado el auto de declaración del concurso.
- b) Para conseguir la ineficacia del acto por estimarlo perjudicial para la masa activa hay que obtener una sentencia dictada por el Juez del concurso, en el seno de un incidente concursal, dictada a consecuencia del ejercicio de una acción rescisoria o una de impugnación. Será recomendable tomar anotación preventiva de la demanda incidental de rescisión o impugnación al amparo del artículo 42-1 LH que, por razones de tracto, deberá dirigirse contra todos a quienes el Registro reconozca algún derecho en asientos posteriores al en que consta el acto o negocio objeto de la rescisión o impugnación, sobre todo, si tenemos en cuenta que, inscrito el bien concernido a favor de persona distinta del concursado, no se podrá haber anotado sobre él el auto de declaración del concurso.
- c) La legitimación para ejercer las acciones rescisorias o de impugnación corresponde a la administración concursal y subsidiariamente a los acreedores que hayan instado de ella su ejercicio una vez transcurridos dos meses desde el requerimiento. La demanda de rescisión o impugnación deberá dirigirse contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto o negocio impugnado y, si el bien que se pretende reintegrar a la masa hubiera sido transmitido a un tercero, la demanda también deberá dirigirse contra éste, como antes dije, para así poder desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente o atacar la irreivindicabilidad de que goce.
- d) La acción rescisoria se ha de fundamentar en el perjuicio a la masa activa del acto rescindible realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, aunque no hubiere existido intención fraudulenta y no alcanzará nunca a los actos ordinarios de

la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, es decir, los comprendidos en el objeto social o profesional del concursado, circunstancia que tendrá que valorar el Juez y en cuya apreciación no podrá entrar la calificación registral, ni a los comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos, compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.

- e) El ejercicio de la acción rescisoria se ve muy favorecido, no sólo por la innecesariedad de probar la intención fraudulenta del concursado, que se sustituye por el dato objetivo de la celebración del acto o negocio que se pretende rescindir dentro de los dos años anteriores a la fecha del auto de declaración del concurso, sino que se facilita también mediante una serie de presunciones, unas *iuris tantum* y otras *iuris et de iure* de perjuicio patrimonial para la masa activa del concurso, y así:
 - 1. El perjuicio patrimonial se presume *iuris et de iure* respecto de los actos de disposición a título gratuito que no constituyan liberalidades de uso y respecto de los actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración del concurso.
 - 2. El perjuicio patrimonial se presume *iuris tantum* de modo que el concursado deberá probar su inexistencia, en los actos de disposición realizados a favor de alguna persona especialmente relacionada con el concursado de las que menciona el artículo 93 LC y en la constitución de garantías reales para asegurar obligaciones preexistentes o las nuevas que constituya en sustitución de aquéllas.
- f) Las acciones rescisorias y demás de impugnación se tramitarán por el cauce del incidente concursal de los artículos 192 a 196 LC.
- g) La sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la recíproca restitución de los bienes con sus frutos o intereses que hubieran sido objeto del negocio rescindido. Para coordinar la eficacia de estas acciones de reintegración con la debida seguridad del tráfico jurídico, cuyo máximo exponente es el artículo 34 LH, el artículo 73-2 LC excepciona de la reintegración *in natura* al tercero no demandado conforme al artículo 72-2 LC o que habiendo sido demandado, la sentencia que recayere declarar que procedió de buena fe o que gozaba de irreivindicabilidad o de protección registral, caso en el que se condenará a quien hubiere sido parte en el acto o negocio rescindido, como antes dije, a entregar el valor que las cosas tuvieran cuando salieron del patrimonio del deu-

dor, es decir, no restitución *in natura*, sino en especie, más el interés legal de tal valor y, si la sentencia hubiere apreciado mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios a la masa activa. El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión, tendrá la consideración de crédito contra la masa, que deberá satisfacerse con cargo a ésta al tiempo que se reintegren a ella los bienes objeto del negocio rescindido, cualquiera que sea la situación en que esté el concurso, o tendrán la consideración de crédito subordinado si la sentencia apreciase mala fe en el acreedor.

En la fase común del concurso se determinan las masas activa y pasiva del concurso y dentro de esta última se clasifican los créditos. Conforman, fundamentalmente, las secciones tercera y cuarta del procedimiento concursal, últimas de la fase común del mismo y en ellas tienen o pueden tener lugar determinaciones de trascendencia registral, además de las ya vistas acciones de reintegración, como las siguientes:

A) La posibilidad que se le atribuye al cónyuge del concursado de pedir la disolución de la sociedad de gananciales, caso en el que el Juez del concurso acordará la liquidación del patrimonio ganancial en pieza separada y de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación. Esta previsión, contenida en el segundo inciso del apartado segundo del artículo 77 LC coincide con el artículo 1.393-1 del Código Civil y guarda armonía con lo previsto en el artículo 1.373 del mismo cuerpo legal. Se establecen unas reglas de adquisición preferente a favor del cónyuge del concursado mediante abono de los precios respectivos a la masa en el artículo 78-3 LC, artículo que incluye presunciones en relación con donaciones conyugales y respecto del pacto de sobrevivencia en beneficio de la masa.

B) Los artículos 80 y siguientes de la LC se refieren al derecho de separación de bienes que, siendo de propiedad ajena, se encuentren sin título que lo legitime en poder del deudor concursado, derecho que obliga a la entrega de tales bienes por parte de los administradores concursales a sus legítimos titulares, si lo solicitan, salvo que hubieren sido enajenados por el deudor antes de la anotación de la declaración del concurso, no sólo de la declaración, a un tercero que devenga irreivindicable, en cuyo caso el legítimo titular percibirá del adquirente del bien la contraprestación aún no satisfecha al concursado transmitente o si ya la ha satisfecho toda o la parte ya satisfecha la percibirá de la masa. El derecho a percibir tales cantidades tendrá la consideración de crédito de la naturaleza que le corresponda y por la cuantía del valor del bien en el momento de la enajenación o en otro posterior a elección del titular legítimo, más su interés legal. En relación con

el derecho de separación no acaba de entenderse muy bien porque el legítimo titular del bien no poseedor del mismo tiene que solicitar de la administración concursal la entrega posesoria, pues lo más lógico sería que si la administración concursal conoce al legítimo titular del bien que el concursado posee sin título suficiente, se lo entregue en la fase de formación de la masa activa, máxime si el verdadero titular es el titular registral amparado, como está, por el principio de legitimación registral formulado fundamentalmente en el artículo 38 LH.

C) Según el artículo 82 LC, la administración concursal elaborará a la mayor brevedad posible un inventario de la masa activa, expresando de cada uno de los bienes y derechos relacionados su naturaleza, características, lugar en que se encuentre y, en su caso, datos de identificación registral, así como los gravámenes, trabas y cargas que afecten a esos bienes y derechos con expresión de su naturaleza y sus datos de identificación.

D) La formación de la masa activa implica también la clasificación de los créditos, créditos que pueden ser contra la masa o concursales, en ninguno de los dos grupos se integran los créditos contra el cónyuge casado en régimen de gananciales con el concursado, aunque de tales deudas y de las de su consorte concursado deban responder los bienes gananciales y los derechos sobre los mismos del concursado sí que se integren en la masa activa. Veamos:

- a) Los créditos contra la masa son los enumerados en el artículo 84-2 LC, entre los que están los honorarios registrales en cuanto costas derivadas de la adopción de medidas cautelares. Según el artículo 154 LC, antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios, siempre que no estén afectos al pago de crédito con privilegio especial, para satisfacer los créditos contra la masa. Los créditos contra la masa, prosigue el párrafo segundo del mismo artículo 154 LC, cualquiera que sea su naturaleza habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos y, en caso de ser insuficientes los bienes deducidos de la masa, se satisfarán por el orden de su vencimiento, con lo que resultarán perjudicados los más recientes en el tiempo.
- b) Los créditos concursales que tengan privilegio especial deberán ser comunicados a la administración concursal, como los demás, en el plazo señalado en el artículo 21-1.º-5 LC con indicación, entre otros datos, de los bienes o derechos a los que afecte el privilegio y, en su caso, sus datos registrales. Los créditos asegurados con garantía real inscrita en Registro público deberán ser incluidos necesariamente en la lista de acreedores por la administración concursal, la cual, no obstante, podrá impugnar en juicio ordinario y dentro del plazo para emitir su informe (dos meses desde la fecha de la aceptación del cargo por dos de los administradores, según el art. 74-1 LC), la exis-

tencia y validez de los créditos asegurados con garantía real, entre otros, impugnación de la que será conveniente tomar anotación preventiva en el Registro de la Propiedad para evitar la aparición del cesionario del crédito con garantía real protegido por la fe pública registral, como resulta del artículo 86-2 LC.

- c) Cuando el concursado fuere persona casada en régimen de gananciales, la administración concursal expresará, según el artículo 86-3 LC, respecto de cada uno de los créditos incluidos en la lista, si sólo pueden hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo o también sobre el patrimonio ganancial, conforme a los artículos 1.362 y siguientes del Código Civil, y siempre que el cónyuge del concursado no hubiere optado por liquidar la sociedad de gananciales, conforme al artículo 77-2 LC.
- d) Los créditos concursales pueden ser, como resulta del artículo 89 LC, privilegiados (con privilegio especial, si afectan a determinados bienes o derechos y con privilegio general, si afectan a la totalidad del patrimonio del deudor), ordinarios y subordinados:

1. El artículo 90 LC enumera los créditos con privilegio especial que son los asegurados con garantía real que sujeta un bien determinado a su satisfacción, garantía que deberá ser constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, como resulta del artículo 90 LC, que sólo excluye de tal exigencia los créditos garantizados con hipoteca legal tácita y los refaccionarios de los trabajadores.

No es el momento de extendernos sobre ello, pero frente a la claridad de los artículos 1.875 del Código Civil y 145 LH, en cuanto al carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca, del artículo 90-2 LC no resulta con claridad que la inscripción registral de la hipoteca sea uno de sus requisitos constitutivos, sino más bien parece ser configurado como un requisito de mera oponibilidad, aunque, teniendo en cuenta que en los números 1 a 5 del apartado primero del artículo 90 LC se recogen otras garantías reales, además de la hipoteca, lo sistemático y, por ello, correcto será entender que la inscripción como requisito de oponibilidad se refiere a otras de las garantías recogidas en el artículo referido, como la prenda, la anticresis o la inscripción de la condición resolutoria en garantía del precio aplazado.

El pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos y si un bien garantizara con garantía real más de un crédito el pago se hará conforme a la fecha de su inscripción en el Registro de la Propiedad. La realización

se hará en subasta salvo que el Juez autorice la venta directa a quien ofrezca un precio superior al mínimo que se hubiere pactado y lo hubiere pagado al contado, extremos estos que no tendrá que calificar el Registrador cuando se le presente a inscripción la escritura que contenga la enajenación directa del bien y que resultan todos ellos del fundamental artículo 155 LC.

2. Los créditos con privilegio general se recogen en el artículo 91 LC y, según el artículo 156 LC, se pagan con la realización de los bienes que queden tras deducir de la masa activa los bienes y derechos necesarios para pagar los créditos contra la masa y los afectos a créditos con privilegio especial, por el orden en que son enumerados en el artículo 91 LC y, en su caso, a prorrata dentro de cada número.
 3. Los créditos subordinados se enumeran en el artículo 92 LC y, entre ellos están los créditos por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía. Los créditos subordinados se satisfarán una vez que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios por el orden que establece el artículo 92 LC y, en su caso, a prorrata dentro de cada número.
 4. Los créditos ordinarios que son los que no se encuentran calificados en la Ley, ni como privilegiados, ni como subordinados, como resulta del artículo 89-3 LC y dentro de los que se considerarán incluidos los excedentes de los créditos con privilegio especial no cubiertos con la realización de los bienes que los garantizaban. Unos y otros se satisfarán a prorrata, como resulta del artículo 157 LC.
 5. Todo lo dicho sobre el pago de los diferentes tipos de crédito se entiende sin perjuicio de lo que en su caso se hubiera establecido en el convenio al que se hubiera llegado, pues los créditos de todos los acreedores que hubieren votado a favor del mismo o cuyo voto hubiera podido ser computado para aprobar el convenio, sufrirán la novación de sus créditos respectivos en los términos que resulten del convenio conforme al artículo 136 LC.
- e) Según resulta del artículo 94 LC, al informe de la administración concursal regulado en los artículos 74 y 75 LC, se acompañará la lista de acreedores, referida a la fecha de la solicitud del concurso, que comprenderá una relación de los incluidos y otra de los excluidos, ambas ordenadas alfabéticamente. La relación de acreedores incluidos expresará, entre otras circunstancias, las garantías reales de los

créditos de que sean titulares, con los datos registrales respectivos, en su caso. Cuando el acreedor incluido en la lista esté casado en régimen de gananciales se relacionarán separadamente los créditos que sólo puedan hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo y los que puedan hacerse efectivos también sobre el patrimonio común.

- f) Tras las impugnaciones, en su caso, del inventario y de la lista de acreedores y las correlativas modificaciones que por ser procedentes fueren introducidas por la administración concursal en el inventario, en la lista de acreedores y en la exposición motivada de su informe, presentará ésta al Juez del concurso los textos definitivos correspondientes que quedarán de manifiesto en la Secretaría del Juzgado, como resulta del artículo 96 LC.

Conviene destacar una consecuencia muy radical recogida en el artículo 97-2 LC y referida al acreedor calificado en la lista de acreedores como especialmente relacionado con el deudor, es decir, como uno de los enumerados en el artículo 93 LC, que no hubiere impugnado en tiempo y forma esa calificación, respecto del cual el Juez dictará un auto declarando extinguidas las garantías de cualquier clase constituidas por el concursado a favor de los créditos de los que aquél fuera titular contra éste, ordenando la cancelación correlativa de los asientos de los registros correspondientes y pasando, de esta manera, el crédito a tener la categoría de crédito subordinado, salvo que las garantías hubieran sido constituidas por el concursado persona natural a favor de los créditos por salarios calificados como con privilegio general en el artículo 91-1 LC. Sí que guarda armonía lo previsto en el artículo 97-2, que acabamos de ver, con el tratamiento que el artículo 71-3-1.º LC da a las acciones rescisorias de actos dispositivos realizados a título oneroso por el concursado a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con él, pues si en este caso permite al adquirente, cualquiera de las personas relacionadas en el artículo 93 LC, probar que no se produjo el perjuicio patrimonial, evitando, así, la rescisión de su adquisición, en el artículo 97-2 LC permite al acreedor calificado como persona especialmente relacionada con el concursado impugnar tal calificación en los términos del artículo 96 LC, impugnación que si prospera permitirá que su crédito siga gozando de la correspondiente garantía.

VII. EL CONVENIO

Según resulta de los artículos 98 y 111 LC, cuando el concursado no hubiere solicitado la liquidación, lo que podrá hacer en los casos y términos previstos en el artículo 142 LC, y no haya sido aprobada ni mantenida una

propuesta anticipada de convenio en los términos que resultan de los artículos 104 a 110 LC, el Juez, dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, conforme al artículo 96 LC, una vez puestos de manifiesto en la Secretaría del Juzgado los textos definitivos de aquellos documentos, el Juez dictará auto poniendo fin a la fase común del concurso, abriendo la fase de convenio y ordenando la formación de la sección quinta.

El convenio es una de las soluciones previstas en la LC para el concurso, podemos sostener, como antes decía, que es, como dice la Exposición de Motivos de la LC, «la solución normal del concurso, que la Ley fomenta con una serie de medidas orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud», sin llegar a ser absoluta, ya que deberá respetar el contenido mínimo y las limitaciones y condiciones impuestas en el artículo 100 LC.

Entre las medidas, como dice la Exposición de Motivos de la LC, tendentes a facilitar la solución convencional del concurso destaca la admisión de la propuesta anticipada de convenio que el deudor puede presentar con la propia solicitud de concurso voluntario o, incluso, cuando se trata de un concurso necesario, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, siempre que vaya acompañada de adhesiones de acreedores en el porcentaje que la Ley establece, como resulta de los artículos 99 a 109 LC. Como señala en concreto el artículo 109-2 LC, la sentencia judicial que apruebe la propuesta anticipada de convenio pondrá fin a la fase común del concurso y, sin apertura de la fase de convenio, declarará, con la consiguiente «notoria economía de tiempo y de gastos respecto de los actuales procedimientos concursales», declarará, digo, aprobado el convenio con los efectos que, para la aprobación del convenio en la sección quinta del concurso, se establecen en los artículos 133 a 136 LC.

La aprobación del convenio no produce, como dice la Exposición de Motivos de la LC, la conclusión del concurso, que sólo se alcanza, en su caso, con el cumplimiento de aquél; hasta que el convenio se apruebe seguirán aplicándose las normas establecidas para la fase común del concurso contenidas en el Título III de la LC y, una vez aprobado el convenio, salvo que en caso de oposición, el Juez decrete la suspensión de su eficacia o su eficacia provisional, conforme a los artículos 112, 129-4, 132 y 197-5 LC, una vez, digo, se dicte la sentencia de aprobación, el convenio producirá, con las salvedades vistas, sus efectos, básicamente consistentes, como resulta del artículo 133-2 LC, en el cese de todos los efectos de la declaración de concurso, que quedarán sustituidos por los que se establezcan en el propio convenio y el cese, correlativo, de los administradores concursales, sin perjuicio de

las funciones que el convenio pudiera encomendar a todos o a algunos de ellos hasta su íntegro cumplimiento y de su intervención, en su caso, en la pieza de calificación del concurso. Todo ello no implica que durante la fase de convenio el deudor pueda eludir el cumplimiento de los deberes generales de colaboración e información que le impone el artículo 42 LC, que continuarán subsistentes hasta la conclusión del concurso.

Desde el punto de vista subjetivo, el convenio vincula al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados respecto de los créditos que fueran anteriores a la declaración de concurso, aunque no hubiesen sido reconocidos y, en cuanto a los acreedores privilegiados, éstos sólo quedan vinculados a él si hubieren votado a su favor o se hubieren adherido a él antes de la fecha en que el Juez declare cumplido el convenio, como resulta del artículo 134 LC. Los acreedores ordinarios y subordinados que no hubieren votado a favor del convenio no verán modificados sus créditos por él frente a los obligados solidarios, los fiadores o los avalistas del deudor concursado, como resulta del artículo 135 LC.

Desde el punto de vista objetivo o de contenido del convenio, éste es básicamente un plan de pagos, parte esencial del cual es, en su caso, la quita y espera de los créditos con los límites del artículo 100-1 LC, al que habrá que añadir un plan de viabilidad profesional o empresarial si, para atender el cumplimiento del convenio, se previera contar con los recursos generados por la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado, como resulta del artículo 100 LC. El convenio se plantea en la LC como algo muy flexible con el objetivo de adaptarse bien a cualesquiera circunstancias, prueba de ello son sus posibles contenidos *ad exemplum* recogidos en el mismo artículo 100 o en los artículos 101 y 102 de la LC. Todo este contenido posible del convenio produce un efecto novatorio sobre los créditos de los acreedores privilegiados que hubieren votado a favor del convenio y sobre los de los acreedores ordinarios y subordinados que, como nos dice el artículo 136 LC, quedarán extinguidos en la parte que alcance la quita y aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio. Del convenio sólo quedan excluidos la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago y para pago de sus créditos, cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para la satisfacción de sus deudas, por ser actividades propias de la sección de liquidación y no de la de convenio, la alteración de la clasificación de los créditos establecida por la Ley o de su cuantía fijada en el procedimiento concursal, sin perjuicio de las quitas que se hubieren convenido, como resulta del artículo 100-3 LC. Por otro lado, la propuesta que someta la eficacia del convenio a cualquier clase de condición se tendrá por no puesta, como establece, con toda lógica, el párrafo primero del artículo 101 LC.

La sentencia que apruebe el convenio (arts. 109 y 133 LC) y, en su caso, las medidas cautelares que se adopten por el Juez al amparo del artículo 129-4 LC, accederán al Registro de la Propiedad en forma de anotación preventiva o de inscripción en función de su contenido y así, las que afecten a las facultades de administración o disposición del concursado, limitándolas o redefiniéndolas, serán objeto de anotación, como las que atribuyan a los administradores concursales facultades para enajenar o gravar bienes del deudor, pues unas y otras son medidas de duración temporal; en cambio, las que impliquen enajenación o gravamen de bienes serán objeto de inscripción, dado su carácter definitivo.

Como acabamos de ver, hasta la aprobación del convenio, las facultades del deudor concursado siguen restringidas en los términos previstos en el ya estudiado artículo 40 LC; pero el convenio aprobado puede restablecer por completo la plena capacidad de obrar del concursado o establecer medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de sus facultades de administración y disposición, como resulta del artículo 137 LC, medidas que, según el párrafo segundo del mismo artículo, serán inscribibles en los Registros públicos correspondientes y, en particular, en aquéllos en los que resulten inscritos los bienes o derechos afectados por ellas. Ahora bien, la inscripción registral de tales restricciones no impedirá el acceso al Registro de la Propiedad de los actos efectuados en contravención de aquéllas, como prosigue diciendo el artículo 137 LC, pero perjudicará a cualquier titular registral la acción de reintegración a la masa que, en su caso, se ejercite, pues el Registro de la Propiedad Pública, frente a todos, la limitación de la capacidad del concursado con los efectos legalmente previstos que enervan la protección registral respecto de cualquier adquirente. Y es que, en principio, la realización por el deudor de un acto que implique el ejercicio de facultades de administración o disposición que le han sido limitadas en el convenio, no implica necesariamente que tal acto o contrato sea nulo o ineficaz, sino sólo que es un acto rescindible mediante el ejercicio de la correspondiente acción de reintegración fundada en el perjuicio o en la imposibilidad de cumplimiento del convenio a causa, precisamente, del acto cuya rescisión se pretende; de modo que el fundamento de la acción de reintegración reside en el perjuicio a los intereses de los acreedores tal y como vienen definidos en el convenio:

A) La legitimación corresponde a los acreedores vinculados por el convenio y a los administradores concursales, en los casos de párrafo segundo del apartado segundo del artículo 133 LC.

B) Y se tramitarán tales acciones por el cauce procesal del incidente concursal, como resulta del artículo 72-3 LC.

La infracción que representa el acto o negocio celebrado por el deudor concursado contraviniendo las limitaciones que el convenio imponga a su

capacidad de obrar constituyen, además, incumplimiento del convenio que cualquier acreedor podrá solicitar que se declare en la parte que estime que le afecta:

- A) La acción se tramitará por el cauce del incidente concursal y
- B) concluirá con una sentencia en la que:
 - a) O bien se confirmará el acto y se declarará que su realización no supuso incumplimiento del convenio,
 - b) o bien una sentencia en la que se declarará que el convenio se incumplió, lo que dará lugar a la rescisión de éste y la desaparición de los efectos novatorios sobre los créditos, retrotrayéndose el procedimiento concursal a la fase común del mismo.

Los efectos del acto realizado por el deudor concursado contraviniendo las limitaciones que en el convenio se impusieron a su capacidad de obrar y, por lo mismo, los asientos registrales que las reflejen, durarán hasta que se dicte, en los términos previstos en los artículos 139 y 141 LC, el auto judicial de cumplimiento del convenio, que se inscribirá en el Registro de la Propiedad y dará lugar a las oportunas cancelaciones de los asientos registrales que todavía publiquen limitaciones en la capacidad de obrar del concursado, no en vano el auto firme que declara cumplido el convenio da lugar, conforme al artículo 176-1-2.º LC, a la conclusión del concurso y al archivo de las actuaciones referentes al mismo.

VIII. LA LIQUIDACIÓN

La alternativa al convenio es la liquidación que puede pedir el propio concursado con la solicitud del concurso voluntario y en los demás casos que señala el artículo 142-1 y 2 LC o que deberá pedir el concursado cuando, como dice el artículo 142-3 LC, durante la vigencia del convenio conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación del convenio. Si el deudor no solicitare la liquidación durante la vigencia del convenio, podrá hacerlo cualquier acreedor que acredite, conforme al artículo 2-4 LC, la insolvencia patrimonial del deudor, como resulta del artículo 142-4 LC y, en fin, podrá abrir el Juez la fase de liquidación de oficio en los casos enumerados en el artículo 143 LC. Como dice la Exposición de Motivos de la LC, la unidad y flexibilidad del procedimiento permiten, en los casos de solicitud de la liquidación por los acreedores o de declaración de la misma de oficio por el Juez, pasar de forma rápida y simple del convenio a la liquidación sin necesidad, como sucedía en la legislación anterior, de solicitar la declaración de quiebra cuando no se

alcanzaba o se incumplía un convenio dentro de un expediente de suspensión de pagos.

La resolución judicial que, en cualquiera de los casos citados abre la liquidación, es el auto dictado por el Juez de lo Mercantil que conoce del concurso al que se dará, como exige el artículo 144 LC, la publicidad extraregistrarial prevista en el artículo 23 LC y la publicidad registrarial prevista en el artículo 24 LC a la que será aplicable lo antes dicho sobre el auto que declaró el concurso, es decir, básicamente será objeto de anotación preventiva y de toma de razón por extracto en el Libro de Incapacitados.

El objetivo de la fase de liquidación no es otro que la realización de los bienes de la masa activa del concurso para con el dinero obtenido pagar todas las deudas del concursado que integran la masa pasiva del concurso, por ello, porque se van a pagar los créditos, el artículo 146 LC nos dice que la apertura de la liquidación producirá, además de los efectos establecidos en el capítulo II del Título III de la LC (arts. 49 a 60, es decir, los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores, previsión sólo lógica si ha mediado antes de la liquidación un convenio con los efectos previstos en los artículos 132-2 y 136 LC que ha sido dejado sin efecto), el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y la conversión en créditos dinerarios, más que en dinero, como acertadamente pone de manifiesto el profesor BLASCO GASCÓ, de los créditos que consistan en otras prestaciones.

Como nos dice la Exposición de Motivos de la LC, no obstante la mayor imperatividad de las normas que regulan esta fase, la Ley las dota también de la conveniente flexibilidad, como se refleja en el Plan de Liquidación, que habrá de preparar la administración concursal y sobre el que podrán formular observaciones o propuestas el deudor y los acreedores concursales antes de su aprobación por el Juez; sólo si ésta no se produce y, en su caso, en lo que no prevea el plan aprobado, se aplicarán supletoriamente las reglas legales sobre realización de bienes y derechos de la masa activa del concurso, procurando, en todo caso, dar preferencia a las soluciones liquidatorias que garanticen la continuidad de la empresa.

La fase de liquidación se rige por las normas contenidas en el capítulo segundo del Título V de la LC (arts. 142 a 162) y, en lo no previsto en ellas, por las establecidas en el Título III, como resulta del artículo 147 LC, en particular, por lo que a la situación durante la fase de liquidación respecto a la capacidad de obrar del concursado se refiere, será la de suspensión del ejercicio de sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio con todos los efectos establecidos en el Título III de la LC, como nos dice el apartado 1 del artículo 145 LC, por lo que el párrafo segundo del mismo apartado y artículo nos dice que, cuando en virtud de la eficacia del convenio hubieren cesado los administradores concursales, el Juez los repondrá en el ejercicio de su cargo o nombrará a otros, una vez acordada la apertura de la

liquidación, añadiendo, además, dos efectos particulares para el caso de que se trate de personas naturales o de personas jurídicas:

A) Pues si el concursado fuere persona natural, la apertura de la liquidación producirá la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa.

B) Y si el concursado fuere persona jurídica, el auto que abra la liquidación disolverá la sociedad y sustituirá a los administradores o liquidadores, si la sociedad ya estuviere disuelta, por los administradores concursales que procederán a la liquidación de la masa activa del concurso.

La liquidación de la masa activa se hace, como antes dijimos, con arreglo a un plan de liquidación presentado por la administración concursal, al que el deudor y los acreedores podrán formular observaciones o propuestas de modificación y que deberá ser aprobado por auto del Juez del concurso, quien pese al plan, podrá acordar la liquidación, en todo o en parte, conforme a las reglas supletorias previstas en los artículos 149 y siguientes de la LC. En todo caso, debe procurarse la enajenación unitaria de las unidades productivas al objeto de mantener la actividad profesional o empresarial.

En el caso de liquidación conforme al plan, caben enajenaciones directas por medio de negocios traslativos u otros que permitan obtener metálico, que serán inscritos en el Registro de la Propiedad mediante el título adecuado, según el artículo 3 LH, que los formalice, normalmente la escritura pública, título al que deberá incorporarse la parte del plan que prevea el negocio y el auto judicial de la aprobación del plan.

En el caso de liquidación conforme a las reglas supletorias, el artículo 149-1-3.º LC nos dice que los bienes y derechos del concursado se enajenarán siempre dentro del procedimiento concursal, según su naturaleza, conforme a las disposiciones establecidas en la LEC para el procedimiento de apremio en los artículos 634 y siguientes, cabrá pues el convenio de realización judicialmente aprobado, la realización por persona o entidad especializada, en los términos previstos en los artículos 641 y 642 de la LEC y cabrá, en fin, la subasta. Todo ello, sin perjuicio de la posible venta directa, autorizada por el Juez del concurso, de bienes afectos a crédito con privilegio especial al oferente de un precio superior al mínimo pactado para su enajenación, que no puede ser otro que el de tasación para subasta, y que pague al contado, según el artículo 155-4 LC.

Además de la regla contenida en el artículo 155-3 LC, anteriormente examinada, como la contenida en el artículo 151 LC, el artículo 150 LC contempla la enajenación de los bienes litigiosos, quedando el adquirente a las resultas del litigio; la administración concursal comunicará la enajenación al Juzgado o Tribunal ante el que se siga el litigio y tal comunicación producirá, de pleno derecho, la sucesión procesal sin que pueda oponerse la contraparte y aunque el adquirente no se persone.

Finalmente, cabe decir que la previsión del legislador sobre la duración de la fase de liquidación es de un año desde la fecha del auto judicial de su apertura con la consecuencia de separar a los administradores concursales si indebidamente se prolonga el plazo más allá del citado término, como prevé el artículo 153 LC.

IX. LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO

Como dice la Exposición de Motivos de la LC, una de las materias en las que la reforma ha sido más profunda es la de la calificación del concurso de la que se ocupa el Título VIII, comprensivo de los artículos 163 a 175 LC. Para proceder a calificar el concurso es necesario formar la sección sexta del procedimiento concursal que procederá, como se desprende del artículo 163 LC, en supuestos muy concretos, es decir, cuando proceda la apertura de la fase de liquidación o cuando se apruebe un convenio que resulte especialmente gravoso para los acreedores porque contenga una quita superior a la tercera parte del importe de los créditos o porque la duración de la espera sea superior a tres años.

Formada la sección sexta del procedimiento concursal por concurrir los presupuestos examinados, el concurso se calificará, como resulta del artículo 163-2 LC, como fortuito o como culpable, calificación que no vinculará a los Jueces o Tribunales del orden jurisdiccional penal.

La LC formula en el párrafo primero de su artículo 164 el criterio general para calificar un concurso como culpable, que no es otro que la concurrencia del deudor, sus representantes o sus administradores, con dolo o culpa grave, para generar o agravar el estado de insolvencia patrimonial. La regla general se completa:

A) Con la formulación de una serie de supuestos, en el artículo 164-2 LC, que provocan el que, concurriendo y por su intrínseca naturaleza, se califique en todo caso el concurso como culpable

B) y con la enumeración, en el artículo 165 LC, de otra serie de supuestos que, salvo prueba en contrario, permiten presumir el dolo o la culpa por constituir, como dice la Exposición de Motivos de la LC, incumplimiento de determinadas obligaciones legales relativas al concursado.

Si el informe de la administración concursal y el dictamen que, en su caso, hubiese emitido el Ministerio Fiscal coincidieren en calificar el concurso como fortuito, el Juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto contra el que no cabrá recurso alguno, como nos dice el artículo 170-1 LC.

En otro caso, la calificación como culpable se decidirá tras un contradictorio sustanciado por los trámites del incidente concursal, en el que serán parte el Ministerio Fiscal, la administración concursal, el deudor y todas las personas a quienes pudiera afectar la calificación, como se desprende de los párrafos segundo y tercero del artículo 170, del artículo 171 y de la Exposición de Motivos de la LC. La sentencia, a la que se refiere el artículo 172 LC declarará el concurso como fortuito o como culpable, expresando, en este último caso, la causa o causas determinantes de tal calificación, las personas afectadas, las que se pueden considerar cómplices conforme al artículo 166 LC y los efectos de la calificación del concurso como culpable que serán, fundamentalmente:

A) La inhabilitación de las personas afectadas para administrar los bienes ajenos durante un período de tiempo de dos a quince años, así como para administrar o representar a cualquier persona durante el mismo tiempo, considerando en todo caso la gravedad de los hechos y la entidad del perjuicio. Este efecto de la calificación del concurso como culpable debería tener acceso al Registro de la Propiedad si afectase a personas que en él figurasen como tutores, curadores, administradores concursales, etc... y, por ello, debería asegurarse la adecuada conexión entre el Registro de Resoluciones Concur-sales, previsto en el artículo 198 LC y necesitado de desarrollo reglamentario, en el que se prevé la inscripción de estas resoluciones y el Registro de la Propiedad.

B) Otro efecto es la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación como culpable o declaradas cómplices de ellas tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieren obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados. Este efecto de la sentencia recaída en el incidente de calificación también tiene trascendencia registral pues puede implicar una mutación jurídico real inmobiliaria, a cuyo efecto y para asegurar su ejecución, la administración concursal debería pedir anotación preventiva de la demanda incidental a la que se refiere el artículo 194 LC, si el informe de la Administración concursal o el dictamen del Ministerio Fiscal calificaren el concurso como culpable; si no se hubiere procedido así, la administración concursal debería pedir la anotación de la demanda de ejecución de la sentencia recaída en el incidente concursal, que será apelable, para evitar que pudiera aparecer un tercero protegido por la fe pública registral.

C) Y, en fin, si la sección de calificación es consecuencia de la apertura de la liquidación y el concurso se califica de culpable, la sentencia podrá condenar a los administradores o liquidadores de la persona jurídica y a quienes hubieran tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso a pagar a los acreedores concursales,

total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa, lo que puede dar lugar a embargos anotables en el Registro de la Propiedad o incluso a declaraciones de concurso de los condenados.

X. CONCLUSIÓN Y REAPERTURA DEL CONCURSO

Por último, procede tratar de la conclusión y reapertura del concurso. La LC regula novedosa y detalladamente las causas de conclusión del concurso, cuya naturaleza puede ser muy diversa, como se puede ver en el artículo 176 LC, pues el concurso puede concluir porque la apertura no se ajuste a Derecho, o bien por que el procedimiento alcanzó su finalidad o bien, al contrario, por su frustración al no existir bienes o derechos con los que satisfacer a los acreedores, o bien por el ejercicio del derecho de disposición de las partes sobre el procedimiento, en concreto por la renuncia, desistimiento o transacción de los acreedores o entre éstos y el deudor producidos tras la fase común del concurso y aceptados u homologados por el Juez del concurso, previo informe de la administración concursal. Antes de la declaración de conclusión del concurso podrá formularse oposición que se tramitará por los cauces del incidente concursal; una vez tramitada la oposición, en su caso, el Juez dictará auto ordenando, en su caso, la conclusión del concurso, auto contra el que no cabrá, como resulta del artículo 177-1 LC, recurso alguno. El auto de conclusión se notificará personalmente o por edictos a los interesados y será objeto de publicidad registral por medio del asiento que se corresponda con la naturaleza de sus efectos que se pretenda garantizar:

A) La cesación de las limitaciones de las facultades de administración y disposición del concursado que aún quedaren vigentes, a salvo las que resulten de la pieza de calificación, a las que antes nos hemos referido, serán objeto de cancelación por medio de anotación preventiva que se practicará en virtud de mandamiento librado por el Juez del concurso en el que se inserte el auto de conclusión haciendo constar que es firme. Las cancelaciones correspondientes se extenderán en los libros de inscripciones donde estén anotadas las limitaciones de la capacidad de obrar del concursado y en el Libro de Incapacitados.

B) Si se declara la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos en el patrimonio del concursado, el mandamiento cancelatorio que testimonie parcialmente el auto de conclusión lo hará constar así y se practicarán las cancelaciones de los asientos concursales en los libros de inscripciones y, también, en el Libro de Incapacitados, pues, pese a que en tal caso, como nos dice el artículo 178-2 LC, el concursado quede responsable del pago de los créditos restantes y los acreedores, consecuentemente, puedan

iniciar o proseguir ejecuciones singulares o aisladas, ello no produce los efectos de la declaración de concurso, que tendrá que ser, en su caso, nuevamente declarado por el Juez quien, si lo hiciere dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del anterior concurso, lo considerará reapertura de éste y, en otro caso, nuevo concurso, acordando la incorporación al proceso de todo lo actuado en el anterior y ordenando la publicidad prevista en los artículos 23 y 24 LC, es decir, la publicidad extrarregistral y registral que correspondería a una declaración concursal *ex novo*. De lo dicho en los artículos 178-2 LC, que acabamos de ver, 179 LC sobre publicidad registral de la reapertura y 180 LC sobre actualización del inventario y de la lista de acreedores en caso de reapertura del concurso, se puede desprender que no debe mantenerse, cuando el concurso termina por falta de bienes, la toma de razón en el Libro de Incapacitados hasta que transcurran cinco años desde la firmeza del auto de conclusión del concurso.

C) Si el concurso concluye por inexistencia de bienes y derechos del deudor persona jurídica, el auto de conclusión acordará la extinción de la persona jurídica y el correlativo cierre de su hoja en el Registro Mercantil, lo que se hará remitiendo al Registrador Mercantil el oportuno mandamiento que contenga el testimonio parcial del auto firme de conclusión, como resulta del artículo 178-2 LC.

Lo que la LC deja claramente establecido es que la muerte o declaración de fallecimiento del concursado no es, como resulta del artículo 182 LC, causa de conclusión del concurso, que continuará tramitándose como concurso de la herencia, la cual permanecerá durante ese tiempo indivisa, correspondiendo la administración y disposición del caudal relicto a la administración concursal y la representación de la herencia a quien la ostente conforme a derecho y, en su caso, a quien designen los herederos. La herencia en concurso podrá ser aceptada por los herederos pura y simplemente o a beneficio de inventario y deberemos entender que hay aceptación a beneficio de inventario si el o los herederos continúan aceptando la tramitación del concurso; de hecho, la aceptación a beneficio de inventario se da cuando la declaración de concurso la piden los mismos herederos, según el artículo 3-4 LC. La aceptación pura y simple, por la confusión de patrimonios que se da entre los del difunto concursado y los de los herederos, puede ser causa de conclusión del concurso si el patrimonio de los herederos permite satisfacer las deudas del causante, haciendo desaparecer así el requisito de la insolvencia. Lo que queda claro es que si consta en el Registro de la Propiedad anotado el concurso de una persona física, no cabrá inscribir, mientras esta situación perdure, la escritura de partición de la herencia de cualquier clase que sea, sea partición real o pseudo partición, aunque no creo que haya inconveniente en inscribir la manifestación de bienes presentada a inscripción por el heredero único.

A la reapertura del concurso se refieren los artículos 179 y 180 LC y tiene por causa fundamental la aparición nuevos bienes o derechos en el patrimonio del deudor o la revalorización de los existentes en términos que permitan satisfacer los créditos pendientes que quedaron impagados. Ya hemos visto el efecto que produce la reapertura en el deudor persona física, según el artículo 179-1 LC. La reapertura del concurso del deudor persona jurídica que se concluyó por inexistencia de bienes y derechos, será declarada por el mismo Juzgado que conoció de éste, se tramitará en el mismo procedimiento y se limitará a la fase de liquidación de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad. A la reapertura del concurso, que se decidirá por auto del Juez que lo conoció en la fase anterior, se le dará la publicidad prevista en los artículos 23 y 24 LC, es decir, por lo que a la publicidad registral se refiere se anotará en el folio de cada uno de los nuevos bienes inscritos a favor del concursado y se volverá a hacer constar en el Libro de Incapacitados, en el que, por las razones antes expuestas, se canceló la constancia de la anterior fase del concurso.

VICENTE DOMÍNGUEZ CALATAYUD
Registrador de la Propiedad

La importancia de los créditos salariales y de las cuestiones laborales en general, en la Ley Concursal (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS RELACIONES DE LOS DERECHOS LABORAL Y MERCANTIL.—III. EL CONCURSO, LOS CRÉDITOS SALARIALES Y OTRAS CUESTIONES LABORALES. EL *ITER LEGISLATIVO*: DESDE EL PRIMER ALC DE 2000 HASTA LA LC DE 2003: 1. GENERALIDADES. 2. LOS ALC DE 2000 Y 2001. 3. EL PLC DE 2002.—IV. CUESTIONES LABORALES GENERALES Y SU IMPORTANCIA EN LA LEY CONCURSAL: 1. CUESTIONES LABORALES Y SU INCIDENCIA EN LA LC: 1.1. *La LC y los contratos de trabajo*: 1.1.1. Modificación, suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales (art. 64 LC). 1.1.1.1. *Período de consultas*. 1.1.1.2. *La Resolución del Juez del concurso y recursos contra la misma*. 1.1.1.3. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo*. 1.1.1.4. *La extinción del contrato a instancia del trabajador vía artículo 50.1.b) del ET*. 1.2. *La extinción o suspensión de los contratos del personal de alta dirección*. 1.3. *Modificación de las condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo*. 1.4. *La transmisión de empresas en situaciones concursales y su escasa atención en la LC*.—V. LOS CRÉDITOS SALARIALES EN PARTICULAR Y SU INCIDENCIA EN LA LEY CONCURSAL: 1. LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA, SALARIALES EN PARTICULAR Y LABORALES EN GENERAL. 2. EL CRÉDITO REFACCIONARIO DE LOS TRABAJADORES COMO CRÉDITO CON PRIVILEGIO ESPECIAL. 3. LOS CRÉDITOS SALARIALES Y LOS LABORALES DENTRO DE LOS CRÉDITOS CON PRIVILEGIO GENERAL. 4. LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 32 ET: LA SUPRESIÓN DE LA EJECUCIÓN LABORAL SEPARADA.—VI. LOS CRÉDITOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN PARTICULAR, EN LA LEY CONCURSAL.—BIBLIOGRAFÍA.

(*) Me valgo, lógicamente, de los continuos trabajos de investigación que he realizado sobre el tema desde el año 1997, los cuales, naturalmente, pongo al día tras la Ley Concursal en las vertientes legislativas y bibliográfica en esta obra en homenaje al gran mercantilista y maestro don MANUEL OLIVENCIA RUIZ.

ABREVIATURAS MÁS FRECUENTEMENTE UTILIZADAS

AAVV	Autores Varios.
AC	Aranzadi Civil.
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi.
AL	Actualidad Laboral.
ALC	Anteproyecto de Ley Concursal.
AS	Actualidad Social Aranzadi.
ET	Estatuto de los Trabajadores.
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial.
LC	Ley Concursal.
LGSS	Ley General de la Seguridad Social.
LPL	Ley de Procedimiento Laboral.
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil.
RDM	Revista de Derecho Mercantil.
RDP	Revista de Derecho Privado.
RdS	Revista de Derecho Social.
REDT	Revista Española de Derecho del Trabajo.
REfor	Registro de Economistas Forenses.
RGD	Revista General de Derecho.
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
SMI	Salario Mínimo Interprofesional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
TC	Tribunal Constitucional.
TS	Tribunal Supremo.

I. INTRODUCCIÓN

El tema escogido para el Libro Homenaje al profesor OLIVENCIA RUIZ y que lo rotulamos como: «*La importancia de los créditos salariales y de las cuestiones laborales en general, en la Ley Concursal*», queremos advertir, de entrada, que es uno de los más delicados y que ha tenido mayores vicisitudes en el «*iter legislativo*» de nuestra reforma concursal culminada con la Ley 22/2003 y la Orgánica 8/2003. Los intereses que se mueven alrededor del mundo del trabajo concretados en la cuestión concursal, sobre todo en el tema de los salarios debidos así como en general de los créditos derivados del contrato de tra-

bajo (1), demandan en fase concursal una protección acusada, ya que como se ha dicho hasta la saciedad, se trata del sustento de los trabajadores y prácticamente en la mayoría de los casos el único. Pero a la vez el tema es delicado, es *harto difícil*, en expresión de RÍOS SALMERÓN (2), como lógicamente lo es la preferencia y prelación de créditos laborales, cuestiones que debieran ser reguladas en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la Ley Concursal (Disposición trigésima tercera de la misma).

A lo que hay que añadir, como observa el profesor OLIVENCIA (3), que la cuestión de *los privilegios salariales* no se puede estudiar únicamente desde el campo del Derecho Laboral, ya que en la misma confluyen otras disciplinas jurídicas como el Derecho Mercantil, el Fiscal, y, por supuesto, el Civil y el Procesal.

La tendencia en los últimos tiempos a la protección del salario y de las indemnizaciones derivadas del contrato de trabajo viene de la mano de un Fondo de Garantía (el nuestro se creó por la Ley de Relaciones Laborales, de 8 de abril de 1976, y está regido por los Decretos de 6 de marzo de 1985, modificado por el Decreto 372/2001, de 6 de abril, y por el artículo 33 del ET, texto refundido de 24 de marzo de 1995 reformado, en parte, por la Ley 45/2002 de 12 de diciembre). El artículo 33 citado se refiere al pago de salarios e indemnizaciones debidos y no pagados en caso de insolvencia, quiebra, suspensión de pagos o concurso de acreedores (hay que observar que en las Disposiciones Finales de la LC nada se dice de la modificación de este artículo que a partir de 1 de septiembre de 2004 se aplica exclusivamente en caso de concurso). EL FOGASA sigue en nuestro ordenamiento laboral las líneas de las Directivas Comunitarias y en especial la de la 80/87, de 20 de octubre, la cual tiene por objeto la *aproximación* de las legislaciones de los Estados miembros de la UE, relativas a la protección de los trabajadores asalariados *en caso de insolvencia del empresario*.

(1) Creo que la frase: «créditos derivados del contrato de trabajo», sin duda solucionarían los problemas de la no generalización de la Ley Concursal sobre todo en cuanto a las indemnizaciones. En ese sentido: GARRIDO, J. M.^a, en «La graduación de los créditos», AA.VV., *La reforma de la Legislación Concursal*, dir. por ROJO, A., pág. 233, Madrid, 2003.

(2) RÍOS SALMERÓN, B., en «La Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003», en *AL*, núm. 21, n. 380, mayo de 2003.

(3) OLIVENCIA RUIZ, M., en su magnífica y sentida recensión al libro de RÍOS SALMERÓN, B., «Los privilegios del crédito salarial», hecha en *REDT*, abril-junio, págs. 185 y sigs., y en concreto la 186, 1984. El propio RÍOS SALMERÓN, B., en «Los privilegios del crédito salarial. El nuevo artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores», dentro de *Alteraciones en el contenido de las prestaciones y de las condiciones de trabajo. Cuadernos de Derecho Judicial*, págs. 293 y sigs., Madrid, 1998. Separata que es la que manejé en su día y he vuelto a recordar.

En la LC 22/2003 hay solamente dos referencias al FOGASA: una dentro de las operaciones de liquidación y reglas supletorias legales (art. 149.2.1), y la segunda dentro de: «*Normas Generales Procesales del sistema de recursos*» (art. 184.1). El primer precepto se refiere a: *la enajenación del conjunto de establecimientos, explotaciones y otras unidades productivas o de servicios pertenecientes al concursado*, enajenación como un todo de una unidad económica entendida como un conjunto de medios organizados (las frases son expresivas, como se ve). Pues bien, en ese caso, el artículo 149.2.1 LC dice que hay que entender que existe *una sucesión empresarial* a efectos laborales (art. 44 del ET tras su reforma por la Ley 9 de julio de 2001, cuestión a la que volveremos), y esto es lo importante, ya que el Juez puede acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios e indemnizaciones pendientes de pago «*anteriores a la enajenación, que sea asumida por el FOGASA de conformidad con el artículo 33 del ET*» (vid. apartados 1.1. y 2.1. y 2 de ese artículo sobre los límites del pago de dicho Fondo).

La segunda alusión al FOGASA del artículo 184.1 LC, señala que es obligatorio que el mismo sea citado como parte si del proceso pudiera derivarse de modo claro alguna responsabilidad para el pago de salarios o indemnizaciones de los trabajadores. Se salva con ello una omisión inconcebible en el «*iter legislativo*» de la Ley en cuanto a la protección de los trabajadores en el concurso.

Como se ha dicho hasta la saciedad, la protección de los trabajadores tiene claras connotaciones políticas y sociales, lo cual se ha traducido, sin duda alguna, en innegables privilegios en los procedimientos concursales vía artículo 32 del ET de los que no gozan otros acreedores, y que en algunos sectores se ha criticado por considerar que rompe el clásico principio concursal de la *par conditio creditorum*. Esta protección generalmente en la normativa de los diferentes países, se justifica por *la debilidad económica del trabajador* aunque también se ha dicho —CANTLIE— que, hoy día con los sindicatos, la posición de los trabajadores: «*puede ser más fuerte que la de los administradores*» (4).

Todo ello, resumimos, resalta la importancia y delicadeza del tema que exponemos y, además, que esa vertiente doble: laboral y mercantil es una

(4) CANTLIE, S. J., «Preferred Priority in Bankruptcy», en *Current Developments in International and Comparative Insolvency Law*, Oxford, 1984. Sobre el tema de justificación de los privilegios salariales, vid. *in extenso*, GARRIDO, J. M.^a, *Tratado de las preferencias del crédito*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 396 y sigs., sobre todo. Junto a la debilidad económica del trabajador como fundamento de los privilegios laborales en procedimientos concursales, añade el profesor GARRIDO lo que es una de las notas fundamentales que caracterizan a nuestro contrato de trabajo: la *dependencia*. En el mismo sentido: ALTES TARREGA, J. A., *Suspensión de pagos y quiebra en el ordenamiento jurídico laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

muestra más, la más moderna claro, de la aproximación de ambos derechos, tema al que dedico las siguientes líneas.

II. LAS RELACIONES DE LOS DERECHOS LABORAL Y MERCANTIL

Indudablemente en el extenso «*iter legislativo*» de la reforma concursal —prácticamente desde el Anteproyecto de 1983 a la LC de 2003, por citar, los digamos, últimos pasos— lo que yo venía diciendo hace varios años (5) de que las relaciones entre los ordenamientos mercantil y laboral se iban aproximando de modo extenso sobre todo dentro de una acusada economía social (6), sufrió un serio revés en el orden concursal con los ALC, y me hizo preguntarme: ¿Derecho Mercantil *versus* Derecho Laboral? Esto, porque como diré en el apartado siguiente, esos textos fueron en el orden de garantías del salario y los créditos laborales en general, enormemente regresivos y en el mundo sindical saltó la señal de alarma.

En este concreto tema se difuminaba esa relación indudable a lo largo de los tiempos entre ambos ordenamientos y que ya señalara el maestro GARRIGUES hace mucho (7).

También en el mismo sentido se pronunciaron desde el campo mercantil MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y desde el laboral BORRAJO DACRUZ, E. por todos (8).

Hay temas en estas conexiones que en el concurso resaltan, como veremos, en la primacía del Derecho Mercantil, como, por ejemplo, la exclusividad de los Jueces de lo Mercantil para conocer del concurso de modo *excluyente*, incluso de las: «*acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectiva de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección...*» (art. 8.2.º LC). Todo ello en los albores de la, «por fin»,

(5) «Historia y actualidad de las relaciones: Derecho Mercantil-Derecho Laboral», en *AL*, vol. I, págs. 873 y sigs. y 937 y sigs., 1988.

(6) Sobre la *economía social* puede consultarse una magnífica monografía de CANO LÓPEZ, A., CES, *Colección Estudios*, sobre todo las págs. 193 y sigs., Madrid, 2002.

(7) GARRIGUES, J., «Hacia un nuevo Derecho Mercantil», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 6, págs. 220 y sigs., antes en: «Auxiliares del empresario», *RDP*, págs. 97 y sigs., 1942: «¿Qué es y qué debe ser el Derecho Mercantil?», págs. 7 y sigs., y en concreto, la 28, *RDM*, núm. 72, págs. 269 y sigs., 1959.

(8) MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «Los auxiliares del empresario», en *RDM*, núm. 72, págs. 269 y sigs., 1959. BORRAJO DACRUZ, E., *Los auxiliares del empresario en el Código de Comercio*, núm. 63, págs. 7 y sigs., 1957, y en su libro *Altos cargos*, Madrid, 1984. También GÓMEZ SEGADE, J. A., «Derecho de los socios, participación de los trabajadores en la empresa y su incidencia en el Derecho Mercantil (Reflexiones sobre la sentencia del TC de 1 de marzo de 1979)», en *Estudios homenaje a Polo Díez*, A., págs. 337 y sigs., Madrid, 1980.

reforma concursal, hizo pensar si la competencia exclusiva y excluyente de los Juzgados de lo Mercantil no iba contra el principio de *especialidad* de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aunque aquella para conocer de cuantas cuestiones se suscitan en materia concursal en los términos previstos en su Ley reguladora y las materias en las que la jurisdicción del Juez del concurso es *exclusiva y excluyente*, la señala de modo inequívoco la Ley 8/2003, de 9 de julio, Ley Orgánica para la reforma concursal modificando la 6/1985, de 1 de julio (en concreto el art. 2.º núms. 7.º, 1 y 2).

Pero además del tema de la competencia jurisdiccional, en la LC hay otros en que las relaciones entre Derecho Mercantil y Derecho Laboral son patentes y con soluciones bien diversas sobre la aplicación de uno u otro con primacía del Mercantil en el aludido tema de la Ley Orgánica 8/2003, sobre la competencia del Juez del concurso. Hay otros aspectos laborales, como la vuelta prácticamente *al superprivilegio*, aunque no igual que antes de la LC (*superhipoteca* le llaman algunos autores) del artículo 32.1 del ET al ser considerados los salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración del concurso *como crédito contra la masa* (art. 84.2.1.º LC), los temas de la extinción, suspensión y modificaciones colectivas de las condiciones de trabajo en aquellos contratos de trabajo en los que el empresario sea el concursado (art. 64 LC), la transmisión de la empresa en procedimientos concursales, etc., lo cual constituye una muestra más de lo que BORRAJO DACRUZ, E. (9) ya calificó en 1957 como *laboralización del Derecho Mercantil*, justo lo contrario de la *deslaboralización*, frase que se acuñó como hemos visto a la vista del primer ALC del año 2000 (10).

La importancia e incidencia de los créditos salariales y de las cuestiones laborales, en general, en la LC es, por todo lo dicho, evidente y al tema dedicamos los puntos que siguen precedidos de un recorrido en el camino legislativo de la que parecía inacabada reforma concursal. El giro de 180 grados dado por la LC 22/2003 a los ALC de 2000 y 2001 y al PLC de 2002 ya me permite contestar a la pregunta: *¿Derecho Mercantil versus Derecho Laboral?*, claro que en el sentido negativo porque la LC ha consagrado prácticamente todas las garantías establecidas por la normativa laboral y que se perdían de modo notabilísimo en el ALC del año 2000.

(9) BORRAJO DACRUZ, E., «Problemas comunes al Derecho Mercantil y al Derecho del Trabajo. Derecho especial y Derecho nuevo», en *RDM*, núm. 66, págs. 384 y sigs., 1957.

(10) MARTÍNEZ GARRIDO, L. R., «ALC. Señal de alarma ante una reforma legal indispensable», en *AL*, núm. 38, octubre de 2001, núms. 755 y sigs., afirmaba que el ALC del año 2000 en el orden laboral: «*hace necesaria una llamada a remediar lo que todavía es un conato de norma susceptible de ser mejorada en trámite parlamentario*».

III. EL CONCURSO, LOS CRÉDITOS SALARIALES Y OTRAS CUESTIONES LABORALES. EL «*ITER LEGISLATIVO*»: DESDE EL PRIMER ALC DE 2000 HASTA LA LC DE 2003

1. GENERALIDADES

Vamos a referirnos exclusivamente al camino de la reforma concursal desde el primer ALC del año 2000 hasta la LC de 9 de julio de 2003, remitiéndome a otras publicaciones más sobre el anterior ALC de 1983 y la Propuesta Rojo, A. de 1995 (11). Todo ello sin dejar de señalar que la primera reforma en los procedimientos concursales —y en concreto en la quiebra— fue la de ...1897 con la de los artículos 870 a 873 del Código de Comercio.

Posteriormente en 1957 hubo otros intentos de reforma de nuestro Derecho concursal que tampoco cuajaron (12). Como tampoco lo hicieron los ya aludidos ALC de 1983 y la Propuesta Rojo de 1995. Vayamos, también brevemente a reseñar el concreto «*iter legislativo*» a partir de los ALC de nuestra Ley Concursal que, tras la publicación del primer ALC del año 2000, como antes he apuntado, ya hubo una señal de alarma sobre todo en el mundo sindical.

2. LOS ALC DE 2000 Y 2001

En especial por la supresión de la ejecución laboral separada (art. 32.5 ET), las garantías de los créditos salariales se disminuían de modo notabilísimo —recalco— en el ALC de 2000, lo que se corroboraba prácticamente en su totalidad en el de 7 de septiembre de 2001.

(11) FERNÁNDEZ RUIZ, J. L., Sobre la Propuesta Rojo, A., vid., «Los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos y su incidencia en los créditos salariales cara a la reforma de nuestro Derecho Concursal», en *RDM*, núm. 225, julio-septiembre, págs. 1119 y sigs., 1997, y la bibliografía allí citada. En cuanto al ALC de 1983 en la misma publicación y en *Estudios sobre el ALC de 2001*, AA.VV., dirs. por GARCÍA VILLAVARDE, R., ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J., Dilex, S. L., págs. 207 y sigs., Madrid, 2002. Por supuesto, sobre el Proyecto Rojo hay varias aportaciones aparte de la mía que las menciono en el trabajo citado. Fue un gran trabajo el del citado profesor.

(12) Vid. por todos, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., «Las reformas y proyectos del Derecho Concursal español», en *Estudios Homenaje al profesor Duque, F. J.*, vol. II, págs. 1643 y sigs., Valladolid, 1998, donde recuerda lo que hoy prácticamente es el contenido *in extenso* del artículo 64 LC, refiriéndose al ALC de 1983 al señalar la posibilidad que se otorgaba a los trabajadores de: «proponer fórmulas con el fin de lograr el mantenimiento eficiente de la empresa». Finalidad de muchos ordenamientos como el alemán, con su Ley —*Insolvenzordnung, InsC*— de 5 de octubre de 1994, que entró en vigor en 1999, y entre las normativas más modernas, la Ley de 27 de abril de 2000, mejicana, sobre concursos mercantiles que atribuye a esta legislación por esa finalidad el carácter de *pública*.

Y es que la ejecución laboral *separada* es dentro del artículo 32.5 del ET la garantía, digamos principal, de los créditos salariales al poder ejercitar los trabajadores sus acciones sin que se *suspendan* las mismas por la tramitación de un procedimiento concursal (es el llamado *privilegio procesal del salario*). Pero además, el orden de prelación de los créditos salariales y la pérdida del llamado *superprivilegiado* (art. 32.1 ET) dieron lugar a las protestas sindicales (13).

Por otro lado, la atribución a los Jueces especiales mercantiles del sometimiento a los mismos de *todas las acciones laborales* con trascendencia patrimonial para el concursado, fue uno de los temas más discutidos y criticados, ya que en la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno, aunque se tramite un procedimiento concursal, al Juez de lo social no se le excluye de *las que son sus propias competencias* (en Francia, por ejemplo, a tenor de la Ley 25 de enero de 1985, o en Alemania en la *Insolvenzordnung*, de 3 de octubre de 1994, con entrada en vigor en 1999).

3. EL PLC DE 2002

De lo que antecede, se puede sacar la conclusión general de que en el «*iter legislativo*» de la reforma concursal, vía los ALC de 2000 y 2001, las reducciones en las garantías salariales del artículo 32 y en otras cuestiones laborales, fueron notorias para el mundo del trabajo, *pero se remediaron, en*

(13) En este orden de cosas, vid. los informes de UGT de octubre del año 2001, y el de CC.OO., de 24 de septiembre de ese año. Estos dos informes pueden verse en su totalidad en el *Anexo Documental* de la obra AA.VV., dirs. por GARCÍA VILLAVARDE, R.; ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J., *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, Dilex, S. L., págs. 722 y sigs., para el primero, y 753 y sigs. para el de CC.OO., Madrid, 2003. También la doctrina laboralista se alarmó ante la notable reducción de garantías salariales y laborales en caso de concurso. Así, por ejemplo, RÍOS SALMERÓN, B., se preguntaba si no estábamos ante una reforma concursal *contra los trabajadores* y más expresivamente así: «¿Requiem por el artículo 32.1 del ET?», en «El ALC y los trabajadores. ¿Requiem por el artículo 32.1?», en *RDS*, núm. 14. abril-junio, págs. 57 y sigs., 2001. Otras opiniones consideraban que el denominador común de la reforma se concretaba en *derogar* las garantías que para los trabajadores establece la normativa laboral cuando la empresa se encuentra en un procedimiento concursal. Así, entre otros, ALAMEDA CASTILLO, M.^a T., *Conservación de empresas en crisis y contrato de trabajo*, Aranzadi, 2002, y GUALDA ALCALÁ, J. y LILLO PÉREZ, E., «La reforma de la legislación concursal y su incidencia en las relaciones laborales», en *RL*, II, págs. 1151 y sigs., y sobre todo la 1157, 2002. La propia ALAMEDA CASTILLO, M.^a T., en «La proyectada reforma concursal y sus implicaciones laborales», en *AL*, III, núm. 32, 2002, sobre todo págs. 673 y sigs. Un artículo interesante en punto a la supresión de la ejecución separada laboral como garantía salarial recogida en el artículo 32.5 ET, fue el de MAZUELOS FERNÁNDEZ-FIGUEROA, M., «El privilegio procesal de ejecución separada un privilegio en eminente peligro de extinción», en *AJA*, págs. 1 y sigs., núm. 369, 2001.

parte, en el PLC aprobado por el Gobierno el 25 de junio de 2002, aunque quedaba en las aspiraciones de los trabajadores en el tema mucho camino que recorrer. En un orden positivo hay que resaltar cambios importantes en la cuestión estrictamente laboral, pero dentro del concurso de la: *modificación, suspensión o extinciones colectivas de las relaciones de trabajo* (art. 63 del PLC, hoy art. 64 que lo estudiamos *in extenso* en epígrafe posterior). Pero se seguían olvidando textos tan fundamentales como el Reglamento 1346/2000 del Consejo de la UE sobre procedimientos de insolvencia, y el importante Convenio número 173 de la Organización Internacional de Trabajo ratificado por España en 1995 y que entró en vigor en 1996, ya que el mismo impone a las legislaciones nacionales *atribuir a los créditos laborales un rango superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados y, en particular, a los del Estado y a los de la Seguridad Social* (14). El PLC, en esta materia de créditos salariales, tuvo notables mejoras para los trabajadores como, por ejemplo, la concretada en su artículo 90.1 —hoy 91.1 de la LC— al no limitar temporalmente el crédito privilegiado general de los salarios pendientes de pago frente a los ALC que habían concretado el pago del crédito a los seis meses de salarios debidos y anteriores a la declaración del concurso en el caso de que el concursado fuera el empleador, frase que también suprimió el PLC. El crédito salarial quedó pues sin límite temporal, pero eso sí, con el cuantitativo del resultado de multiplicar el triple del SMI por *los salarios pendientes de pago*. Tras la aprobación del PLC por el Gobierno, vino la discusión parlamentaria en el Congreso y Senado con *cambios profundos* en la cuestión que nos ocupa y tan importantes para el mundo del trabajo, que hizo decir a la profesora PULGAR EZQUERRA, J., en conferencia pronunciada en la Universidad del País Vasco en abril de 2003, que: «*los trabajadores iban a estar mejor dentro del concurso que extraconcurso*». Lo que reiteró en *Actualidad Jurídica Aranzadi* (15). En efecto, tras la discusión parlamentaria se produjo un cambio de sentido enorme hasta la aprobación definitiva el 27 de junio de 2003 del PLC, debiendo señalarse que, tanto las Enmiendas del Congreso de los Diputados como las del Senado, fueron muy interesantes la mayoría y numerosas. Modestamente, me tomo la licencia de

(14) Sobre el Convenio núm. 173 de la OIT, puede verse: BRETIN HERRERO, C., *La protección económica de los trabajadores*, Dykinson, págs. 41 y sigs., sobre todo, Madrid, 2003. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (con MERCADER UGUINA, J. R.), «Convenio 173 de la OIT sobre protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador y su impacto en el ordenamiento español», en *RL*, II, 1995).

(15) PULGAR EZQUERRA, J., en «La aprobación de la reforma concursal en el Pleno del Congreso: ¿cambio de sentido de la reforma?», en *AJA*, núm. 578, de 22 de mayo de 2003, págs. 1 y sigs., donde junto a la delimitación y comprobación del presupuesto objetivo en la apertura del concurso, destaca el tratamiento de los trabajadores como uno de los temas donde más modificaciones introdujo en su día la Comisión del Congreso.

expresar mi satisfacción personal por haber contribuido algo a ese giro de 180 grados tras el revuelo levantado por los ALC de 2000 y 2001. Aunque pensé (16), que tanto las consideraciones que hice a los mismos como al PLC de 2002, podrían resultar inútiles tras el paso del último texto por el Congreso y el Senado, la verdad es que muchas de las sugerencias realizadas en las diferentes investigaciones en el tema desde el año 2001, se han canalizado en la LC tal como veremos a continuación en su estudio pormenorizado.

IV. CUESTIONES LABORALES GENERALES Y SU IMPORTANCIA EN LA LEY CONCURSAL

Vamos a sintetizar los diversos epígrafes que comprende este apartado IV, así:

1. CUESTIONES LABORALES GENERALES Y SU INCIDENCIA EN LA LC

1.1. *La LC y el contrato de trabajo*

El artículo 64 LC tras sucesivas modificaciones durante la reforma, regula los efectos que la declaración del concurso puede producir sobre los contratos de trabajo una vez presentada la solicitud de declaración del mismo al Juez. Quizá ha sido el artículo más modificado tras la discusión parlamentaria. Pero antes de ver esos efectos hay que señalar que el artículo 44 de la LC dice que la declaración del concurso: «*no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniere ejerciendo el deudor*» (apartado 1.º) si bien este artículo en el apartado 4.º 1, como excepción a lo anterior, establece que el Juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los trabajadores —de sus representantes—, puede acordar mediante auto: «*el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular, así como el cese o la suspensión total o parcial si ejerciera una actividad empresarial*».

La regulación del tema de los contratos de trabajo está en la LC en los artículos 64, 65 (éste sobre el personal de alta dirección) y el 66. Los vamos a ver separadamente.

En primer lugar, el artículo 64 recoge las siguientes situaciones laborales dentro del concurso y derivadas del contrato de trabajo:

(16) FERNÁNDEZ RUIZ, J. L., en *Estudios sobre el ALC de 2001*, cit., págs. 216 y sigs., sobre todo tras las conferencias pronunciadas en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Almería.

1.1.1. Modificación, suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales (art. 64 LC)

En la rotulación de este artículo 64 LC se comprenden pues, aquellas situaciones laborales que se pueden dar en el concurso y que se derivan de un contrato de trabajo.

Hay que observar, en primer lugar, que la declaración del concurso no supone que se extinga *automáticamente* el contrato de trabajo, ya que, como se ha dicho, continúa en vigor, dado lo que permite el artículo 44.4.^º1 citado de la LC: es decir, la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor (17). Eso sí, todas las cuestiones a las que se refiere este artículo 64 pertenecientes al orden social, se tramitarán ante el Juez de lo Mercantil (art. 64.1.^º1 en relación con el 8.2 de la propia LC). Como ha observado recientemente RÍOS SALMERÓN, B. (18) en realidad lo que le corresponde al Juez del concurso —de lo Mercantil— son los *expedientes* de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales una vez que se ha presentado ante el mismo la solicitud de declaración del concurso, expresión, en efecto, que parece más correcta que la de «*acciones sociales*» que emplea, por ejemplo, el artículo 8.2.^º refiriéndose a la competencia del Juez Mercantil en materia de suspensión y extinción del contrato de trabajo así como en la de modificaciones de las condiciones del mismo, ya que en estos casos estamos ante *expedientes* sujetos a la Resolución de la Autoridad Laboral con el consiguiente recurso en la vía contencioso administrativa. Ahora bien, si se interpreta que esas circunstancias se tramitan ante el Juez del concurso con evidente sustracción a la autoridad administrativa laboral, no parece fuera de lugar la expresión: *acciones sociales* (por cierto que tras el paso del PLC por el Congreso y el Senado se dio en el definitivo texto de nuestra reforma concursal intervención en estas cuestiones esencialmente derivadas de la relación laboral, a la autoridad del orden administrativo social al igual que a los representantes de los trabajadores los grandes ausentes de los ALC y del PLC).

El artículo 64 LC se refiere a modificaciones *sustanciales* del contrato de trabajo tipificadas en: *suspensiones, extinciones y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo* pero con el calificativo referido naturalmente a las últimas. Son situaciones, las de suspensión y extinción, de carácter colectivo, y así lo expresa el propio artículo 64.1 LC. Cabe quizá preguntarse

(17) Vid., en ese mismo sentido, RÍOS SALMERÓN, B., *La Ley Concursal...*, cit. núm. 365, advirtiendo que si bien el contrato de trabajo continúa en vigor, está sometido a un régimen jurídico distinto que configura «*un derecho del trabajo en la insolvencia declarada*».

(18) RÍOS SALMERÓN, B., *La Ley Concursal*, cit., núm. 366 y, antes, en la nota 19.

si a tenor del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores existen *suspensiones colectivas* acordadas a iniciativa del empresario en la vía laboral y por el Juez en la concursal. Ciertamente que la LC emplea el singular *colectiva* y aunque en la práctica la figura de la suspensión colectiva apenas se da porque normalmente no es solución para el remedio de los males de la empresa, hay que tener en cuenta lo que la LC dispone en el apartado 2.º del mismo precepto, ya que se refiere al plural *colectivas*, con lo que hay que entender que el Juez tiene la posibilidad de decretar la medida de *suspensión del contrato de trabajo* durante el concurso, cualquiera que sea el número de trabajadores afectados por la misma.

1.1.1.1. Período de consultas

La decisión judicial para tomar las medidas a las que se refiere el artículo 64.1 LC, va precedida, en primer lugar, de un período de consultas entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores remediando la LC, lo que habían olvidado los ALC y el PLC, en cierto modo, porque éste ya hablaba de dichos representantes en el artículo 63.2.1.º Con ello, se dijo en relación con los ALC de 2000 y 2001, que se eliminaba la configuración de: «*cualquier instancia negociadora*» (19). Además, la Administración concursal debe emitir un informe salvo —añadido en el Senado al art. 64.3. LC *in fine*— que se estime que la demora en la adopción de las medidas citadas *puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa*, ya que, en ese caso, basta la acreditación de esta circunstancia para realizar la petición al Juez en cualquier momento procesal desde la declaración del concurso.

Se trata de un período de consultas cuya duración no puede ser superior a treinta días naturales o quince, también naturales, en el supuesto de empresas que cuenten en el último caso con menos de cincuenta trabajadores. Si las empresas afectadas cuentan con más de cincuenta trabajadores, *deben acompañar un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo*. Como se podrá apreciar, los expedientes se modulan en función del tamaño de las empresas, es decir, según tengan más o menos de cincuenta trabajadores.

(19) GUALDA ALCALÁ, J., y LILLO PÉREZ, E., «La reforma de la legislación concursal y su incidencia en las relaciones laborales», en *Relaciones Laborales, Documentos e Informes*, II, 2001, págs. 1151 y sigs., y en concreto la 1157. También vid., ALAMEDA CASTILLO, M.ª T., *Conservación de empresas*, cit., la cual consideraba en el estudio de los ALC que la *ausencia negociadora* de los representantes de los trabajadores no tenía justificación posible en caso de concurso, pág. 58. La misma autora en: *La proyectada reforma*, cit., págs. 679 y sigs.

La que nos parece innecesaria es la remisión en la negociación durante el período de consultas de la LC, a que la misma debe ser hecha con buena fe. En toda negociación (en los contratos lo recuerda el art. 1.258 del Código Civil) y más en las laborales, debe presidir la buena fe aunque sea cuestión distinta que luego las partes se olviden de este histórico e inconcreto principio de nuestro ordenamiento jurídico.

Tras el período de consultas o en el momento en que las partes consigan un acuerdo, la Administración concursal y los representantes de los trabajadores comunicarán al Juez el resultado del primero y las cláusulas del acuerdo en el segundo. Recibida la comunicación, el Juez debe recabar un informe de la Autoridad Laboral sobre las medidas propuestas, informe *inexplicablemente* omitido en los ALC e incluso en el PLC ya que, como hemos apuntado, las medidas del artículo 64.1 son extraconcurso totalmente competencia —sus expedientes, en materia de suspensiones y extinciones colectivas de los contratos de trabajo— de la Autoridad Laboral (si en esta fase del concurso ésta estima necesario oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de emitir el informe, el art. 64.6.2.º de la LC le faculta para ello). El informe debe emitirse en el plazo de quince días —nada dice la LC de si naturales o laborales por lo que ante la no concreción de la Ley habrá que entender que son días naturales— aunque si se emite *fuera de plazo*, puede ser tenido en cuenta por el Juez (lo que se añadió tras aprobarse una Enmienda en el Senado). Como observa RÍOS SALMERÓN (20), se ha logrado introducir en la LC un trámite de interés del que precisa: «*que posee, cuando menos, el valor inherente a los informes de la Inspección de Trabajo*». Por eso decía antes, que, *inexplicablemente*, se había omitido en los ALC e incluso en el PLC, este trámite del informe de la Autoridad Laboral.

1.1.1.2. La Resolución del Juez del concurso y recursos contra la misma

A partir de la conclusión de los trámites que hemos visto en el epígrafe anterior y en el plazo máximo de cinco días, el Juez del concurso debe resolver sobre las medidas propuestas, aceptando, en caso de existir, el acuerdo alcanzado entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores a no ser que aprecie en el mismo: dolo, fraude, coacción o abuso de derecho (art. 64.7.º1.º). Si el Juez acuerda la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, el Auto tiene las mismas consecuencias que la Resolución de la Autoridad Laboral: «*a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo*».

(20) La Ley Concursal y los trabajadores..., cit., núm. 368.

Si se alcanza por las partes un acuerdo, parece que el Juez debe aceptarlo a no ser que en su conclusión estime que concurren las circunstancias antes mencionadas (art. 64.7.1.º LC). La LC solamente dice que en caso de existir acuerdo, el Juez lo aceptará (si ha existido en su conclusión: dolo, fraude, coacción o abuso de derecho, determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral). De lo anterior se deduce que el Juez no tiene, en caso de alcanzarse un acuerdo normal entre las partes, facultades para examinar el mismo (por lo menos no las explicita la LC) y lo debe aceptar sin más, es decir, tal como se le comunica por la administración concursal y los representantes de los trabajadores, pudiéndose pensar, por ejemplo, en una *extinción de los contratos de trabajo con el carácter colectivo* que denomina el artículo 64.1. LC y que, en la vía laboral, a efectos de indemnización y a tenor del artículo 51.8 del Estatuto de los Trabajadores, tiene el límite de: «20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año con un máximo de doce mensualidades». Pues bien, tal como está redactada la LC en este punto, parece que el Juez no tendría que poner inconveniente a la superación del máximo legal en la indemnización a los trabajadores en el caso de extinción colectiva de sus contratos una vez presentada ante el mismo la solicitud de declaración de concurso. Pero obsérvese que el propio artículo 64.7.1.º *in fine* del apartado, se refiere a algo que estimo hay que tener en cuenta y es que dice: «*en este caso y en el de no existir acuerdo, el Juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral*». ¿Puede aplicarse aquí la analogía para el supuesto de haber acuerdo y vincular la aceptación del Juez a las normas laborales? La cuestión la verdad es que no la veo muy clara (21).

Contra el Auto del Juez del concurso (art. 64.8 LC), cabe interponer el recurso de suplicación que prevén los artículos 188 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral, Texto Refundido de 7 de abril de 1995, lo cual implica menos *deslaboralización* de los órganos jurisdiccionales sociales. Pero es que, además, los artículos 64.8 y 197.7 LC, permiten la interposición de los: «*demás recursos previstos en la Ley de Procedimiento Laboral*» y, por tales, habrá que entender el de casación para la unificación de doctrina ante el TS (art. 216 y sigs. LPL) y el de queja cuya tramitación es conforme al mismo Recurso en la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus artículos 494 y 495 y que también se interpone ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (art. 187 LPL). Estos recursos, lo que es lógico, se tramitarán ante los órganos jurisdiccionales del

(21) RÍOS SALMERÓN, B., *La LC y los trabajadores...*, cit., núm. 368, el cual califica la hipótesis de acordar una mayor indemnización que la legal laboral, como excepcional.

(22) En la frase: *los demás recursos*, podría caber también el de *revisión* ante la misma Sala de lo Social del TS, según el artículo 243 LPL. En ese sentido: RÍOS SALMERÓN, B., *La LC y los trabajadores*, cit., núm. 369.

orden social sin que ninguno de ellos tenga efectos *suspensivos* sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales (22).

Respecto a las acciones que los trabajadores pueden ejercitar contra el Auto del Juez del concurso en materias que *estrictamente* se refieran a la relación jurídica individual con el empleador, se sustanciarán por el procedimiento *del incidente concursal* (art. 192 y sigs. sobre el mismo, LC) y, por tanto, ante el Juez del concurso (23) cuya sentencia es recurrible en suplicación sin que la LC haya señalado un plazo para interponerlo (24).

La demanda deberá formularse por lo establecido en el artículo 437 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que en el Título VIII regula los juicios verbales. A pesar de esa remisión, CORDÓN MORENO, F. (25) opina que en el incidente concursal, en este caso laboral, estamos ante una mezcla del juicio ordinario y del verbal.

Conexo con el artículo 64 LC, hay una cuestión que es la de las *costas judiciales* a las que se refiere el artículo 196.2 LC, que se remite a los artículos 394 a 398 inclusive de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, además, señala que las mismas *serán inmediatamente exigibles* una vez firme la sentencia y con independencia del estado en que se encuentre el concurso. Pero, como advierte ALAMEDA CASTILLO, M.^a T., hay que tener en cuenta que la Ley de 10 de enero de 1996 confiere a los trabajadores: el beneficio de la justicia gratuita cuando actúan ante los órganos jurisdiccionales sociales (26). O sea, que se produce una doble posición al reclamar los trabajadores tanto en acciones individuales como de carácter colectivo del artículo 64.1.º y 8.º, ya que por un lado no tendrán justicia gratuita cuando ejerciten las acciones ante los Jueces Mercantiles si sus pretensiones son íntegramente desestimadas, con lo cual se echa por tierra el principio de *gratuidad del proceso social* uno de sus principios básicos. Ahora bien, cuando el trabajador recurra el Auto del Juez del concurso en Suplicación, entonces tendrá el beneficio de justicia gratuita. Lo cual no deja, cuando menos, de ser paradójico si se tiene en cuenta lo que ese beneficio en el caso de los trabajadores persigue. Ya en su informe de octubre de 2001, la UGT había señalado este enorme perjuicio a los trabajadores pero, por como se ve, no se ha subsanado.

(23) Sobre el incidente concursal puede verse: CORDÓN MORENO, F., «Las normas procesales en el PLC y, en especial, el incidente concursal. Apuntes críticos», en *AJA*, núm. 562, 16 de enero de 2003, y en: «Los aspectos procesales del concurso», en *Derecho Concursal*, cit., págs. 577 y sigs., y en especial las 601 y sigs., Madrid, 2003.

(24) Competencia de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia en incidentes que resuelvan acciones sociales. Ante el silencio del texto de la LC, acaso pudiera pensarse en la remisión al plazo de cinco días del artículo 192.1 de la misma. Esto, claro, respecto al recurso de suplicación contra el Auto del Juez, pero esto ya se contiene en la LPL. La LC debería haber subsanado esta omisión.

(25) CORDÓN MORENO, F., *Los aspectos procesales*, cit., pág. 602.

(26) ALAMEDA CASTILLO, M.^a T., *Conservación de empresas*, cit., pág. 74.

1.1.1.3. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo

El artículo 64.9 LC se refiere al supuesto de modificación sustancial de carácter colectivo de las condiciones de trabajo, realizadas en el contexto del concurso vedando entonces la indemnización que para esos supuestos señala el artículo 41 del ET en su apartado 3.2.º, si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial al rescindir él mismo el contrato de trabajo y que se cifra en veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año con un máximo de nueve mensualidades. Pues bien, el artículo 64.9 LC *ordena la suspensión de dicha rescisión durante* la tramitación del concurso con el límite máximo de un año desde que se hubiese dictado el Auto judicial que autorizó la modificación.

Pero hay que hacer una observación, en primer lugar, al artículo 64.9. Éste se remite a las modificaciones sustanciales que enumera el artículo 41 del ET (jornada de trabajo, horario, régimen a turnos, sistemas de remuneración, trabajo, rendimiento y funciones) y además a las que sean de carácter colectivo. Por tal, hay que entender las reconocidas a los trabajadores en virtud de: *acuerdo, pacto colectivo o bien que se disfruten con ese carácter por una decisión unilateral del empresario*, pero a tenor del artículo 64.8.2.º LC, también caben las modificaciones sustanciales a título individual, a mi juicio, ya que de esa forma se producen (art. 41.2.2.º del ET) y de ellas nada dice el artículo 64.9.1.º LC.

Creo que no hubiera estado de más, por otro lado, el que el apartado 10 del artículo 64 LC se hubiera referido en cuanto a las acciones individuales interpuestas al amparo del artículo 50.1 del ET, también al apartado *a)* de este precepto que posibilita la rescisión del contrato de trabajo por voluntad del trabajador cuando las modificaciones redunden en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad. Son incumplimientos graves contractuales del empleador y si el artículo 62.1 de la misma LC posibilita, a pesar de la declaración del concurso, la facultad de resolución de los contratos por incumplimiento de cualquiera de las partes, hay que entender que cabe extender el supuesto al artículo 50.1.a) del ET porque de otro modo y en relación con el apartado 4.º del artículo 62 LC citado (27), el trabajador quedaría en peor situación que el acreedor que no hubiera cumplido sus obligaciones.

(27) El apartado 4.º del artículo 62 LC dice que: en todo caso, el crédito comprenderá —se refiere al del acreedor— el resarcimiento de daños y perjuicios, lo que encuentra el mismo tratamiento en vía concursal para los trabajadores. Claro que éstos, extraconcurso, a tenor del artículo 50.2 del ET, si prospera la rescisión de su contrato de trabajo tienen derecho a una indemnización de cuarenta y cinco días por año de servicio con el tope de cuarenta y dos mensualidades, es decir, como si de despido improcedente se tratara. Vid., sobre el tema, ALAMEDA CASTILLO, M.ª T., *Conservación*, cit., pág. 60.

Pero la LC en el artículo 64.9.2, tras la discusión parlamentaria, se refiere al tema de la movilidad geográfica de los trabajadores recogida en el artículo 40 del ET y fuente de problemas siempre. Estamos en la movilidad geográfica ante el traslado colectivo de trabajadores que no hayan sido contratados en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes (las de montaje, por ejemplo) lo cual conlleva, el cambio de residencia. Requiere, a tenor del citado artículo 40.1 ET, que el empresario justifique las razones económicas, técnicas, organizativas, o de producción que justifiquen el traslado para, por ejemplo, favorecer la posición competitiva de la empresa en el mercado o responder mejor a la demanda.

En los casos a los que nos referimos a continuación del artículo 64.9.2.º de la LC, *también queda en suspenso* la indemnización que prevé el artículo 40.1.4.º, si se opta por la misma y no por el traslado y que es de veinte días por año de servicio con el tope de doce mensualidades. Pero la LC subordina la suspensión, a que la movilidad geográfica sea a un centro de trabajo *situado en la misma provincia que el centro de origen y a menos de sesenta kilómetros de éste*, con la salvedad de que el tiempo mínimo de desplazamiento de ida y vuelta supere el 25 por 100 de la duración de la jornada diaria de viaje. Como en los supuestos del artículo 41 ET, la LC dice que el plazo de suspensión de la movilidad geográfica no puede prolongarse por un período superior a doce meses a contar desde la fecha en que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación. (Se refiere a la suspensión del ejercicio de la acción de *rescisión* del contrato de trabajo.)

1.1.1.4. La extinción del contrato a instancia del trabajador, vía artículo 50.1.b) del ET

Las acciones individuales a las que se refiere el artículo 64.10, son las que se contemplan en el artículo 50.1.b) del ET, y así lo dice expresamente el primer precepto. El artículo 50.1.b) considera justa causa para que el trabajador: *«pueda solicitar la extinción de su contrato de trabajo»*: *«la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado»*. Naturalmente que es una acción individual que se puede interponer una vez presentada la solicitud del concurso —de su declaración— ante el Juez de lo Mercantil, pero, sin embargo, el artículo 64.10.1 LC, a los efectos de su tramitación, considera que estamos ante *«tendrán la consideración dice»* extinciones de carácter *colectivo* y, por tanto, deben seguir el procedimiento previsto en ese precepto (28). No hay que olvidar en cuanto a la indemnización —como antes

(28) Tales acciones, pues, se convierten en *colectivas*. Vid., RÍOS SALMERÓN, B., *La Ley Concursal...*, cit., núm. 374.

se ha dicho— que el artículo 50.2 del ET, en las extinciones por voluntad del trabajador dice que éste tiene derecho a la señalada *para el caso de despido improcedente*, con lo cual el *quantum* de la misma, si se produce un número grande de contratos a extinguir, puede influir de modo importante en la empresa declarada en concurso (de todos modos serán créditos con privilegio general a tenor del art. 91.1.º de la LC).

Pero la extinción para que las acciones ejercitadas al amparo del artículo 50.1.b) del ET de tipo individual se conviertan en colectivas, es necesario que *afecten* a un número de trabajadores que desde la declaración del concurso supere los límites siguientes:

1. Empresas que cuenten con una plantilla de hasta cien trabajadores, diez trabajadores.
2. Empresas que cuenten con una plantilla de cien a trescientos trabajadores, el 10 por 100 de los mismos.
3. Las empresas que cuenten con una plantilla de más de trescientos, el 25 por 100 de los trabajadores.

1.2. *La extinción o suspensión de los contratos del personal de alta dirección*

Se confiere a la Administración concursal en el artículo 65.1, el que por propia iniciativa o a instancia del deudor, pueda extinguir o suspender los contratos de éste con el personal de alta dirección. Este personal, al que se refiere el artículo 65 LC, está regido por el Decreto de 1382/1985, de 1 de agosto, que lo encuadra dentro de las relaciones laborales de carácter especial. Son trabajadores no excluidos en el artículo 1.3.c) del ET, de 24 de marzo de 1995, que se refiere en la exclusión a aquellas personas cuya actividad se limita pura y simplemente al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma de sociedad. Pues bien, el artículo 2.1.a) considera relación laboral, si bien de carácter especial —me refiero al ET— la del personal de alta dirección no incluido en ese artículo 1.3.c) al que acabamos de referirnos.

Las dos situaciones que recoge la LC sobre este personal se tipifican en el artículo 65 así:

- a) *Suspensión del contrato*: el alto directivo —frase que emplea la LC— puede pedir, en caso de suspensión de su contrato con un preaviso de un mes, que el mismo se *extinga* con la indemnización que vemos a continuación.
- b) *Extinción del contrato*: en este supuesto, el Juez del concurso —art. 65.3 LC— puede *moderar* la indemnización que le corresponda quedando sin efecto la *pactada* en el contrato (llamados normal-

mente *contratos blindados*) muy superior a la legal. El límite es la indemnización que para el despido colectivo señala el artículo 51.8 del ET, es decir, de veinte días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades, como antes ha quedado apuntado. Se ha calificado a la norma del artículo 65 de *excesivo rigor* para el personal de alta dirección (entre otros, por RÍOS SALMERÓN ya desde su trabajo: *El ALC...*, cit.), e incluso se ha llegado a dudar de si los privilegios salariales se extienden a estos trabajadores considerando su fuerza ante el empresario al ser el *alter ego* del mismo (29).

Ahora bien, volviendo a la LC, el artículo 65 no se refiere a las garantías en el concurso de los salarios dejados de percibir por este personal de alta dirección y aunque la protección de esas retribuciones ya encontraron su sede —protección negada con contumacia durante mucho tiempo— en el FOGASA, hay que recordar la expresa remisión que el artículo 15.1 del Decreto 1382/85, de 1 de agosto, hace al artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores. Son, sin duda, remuneraciones elevadas las percibidas por estos trabajadores —porque lo son claro— y esto es lo que ha influido en las limitaciones a las indemnizaciones del artículo 65 LC, lo cual para RÍOS SALMERÓN, B. (30) es de un rigor excesivo para los altos cargos. La finalidad de esas limitaciones es el no obstaculizar cuantitativamente los créditos de los demás trabajadores, bien con privilegio especial o general o contra la masa, estos últimos en el artículo 84.2.1.º de la LC, tanto en salarios como en indemnizaciones.

El apartado 4.º del artículo 65 faculta a la administración concursal para solicitar del Juez del concurso que el pago del crédito se: «*aplaze hasta que sea firme la sentencia de calificación*». El fundamento de ese aplazamiento del pago del crédito es en orden a una posible responsabilidad que el alto directivo pueda tener si el concurso se califica como *culpable*, ya que el artículo 172.2 señala en la LC que, entre otros pronunciamientos, la sentencia que lo declare así determinará las personas afectadas por la calificación y si alguna de ellas lo fuera: «*como administrador o liquidador de hecho de la persona jurídica deudora*», motivará la atribución de esa condición. Pero no es la única referencia a la responsabilidad del *administrador de hecho* en contraposición a los administradores de derecho que encontramos en la LC, ya que el artículo 154.1, a la hora de calificar el concurso como culpable en el caso de concursado persona jurídica, alude al caso de que en la generación

(29) Lo que hace que se le llame también apoderado general.

(30) RÍOS SALMERÓN, B., *El ALC y los trabajadores*, 2001. GARRIDO, J. M.ª, *Tratado...*, cit., sobre todo la pág. 400. IGLESIAS CABERO, M., *Relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (Real Decreto 1382/85, de 1 de agosto)*, Civitas, 2.ª ed., pág., en concreto, 134, Madrid, 1994. SALA FRANCO, T., *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, págs. 49 y 50, Bilbao, 1990.

o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o si los tuviere, la de sus representantes legales o de los administradores o liquidadores de hecho y de derecho. Todavía más, el artículo 48.3 LC al tratar de los efectos sobre *el deudor persona jurídica*, dice que desde la declaración del concurso el Juez puede ordenar el embargo de los bienes o derechos de los administradores o liquidadores de hecho o de derecho.

Por tanto, la referencia al administrador fáctico es constante en la LC, pero no comparto que la definición de la figura la hubiera de haber hecho una ley de tal magnitud como es la LC (31) porque la misma debe venir de la representación en el derecho de sociedades en su Parte General y, a tal efecto, no estaría de más recordar el *non nato* Código de Sociedades Mercantiles de 2002, que se ha quedado en Propuesta y que dedicaba el Título VIII a la representación de la sociedad.

En la LC nos encontramos con varias referencias a la responsabilidad de *los administradores de hecho* junto a la de los de derecho o liquidadores, en su caso. Los primeros recuerdan *al factor notorio*, figura que consagró la autoridad de URÍA, R. y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., sobre todo para los casos frecuentes de que el empresario individual no se haya inscrito en el Registro Mercantil (32).

(31) Opinión de LATORRE CHINER, N., en su novedosa e interesante monografía: «El administrador de hecho en las sociedades de capital», en *Estudios de Derecho Mercantil*, núm. 14, dirs. por EMBID IRUJO, J. M., Comares, pág. 49, 2003.

(32) Se discute si la responsabilidad concursal es o no compatible con la responsabilidad civil de los administradores que se encuentra en la LSA, modificada por la Ley de 17 de julio de 2003. No parece descabellado a la vista del artículo 48.2 LC, sostener la compatibilidad, ya que los administradores concursales pueden ejercitar todas las acciones derivadas del concurso sin perjuicio de acciones de responsabilidad contra ellos derivadas de otras leyes. Las dudas mayores se encuentran en relación con el artículo 262.5 de la LSA, respecto a la responsabilidad de los administradores en caso de disolución de la sociedad, artículo reformado por la LC en su Disposición Final Vigésima, núm. 6. En contra de esta compatibilidad, ALONSO UREBA, vid., «La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital (el art. 172.3 LC y sus relaciones con las acciones sociales de responsabilidad)», en *Derecho Concursal*, dirs. por GARCÍA VILLAVARDE, R., el propio ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J., págs. 506 y sigs., y, en especial, la 558 y sigs., Madrid, 2003. ALCOVER GARAU, G., *Introducción al régimen jurídico de la calificación concursal*, en la misma publicación, págs. 488 y sigs., y la 498 y sigs., en especial. El mismo ALCOVER GARAU, G., en «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima por las deudas sociales, "ex" artículo 262.5 y los procedimientos concursales», en *RDS*, núm. 8, págs. 265 y sigs., 1997. LLEBOT MAJO, J. O., «La responsabilidad concursal de los administradores», en *RGD*, págs. 7559 y sigs., junio de 1999. QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración», en *RDS*, núm. 19, págs. 73 y sigs., 2002-2. En extenso: SÁNCHEZ CALERO, F., en *Administradores*, Tomo IV de *Comentarios a la LSA*, dirs., por el mismo, en particular las págs. 236 y sigs., Edersa, 1994. POLO SÁNCHEZ, E., «Los administradores y el Consejo de Administración de la sociedad anónima», Tomo VI del *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirs. por

La LC, por otro lado, en sus antecedentes, se refirió en el ALC de 2001 al concepto de administrador de hecho, basado en *el poder efectivo del mismo en cuanto a la gestión* (en esos términos el actual art. 164.1, así como el 172.2 y 3 LC).

Por todo lo que antecede, la cautela del artículo 65.4 es lógica en la propia LC, de lo que hemos apuntado antes: el que los administradores concursales pidan del Juez del concurso el aplazamiento del pago del crédito de la indemnización tanto en caso de suspensión del contrato del alto directivo seguido de la petición de extinción por él mismo, como en el de extinción directa (art. 65.1.2 y 3 LC). Esto, hasta que sea firme la sentencia de calificación del concurso por si hay responsabilidad en el concurso que haya sido declarado como culpable, tanto de los administradores miembros de un Consejo de Administración formalmente constituido, como de los *administradores fácticos* (33).

1.3. *Modificación de las condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo*

El artículo 66 de la LC vincula más que el PLC de 2002 a la legislación laboral en el tema de la modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos a los que se refiere el Título III del Estatuto de los Trabajadores, rotulado como: «*De la negociación colectiva y de los convenios colectivos*», y que comprende los artículos 82 a 92 de dicho texto legal modificados parcialmente por la Ley 11/1994, de 19 de mayo. Se constriñe la modificación de las condiciones establecidas en un convenio colectivo, por tanto entre empresarios y trabajadores, a las materias en que aquélla sea admisible precisamente con arreglo a la legislación laboral (34).

Finalmente, el artículo 66 LC pide que el acuerdo sea con audiencia de los representantes legales de los trabajadores, aunque no se dice si en

URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., y OLIVENCIA, M., Madrid, 1992. RUIZ MUÑOZ, M., «Fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 LSA (art. 105 LSRL). Análisis contractual representativo», en *RDM*, abril-junio, págs. 469 y sigs., 2002.

(33) De *feliz* califica LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho...*, cit., pág. 157, esta equiparación al compás de la evolución que en varios sectores de nuestro ordenamiento se está produciendo y que en la última década 1990-2000 comenzó con la LSA, de 22 de diciembre de 1989, y en la actualidad se configura en la llamada Ley de Transparencia, de 17 de julio de 2003.

(34) Materias que son las recogidas por las normas generales de los artículos 82 a 92 del ET en relación con el 41.2 del mismo texto legal y, entre otras, las relativas a horarios, régimen de turnos de trabajo, sistemas de remuneración, funciones, etc., a las que en el estudio del artículo 64 LC, hemos hecho referencia.

ese acuerdo estamos ante una opinión que vincula o no al Juez del concurso (35).

Tampoco dice el artículo 66 LC quiénes están legitimados para pedir la modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos, pero parece ser que son: la administración concursal y el empresario. En un texto legal plagado de legitimaciones no deja de ser curiosa la omisión.

1.4. *La transmisión de empresas en situaciones concursales y su escasa atención en la LC*

Como observaba el Dictamen del Consejo de Estado, de 21 de marzo de 2002, se ha perdido en la LC una buena ocasión para aplicar la Directiva 2001/23, relativa a la transmisión de empresas en procedimientos de insolvencia (en nuestro caso en el de concurso) y, sobre todo, para arbitrar un tratamiento completo en punto de la posibilidad de modificación de acuerdos colectivos de las condiciones de trabajo y a la no asunción de deudas laborales precedentes (36). Además no hay que olvidar en este orden de cosas, el Reglamento comunitario 1346/2000, de 29 de mayo de ese año sobre procedimientos de insolvencia (37). Precisamente una de las cuestiones que surgió a raíz de la reforma del Derecho Concursal fue el de la primacía del Derecho Mercantil sobre el Laboral y si no era *una reforma contra los trabajadores* y ello, porque en los ALC de 2000 y 2001, se atribuía a los Jueces Mercantiles prácticamente el conocimiento de todas las acciones laborales que pudieran tener transcendencia patrimonial para el concursado, lo cual se mitigó de modo evidente tanto en el PLC de 2002 como en la LC.

Pero la Directiva 2001/23 (art. 5.4) previene los abusos de los procedimientos de insolvencia y ordena a los Estados miembros que tomen las medidas necesarias con el fin de no privar a los trabajadores de los derechos

(35) Se pregunta VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentarios a la Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio*, Dijusa, pág. 604, Madrid, 2003, hasta qué punto es preceptivo el contenido del acuerdo de los representantes de los trabajadores.

(36) Sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresas individuales, con ese mismo título, vid. el excelente trabajo de RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y BRAVO FERRER, M., en *RL*, II, núms. 11 y 12, 2002, págs. 160 y sigs. Recuerdan los autores que los Estados miembros pueden introducir excepciones a la regla general del mantenimiento de las condiciones de trabajo en el caso de transmisión de empresas en crisis aunque con cautela.

(37) Vid. sobre este Reglamento, VIGUERA RUBIO, J. M.^a, «Una iniciativa para la adopción de un Reglamento sobre procedimientos concursales», en *RDBB*, núm. 76, octubre-diciembre, págs. 189 y sigs., 1999.

que les asisten en caso de transmisión de empresas (38). Lo cierto es que la reforma de la Ley 12/2001, de 9 de julio, del artículo 44 del ET, no abordó de forma específica la cuestión de la subrogación de los derechos y obligaciones en caso de transmisión de una empresa en estado de insolvencia, quizá pensando que sería el futuro texto concursal el que lo hiciera (39).

Hay que decir, que la tan criticada desconexión entre derecho laboral y derecho concursal tampoco ha encontrado una solución satisfactoria tras la LC de 2003 en el tema de la sucesión empresarial de empresas en situación de insolvencia en concordancia con las Directivas 98/50 que modificó la 77/187 y la más reciente 2001/23, relativas precisamente —sobre todo la primera— a todas las transmisiones de empresas vinculadas a un procedimiento concursal que conlleve la liquidación de los bienes del transmitente de la empresa. Todo ello con el fin de evitar que los trabajadores en esos supuestos vean afectadas sus garantías derivadas del contrato de trabajo, o lo que es lo mismo, que los trabajadores mantuvieran en caso de traspaso de empresa —también cuando éste se limite a un centro de actividad o parte del mismo— sus derechos.

Ante el silencio en el tema de la Ley 12/2001, de 9 de julio, en el orden estrictamente laboral, cara a la aplicación del artículo 44 del ET en caso de transmisión de empresas en procedimientos concursales en temas tales como *la asunción de las deudas laborales anteriores a la transmisión*, había que haber aprovechado la reforma concursal para subsanar tal «*laguna legal*».

(38) En un orden general sobre la transmisión de la empresa y sus efectos, puede verse: CAMPS RUIZ, L. M., *Régimen laboral de la transmisión de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993. Aparte del trabajo citado de RODRÍGUEZ PIÑERO, M., y FERRER BRAVO, M., *El mantenimiento*, cit., y en el estudio de la Ley 12/2001 española de reforma, entre otras materias, del artículo 44 del ET —y sin olvidar los Tratados Generales de Derecho del Trabajo—, vid. VALDÉS DAL RÉ, F., «Las garantías colectivas en la transmisión de empresas», en *RL*, II, núms. 11 y 12, págs. 199 y sigs., 2002. ALAMEDA CASTILLO, M.^a T., *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial: Conservación frente a liquidación*, Consejo Económico Social, Madrid, 2001. DEL REY GUANTER, S., «El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas: anotaciones a las novedades esenciales», en *Temas Laborales*, núm. 61, 2001. MONEREO PÉREZ, J. L., «La transformación del Derecho Concursal y cambio de titularidad de la empresa en crisis, reflexiones jurídicas-críticas», en *RDS*, núm. 3, 1998. MORENO GENE, J., *El régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. SEMPERE NAVARRO, A., «Sobre los aspectos colectivos en la transmisión de empresas», en: *AS*, núm. 7, 2002.

(39) Decían en el año 2002, RODRÍGUEZ PIÑERO, M., y FERRER BRAVO, M., en *El mantenimiento*, cit., pág. 188, que precisamente ante la omisión de la Ley laboral —se refieren a la 12/2001 aludida— la nueva Ley Concursal debería tratar la cuestión de la suerte de los contratos de trabajo en la transmisión de las empresas en crisis teniendo en cuenta los problemas genéricos: «*del propio concurso sobre la protección de los derechos de los trabajadores*». Pero, como vemos en el texto, se perdió esa oportunidad que ya el informe del Consejo de Estado, en 21 de marzo de 2002, lo había denunciado todavía sin el PLC aprobado.

De todos modos, dentro del Capítulo II, Sección 2.^a, «*De las operaciones de liquidación*», el artículo 149.1.1.^a dice: si no se aprueba un plan de liquidación hay que acudir a algunas reglas laborales supletorias como las de: *la enajenación como un todo del conjunto de los establecimientos y cualesquiera otras unidades productivas o servicios pertenecientes al deudor*. La enajenación debe hacerse por subasta, pero si ésta quedare desierta, el Juez puede acordar la enajenación directa. En todo caso —art. 149.1.1.^a-2.^o— las resoluciones que adopte el Juez del concurso deben dictarse previa audiencia, por un plazo de quince días, de los representantes de los trabajadores, lo cual es lógico para poner el precepto en relación con el artículo 148.3 de la propia LC cuando establece que el plan de liquidación debe someterse a informe de esos representantes para que puedan formular observaciones o propuestas de modificación (con estas medidas el cambio del PLC a la LC en la cuestión es trascendental para el mundo del trabajo). Son medidas tendentes a intentar conservar la empresa que está en concurso ya que, como observa PULGAR EZQUERRA, J. (40), se pretende: *una liquidación del establecimiento como un todo*, sin duda para evitar: *«la destrucción del valor empresarial»*.

Tenemos que señalar, por otro lado, que *el cesionario y los representantes de los trabajadores* pueden suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo y esto con el fin de asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo (41).

Son interesantes, cuando menos, las reglas contenidas en el artículo 149 LC en orden a la enajenación de la empresa o parte de la misma. Pero no hay que olvidar que el artículo 100.2 LC, dentro del contenido de la propuesta de convenio, alude a que también se pueden incluir en la misma: *«proposiciones de enajenación bien del conjunto de bienes o derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada»*. Pero, añade el precepto citado, que las proposiciones incluirán *necesariamente* que

(40) PULGAR EZQUERRA, J., «Las soluciones del concurso de acreedores: el convenio y la liquidación», en *Derecho Concursal*, cit., pág. 475 sobre todo. También RÍOS SALMERÓN, B., *La Ley Concursal y los trabajadores*, cit., núm. 385, recalcando que el artículo 149.2.1.^o acerca más a la transmisión de la empresa con los créditos salariales en el concurso, ya que el Juez del mismo puede acordar que el adquirente: *«no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación, que sea asumida por el FOGASA»*. Es decir, lo que exceda de multiplicar el duplo del SMI por el número de días pendientes de pago y con el máximo de ciento veinte días. En cuanto a las indemnizaciones, ya se señaló que el tope es el correspondiente a doce mensualidades sin que el salario base del cálculo pueda exceder tampoco del duplo del SMI con la excepción de las rescisiones del contrato de trabajo a tenor del artículo 50 ET, rescisiones a voluntad del trabajador, ya que entonces son 25 días por año de servicio.

(41) Como se ve, la asunción de esta obligación por el *cesionario* es facultativa tras la venta del establecimiento.

el adquirente asume el compromiso de la *continuidad* de la actividad profesional o empresarial. En este caso, además, deben ser oídos los representantes de los trabajadores. Es paradójico que el mismo artículo 100.3 excepcione el que en la propuesta se incluyan cesiones de bienes y derechos a los acreedores para el pago de sus créditos ni en cualquier forma de *liquidación global del patrimonio del concursado* para satisfacer sus deudas, con lo cual hay que pensar que no estamos ante una cesión global del activo y del pasivo (42).

V. LOS CRÉDITOS SALARIALES EN PARTICULAR Y SU INCIDENCIA EN LA LEY CONCURSAL

Los créditos privilegiados entre los que se encuentran los salariales, son: «la *pedra de toque*» de cualquier Ley Concursal. La «*poda drástica*» que menciona como una de las finalidades de la reforma la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003 en relación con los citados créditos, se ha hecho pero sin que el calificativo la haya acompañado. Vamos a ver a continuación las diferentes clases de créditos tanto laborales como salariales en particular y su incidencia dentro de la LC:

1. LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA, SALARIALES EN PARTICULAR Y LABORALES EN GENERAL

En este tema hay que partir de la distinción dentro de la determinación de la masa pasiva y que hace el artículo 84.1 LC así: *créditos contra el deudor común* y *créditos contra la masa*. La definición de los primeros es simplista en la LC, ya que dice que son aquéllos: «*que no tienen la consideración de créditos contra la masa*», o sea, los no enumerados en los once epígrafes con tal carácter en el artículo 84.2.º de los cuales nos interesan en concreto para nuestro estudio, los apartados 1.º y 5.º

Hay que decir que, en general, la graduación de los créditos es una materia ciertamente compleja y muy importante, afirmando GARRIDO que es: «*la mayor de todas las que se contemplan en una Ley Concursal*» (43).

(42) En este sentido, NOVAL PATO, J., «Cesión global del activo y del pasivo en las sociedades de capital», en *Cuadernos Mercantiles*, dirs. por FERNÁNDEZ RUIZ, J. L., núm. 31, 2003, en especial págs. 68 y sigs., considerando que la solución continuista no puede equipararse a la *cesión global del activo y del pasivo* porque normalmente la operación no supone la transmisión de la totalidad del pasivo. La transmisión global la contempla, como se ve, nuestra LC en dos fases: la del convenio y dentro de las reglas supletorias de la liquidación. Recuerda, la Ley francesa 85/98 que regula en sede concursal, con precisión, el tema de la cesión de empresas.

(43) GARRIDO, J. M.^a, «La graduación de créditos», en *La reforma de la legislación concursal*, AA.VV., dirs. por ROJO, A., pág. 225, Madrid, 2003. Antes en: *Tratado...*, cit.,

Respecto a los créditos salariales (uno de los temas más polémicos desde el inicio de la reforma por considerarse que son *excesivos* y rompen la *par conditio creditorum*, todo ello a pesar del Convenio número 173 de la Organización Internacional de Trabajo, de 23 de junio de 1992, ratificado por España en 1995, que señala que: las legislaciones *deben atribuir a los créditos laborales un rango superior a los demás créditos y, en particular, a los del Estado y los de la Seguridad Social*), volvemos al artículo 84.2.1.º y 5.º en relación con los créditos contra la masa (deudas de la masa).

a) *Artículo 84.2.1.º Créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración del concurso*

El artículo 84.2.1.º recuerda al tradicionalmente llamado crédito *superprivilegiado* salarial del artículo 32.1 ET (algunos lo llaman *superhipoteca*) que extraconcurso, seguirá igual, es decir, siendo su preferencia absoluta frente a cualquier otro crédito aunque esté garantizado por prenda o hipoteca. En sede concursal, tras la discusión parlamentaria, el crédito contra la masa salarial del apartado 1.º del artículo 84.2 LC queda concretado al generado por el no pago de los salarios por los últimos treinta días de trabajo *anteriores a la declaración del concurso* y en cuantía que no supere el doble del SMI. El cambio es fundamental en relación con la subsanación de la omisión de este crédito en los ALC y PLC por la Ley Concursal en este artículo 84.2.1.º que le coloca, además, en primer lugar de preferencia entre los créditos contra la masa, naturalmente desde el ángulo laboral, pero tropieza con la diferencia entre el artículo 32.1 del ET y el 84.2.1 LC, de que, extraconcurso, en el orden laboral, seguirá *el superprivilegio* (44) porque la reforma de ese artículo del ET lo ha dejado igual, pero no así en el orden concursal, ya que no se menciona la preferencia en relación con los créditos con garantía real. Por otro lado, su pago a tenor del artículo 154 LC, eso sí, se hará inmediatamente, pero teniendo preferencia sobre él los créditos con privilegio

págs. 396 y sigs., Madrid, 2000. También vid. su trabajo en el homenaje al profesor MENÉNDEZ, A., *El sentido y los excesos de la tutela del crédito en la quiebra*, vol. III, págs. 3575 y sigs., 1996. ALONSO LEDESMA, C., que ha venido dedicando gran atención a este importante tema: «Algunas consideraciones sobre el tratamiento de los acreedores en la reforma del Derecho Concursal español. A propósito de la Propuesta del ALC de diciembre de 1995», en: *Estudios de Derecho Mercantil, homenaje al profesor Duque Domínguez, J.*, vol. II, págs. 1583 y sigs. y, en especial, la 1591. Valladolid, 1998. Posteriormente, tras otros trabajos sobre los ALC y el PLC, en: *Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación*.

(44) Observa BELTRÁN SÁNCHEZ, E., en: *Deudas de la masa*, págs. 60 y sigs., Bolonia, 1986, que al calificarlo como deuda de la masa, en cierto modo se le confiere el carácter de *superprivilegio*.

especial que enumera en seis apartados el artículo 90 LC y el primero, precisamente, se refiere en orden de prelación de pago a: los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal o con prenda sin desplazamiento sobre los bienes hipotecados o pignorados.

De todos modos, creo que el giro dado a este privilegio salarial en el concurso tras la discusión parlamentaria, ha sido muy beneficioso para el mundo del trabajo, ya que al considerarlo como *deuda de la masa* y satisfacerse inmediatamente a su vencimiento, prácticamente sigue conservando este privilegio un carácter muy favorable, por esos últimos treinta días de trabajo debidos anteriores a la declaración del concurso.

La prioridad de los créditos con *garantía real*, se opina por algunos que no es un mero privilegio, sino que constituyen verdaderas garantías reales, pero esto en el orden de preferencia no es nuevo. Lógicamente, la satisfacción del mundo del trabajo hubiera sido completa si este crédito se hubiera conservado como en vía extraconcursal y colocado en el número 1.º del artículo 90 LC, concretando, además, específicamente su preferencia al crédito garantizado con garantía total.

Además, el artículo 154.3 LC precisa que el crédito será pagado con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial.

Respecto al crédito en sí, en el orden temporal se concreta a los últimos treinta días de trabajo, es decir, han de corresponder a un tiempo que sea anterior a la declaración del concurso hecha por un Auto del Juez del mismo. El límite cuantitativo es el doble del SMI, por el cual hay que entender el vigente en el momento de la declaración de apertura del concurso y no en el momento del devengo, porque el trabajador no tiene ninguna culpa en un cobro no puntual. También entendemos que la frase *pago inmediato*, aún conexionándola con la espera al vencimiento del crédito, quiere significar la mayor preferencia del que comentamos sobre los demás del mismo artículo 84.2 LC.

b) *Artículo 84.2.5.º Los créditos laborales surgidos tras declaración del concurso*

Tras la declaración del concurso se pueden generar diversos créditos laborales como consecuencia del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor. Estos créditos laborales comprenden las indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo, acordada por el Juez del concurso, así como los recargos por las prestaciones por incumplimiento en materia de salud laboral. Todo ello, hasta que el Juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso. Estimamos que estos

créditos se generan no por *la mera continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor concursado*, sino por la declaración concursal a la que se refiere el artículo 84.2.5.º LC. Son deudas que aparecen, pues, *tras la declaración del concurso*.

Hay que aplaudir la fórmula general de indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo sin remitirse a ninguna, en concreto, de las que formula nuestro ordenamiento laboral vigente.

2. EL CRÉDITO REFACCIONARIO DE LOS TRABAJADORES COMO CRÉDITO CON PRIVILEGIO ESPECIAL

El artículo 90.1.3.º señala como crédito *con privilegio especial*, el refaccionario sobre los bienes refaccionados: «*incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado*». Este crédito encuentra su sede laboral en el artículo 32.2 del ET, donde tiene preferencia sobre cualquier otro, mientras que en la LC, el artículo 90.1 coloca al crédito refaccionario con privilegio especial, en el tercer lugar en orden de preferencia tras los créditos garantizados con hipoteca o prenda sin desplazamiento y los que tienen la garantía de la anticresis sobre los frutos del inmueble gravado.

En la discusión en el Congreso se propuso, dado el excesivo número de créditos privilegiados en nuestro Derecho, el suprimir el refaccionario. Pero no prosperó la enmienda número 28 del Grupo Parlamentario Mixto. Son créditos los refaccionarios que se incorporan a una actividad productiva que desarrollan los trabajadores aunque el crédito no actúa sobre los bienes del empresario deudor, sino solamente sobre los objetos elaborados por ellos (45).

La LC en el artículo 90.1.3.º acoge de modo decidido el crédito refaccionario de los trabajadores como créditos con privilegio especial, tal como pedíamos ante la inconcreción del ALC de septiembre de 2001 (46). Quizá hubiera sido oportuno en la LC el extender la protección del crédito tanto a los bienes muebles como a los inmuebles, aunque la extensión es doctrina generalizada (47).

(45) Entre otros, ALONSO OLEA, M., con edición, la 21.ª, realizada por CASAS BAHAMONDE, E., Madrid, 2003. MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SANUDO, F., y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 9.ª ed., págs. 614 y sigs., Madrid, 2000. RÍOS SALMERÓN, B., *Los privilegios del crédito salarial*, págs. 355 y sigs., Madrid, 1984.

(46) FERNÁNDEZ RUIZ, J. L., «Los créditos salariales», cit., en *Estudios*, cit., pág. 320, Madrid, 2002.

(47) CASAS BAHAMONDE, E., *Curso del Derecho del Trabajo*, 21.ª ed., 2003, en los términos que hemos apuntado antes. RÍOS SALMERÓN, B., «Garantías del salario», en *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, dir. por BORRAJO DACRUZ, E., vol. I, pág. 313, Madrid, 1994, Edersa.

Lo que sí seguimos opinando es que no se extiende el crédito a *las reparaciones en el seno de la empresa*, como ya sostuvimos hace algún tiempo (48).

Finalmente queremos hacer notar que para que los créditos con privilegio especial que contempla el artículo 90.1 en sus cinco apartados puedan ser calificados como tales es necesario que las respectivas garantías consten en un asiento de un Registro Público, lo cual el mismo artículo 90.2 excluye para los hipotecarios y precisamente para los refaccionarios de los trabajadores.

3. LOS CRÉDITOS SALARIALES Y LOS LABORALES DENTRO DE LOS CRÉDITOS CON PRIVILEGIO GENERAL

El artículo 91 LC introdujo importantes modificaciones en relación con esta materia muy favorables para los trabajadores. La primera, por ejemplo, la de que *los créditos por salarios* que no tengan reconocido un privilegio especial y en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del SMI por *el número de salarios pendientes de pago*, es un crédito con privilegio general colocado en el primer lugar de preferencia del artículo 91.1.º LC. Es decir que, el crédito no tiene límite de días o meses de salarios no pagados, sino que *se extiende a los pendientes de pago*, frente a los seis meses anteriores a la declaración del concurso del ALC de 2001. Como advierte GARRIDO (49), se ha pasado de una delimitación temporal de la protección a una material que protege todos los créditos salariales aunque con la limitación del triple del SMI a la hora de la multiplicación *por el número de días de salario pendientes de pago* (50). También se consideran en el artículo 91.1 créditos con privilegio general, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos con el límite antedicho. El texto se completa de modo notable en la LC con la extensión de los créditos con ese carácter de privilegio general, a las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional así a los recargos por incumplimiento de las obligaciones en «*materia de salud laboral*» devengados con anterioridad a la declaración del concurso.

(48) FERNÁNDEZ RUIZ, J. L., «Los procedimientos de quiebras y suspensión de pagos y su incidencia en los créditos salariales», en *RDM*, núm. 225, pág. 1138, 1997. También, GULLÓN BALLESTEROS, A., «Las garantías del crédito salarial», en la *RDP*, págs. 398 y sigs., 1980.

(49) GARRIDO, J. M.ª, *La graduación*, cit., pág. 233.

(50) El límite a la protección lo introdujo la Ley 11/1994 en el aspecto cuantitativo, tanto para los salarios como para las indemnizaciones. Ello, en cuanto al módulo diario para calcularlas. La STS de 19 de diciembre de 2000, en ejecución separada laboral admitió que se podía superar en estos casos el límite del artículo 32.3, naturalmente hablando en vía laboral exclusivamente. Fue ponente de la interesante y novedosa sentencia, el Magistrado don AURELIO DESDENTADO BONETE.

Con esta extensión, se salvan las incomprensibles omisiones en los ALC y PLC que aludían solamente a los créditos derivados de la responsabilidad civil extracontractual, olvidándose de una muy importante totalmente contractual derivada del propio contrato de trabajo, cual es para el empresario la de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Cuestiones que en su día denunciarnos (51).

Finalmente, en este apartado de los créditos con privilegio general hay que referirse a las cantidades correspondientes a los créditos de la Seguridad Social en cumplimiento de una obligación legal que el artículo 90.2.º coloca en segundo lugar de preferencia en los créditos con privilegio general referidos a: «*las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de seguridad social debidas en cumplimiento de una obligación legal*». Se ha pasado de lo que el artículo 75.4 PLC decía respecto a estas cantidades, es decir, que se podían separar de la masa, a que constituyan un crédito con privilegio general detrás del de los salarios pendientes de pago. Esto es congruente con lo que sucede en la mayoría de los Países con los créditos públicos y, en especial, con los de la Hacienda Pública y la Seguridad Social que van dejando de ser superprivilegiados y ello para evitar los efectos negativos sobre los créditos de los acreedores ordinarios. La medida, además, reduce la discrecionalidad de la Administración (52) en caso de crisis económica con la consiguiente viabilidad de la empresa insolvente.

El crédito, en concreto (art. 91.2.º) son las retenciones —sus cantidades— de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal. La consideración de *depósito* de estas cantidades que el Reglamento de Recaudación de los Recursos de la Seguridad Social (art. 60.2) y el artículo 96.5 del Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, otorgaban a estas cantidades (retenciones que en la nómina mensual hacen los empresarios a sus trabajadores) es lo que hizo en primer término al legislador separar de composición de la masa activa del concurso a las mismas. Tras la discusión de la reforma concursal en el Congreso de los Diputados, estas retenciones quedaron dentro del artículo 91.2.º como créditos con privilegio general (53).

(51) FERNÁNDEZ RUIZ, J. L., *Los créditos salariales en el PLC*, Refor, pág. 146, octubre de 2002. También RÍOS SALMERÓN, B., *El ALC y los trabajadores*, pág. 68, RDS, núm. 14, abril-junio de 2001.

(52) Términos en los que se expresaba el informe del Consejo del Poder Judicial sobre el ALC de 2001, de 6 de noviembre, y que puede verse en el Anexo de la publicación: *Derecho Concursal*, cit., Madrid, 2003. Por su parte, ALONSO LEDESMA, C., ya en el año 2002: *La clasificación*, cit., sobre todo págs. 191 y sigs., aludía a la no justificación hoy día de estos créditos públicos privilegiados como la de que el Estado esté necesitado de una tutela semejante, mermando además estos créditos totalmente las expectativas del resto de los acreedores, a su juicio.

(53) Esto es acertado a juicio de CORDÓN MORENO, F., en *Los aspectos procesales del concurso*, cit., en especial pág. 587, ya que la consideración de depósito se contiene en

4. LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 32 ET: LA SUPRESIÓN DE LA EJECUCIÓN LABORAL SEPARADA

La Disposición Final decimocuarta de la LC, modifica el artículo 32 del ET relativo a: «*las garantías salariales*», siendo lo más llamativo y perjudicial para los trabajadores, como antes ha quedado apuntado, la supresión de la ejecución laboral separada (art. 32.5 ET), es decir, el que: «*las acciones que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los créditos a los que se refiere este artículo, no quedarán en suspenso por la tramitación de un procedimiento concursal*».

Por tanto, el llamado «*privilegio de autonomía procesal laboral*», se suprime (54), y ha sido un utilísimo instrumento para que los trabajadores cobren sus créditos salariales en los *procedimientos de ejecución colectiva*, aparte de que salvaba la lentitud de esos procedimientos (55).

Pero en el orden concursal, tras la discusión de la reforma en el Senado, los intereses de los trabajadores se vieron reforzados en su protección en esta vía al establecer el artículo 55.1.2.º, que: «*podrán continuarse las ejecuciones laborales en las que se hubieren embargado bienes del deudor concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor*».

El artículo 32.4 del ET ahora será el 5.º, señalando que las preferencias de los apartados anteriores de dicho precepto serán de aplicación en todos los supuestos en los que no hallándose el empresario declarado en concurso, los correspondientes créditos concurren con otro u otros sobre bienes de aquél.

VI. LOS CRÉDITOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN PARTICULAR, EN LA LEY CONCURSAL

Los créditos de la Seguridad Social no son estrictamente laborales, por supuesto, pero derivan normalmente del contrato de trabajo surgiendo en caso de incumplimiento de la obligación de cotizar por parte del empleador. Antes, nos hemos referido al crédito por retenciones de cantidades debidas por el concursado a la Seguridad Social (art. 91.2 LC, que lo cataloga como crédito con privilegio general) y, en síntesis apretada, estimamos oportuno, por lo

normas reglamentarias de carácter por tanto administrativo. Pero no deja de ser un crédito a favor de la Seguridad Social, eso sí, sin una cobertura legal.

(54) Expresión de ALTES TARREGA, J., *Suspensión de pagos y quiebra e insolvencias punibles*, AA.VV., pág. 414, Valencia, 2000. RÍOS SALMERÓN, B., *El alce...*, cit., pág. 68.

(55) ALAMEDA CASTILLO, M.ª T., *Conservación*, cit., pág. 70.

que antecede, terminar este estudio con referencia a los Créditos de la Seguridad Social en general.

Este crédito público, cuyo contenido será objeto enseguida de atención, ha tenido tradicionalmente un carácter privilegiado excesivo, con una protección cada vez más discutida por el ámbito de la misma (56). Sin embargo, en los últimos años, respecto de los créditos públicos se ha comprobado una disminución notable de sus privilegios dentro de los procedimientos concursales sobre todo, de los de Hacienda y de los de la Seguridad Social. Si se quiere precisar el posible fundamento y justificación de tales privilegios, éstos se basan en que las cotizaciones al sistema de la Seguridad Social son la principal fuente de financiación para la protección social tipificada en el pago de las prestaciones contributivas (estamos ante una auténtica *redistribución de la renta*). De ahí que se diga que estos créditos, tanto concursales como extraconcursoales, son créditos del *patrimonio* de la Seguridad Social y no de sus organismos gestores o, en su caso, colaboradores con la excepción, que se verá luego, de la Tesorería General de la Seguridad Social (art. 81 de la Ley General de la Seguridad Social de 24 de junio de 1994) que es el órgano recaudador del sistema y por ello, como señala DESDENTADO BONETE, A. (57): *el gestor de los privilegios y el beneficiario directo de los mismos*.

Extraconcurso, los créditos de la Seguridad Social tienen el mismo orden de preferencia que los mencionados en el artículo 1924.1 del Código Civil y en el apartado 2.º E del mismo precepto.

Sin embargo, en este momento nos interesan los créditos de la Seguridad Social en caso de concurso a los que se refiere el artículo 22 LGSS, tras su modificación por la Disposición Final Decimosexta de la LC y, sobre todo, el apartado 2.º del mismo.

A tenor de la LC, los créditos de la Seguridad Social en su orden de prelación al que se refiere la Disposición Final Decimosexta, apartado 1.º en la modificación del artículo 22 de la LGSS, son los relativos a estos extremos: *cuotas y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos*

(56) ALONSO LEDESMA, C., *Delimitación de la masa pasiva*, pág. 383, donde señala que estos créditos merman totalmente las expectativas de los acreedores, ya que consumen la totalidad del patrimonio del deudor. Advierte, por otro lado, que han desaparecido en Países como Portugal, Dinamarca y Reino Unido. En el mismo sentido: GARRIDO, J. M.ª, *Tratado de preferencias*, cit., pág. 480. Para una completa información sobre *el iter legislativo* de estos créditos y sus privilegios, vid. el interesante trabajo de MÍNGUEZ BENAVENTE, J. R., «La preferencia de los créditos de la Seguridad Social», en AA.VV., «Análisis de diversas cuestiones sobre el Pacto de Toledo», en MTAS (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), págs. 407 y sigs., Madrid, 1997.

(57) «Los privilegios de los créditos de la Seguridad Social», en *Preferencia de créditos*. (Separata), *Manuales de formación continuada*, núm. 2, págs. 449 y sigs., Madrid, 1999. Un trabajo sobre el tema de indudable interés y de imprescindible consulta, a nuestro juicio.

e intereses que sobre aquéllos procedan. Por tanto, en principio, la delimitación del privilegio parece ofrecer claridad en cuanto a las cuotas y no tanto en lo que debe entenderse por *recaudación conjunta* que desglosa el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (Decreto 1637/1995 con modificaciones posteriores en 1997 y 1998 y desarrollo por Orden Ministerial de 26 de mayo de 1999), en su artículo 4.2 de la manera siguiente: cuotas del FOGASA, de Formación Profesional y las de Desempleo. Pero como se ha observado, estas últimas no se pueden considerar como de recaudación conjunta con las de la Seguridad Social por cuanto responden a recursos para financiar una concreta prestación que no paga la TGSS sino el Instituto Nacional de Empleo (58). Estos créditos son a los que se refiere el artículo 91.4.º LC. Por otro lado, conviene señalar que el artículo 3.4.4.º de la LC, dentro de los presupuestos objetivos para la declaración del concurso, señala en materia de Seguridad Social el incumplimiento del pago de las cuotas y demás conceptos de recaudación conjunta en los tres meses anteriores a la solicitud del concurso.

Los *demás créditos de la Seguridad Social* a tenor de la Disposición Final Decimosexta 1, quedarán *asimismo* sometidos a lo establecido en la Ley Concursal. Se trata en este caso de créditos de la Seguridad Social exclusivamente (un alquiler debido de un arrendamiento de un edificio propiedad de la misma, por ejemplo), es decir, que le correspondan al Sistema. Entre otros conceptos de *los demás créditos de la Seguridad Social* se pueden citar las aportaciones de cualquier modalidad que deban hacerse a favor de la Seguridad Social, los capitales coste de renta que deben ingresar las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, el importe de sanciones e infracciones en materia de Seguridad Social, las aportaciones por ayudas equivalentes a jubilaciones anticipadas cuando no se recauden conjuntamente con las cuotas, etc. (59).

(58) Vid. DESDENTADO BONETE, A., *Los privilegios*, cit., pág. 457 en particular. Este autor señala que, efectivamente, hay otras exacciones de recaudación conjunta como pueden ser las aportaciones del Estado, pero éstas no forman parte del crédito concursal. Sí, dentro del concepto de *cuotas*, las relativas a accidentes de trabajo, ya que las primas que se pagan por esta contingencia, equivalen al de las cuotas. También RIVERO LAMAS, J., «Aspectos laborales de la reforma de la Legislación concursal» en: la *Revista Proyecto Social, Revista de Relaciones Laborales y Ciencias del Trabajo*, núm. 10, 2003.

(59) Estimo que aunque el tema es opinable, el privilegio puede alcanzar al ejemplo que cito que, en el fondo, no es más que una renta de un bien inmueble que forma parte del patrimonio de la Seguridad Social, aunque no forme parte de la recaudación, hay que advertir que el privilegio no tiene nada que ver con la recaudación en vía ejecutiva de la TGSS. En el mismo sentido, DESDENTADO BONETE, A., *Los privilegios*, cit., págs. 465 y sigs. Una exhaustiva enumeración de lo que se consideran restantes créditos de la Seguridad Social, lo recoge este autor en las págs. 464 y 465.

Tanto unos como otros créditos en vía concursal (art. 91.4.º LC), se pueden ejercer para el conjunto de los mismos, es decir, los de la Seguridad Social y para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública, respectivamente, hasta el 50 por 100 de su importe (60).

Por otro lado, el artículo 24 del TRLGSS (Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social), se modifica también por la Disposición Final Decimosexta, número 2, de la LC respecto a la posibilidad de transacciones judiciales o extrajudiciales sobre los Derechos de la Seguridad Social que, en principio, no son posibles como tampoco el someter a arbitraje contiendas que surjan sobre los mismos (la excepción habrá de acordarse mediante Decreto acordado por el Consejo de Ministros previa Audiencia del Consejo de Estado). Sin embargo, el apartado 2.º de este número 2 de la Disposición Final Decimosexta de la LC, permite a la TGSS, el suscribir o adherirse a los convenios o acuerdos que prevé la propia LC, eso sí, sometiendo sus créditos a condiciones que no pueden ser más favorables para el deudor que las convenidas con el resto de los acreedores.

El artículo 208.1 de la LGSS en su apartado *a)* se modifica, considerando *situación legal de desempleo*, la que proviene de un expediente de regulación de empleo tras el oportuno expediente o en virtud de resolución judicial adoptados en el seno de un procedimiento concursal. Por otra parte, el número 2 del mismo apartado 1.º del citado artículo 208 LGSS, estima que es también *situación legal de desempleo*, la que proviene de un expediente de regulación de empleo o de resolución judicial adoptadas en el seno de un procedimiento concursal que lleve a la suspensión de la relación laboral que une al trabajador con la empresa.

También queremos aludir a una cuestión que en orden a los beneficiarios de las prestaciones de la Seguridad Social pudiera darse cuando el empleador está en concurso. Como hemos visto, los créditos de la Seguridad Social que no gocen del privilegio especial del artículo 90.1 LC ni del de carácter general del 91.2.º cantidades correspondientes a retenciones a la Seguridad Social por el concursado en cumplimiento de una disposición legal, son créditos con privilegio general (art. 91.4.º LC). La consideración de que el mismo artículo 91.1.º gradúe como créditos con privilegio general y en el primer orden de prelación a: «*las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral y devengados con anterioridad a la declaración de concurso*», nos sugiere algunas breves consideraciones.

(60) GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Reflexiones sobre el depósito virtual del artículo 96.5 del Reglamento General de Recaudación a la luz de la STS, de 5 de julio de 2000, ante el inquietante silencio sobre tal norma», en *AJA*, núm. 511, págs. 1 y sigs., de 6 de di-

Evidentemente, las prestaciones de la Seguridad Social tienen un titular del privilegio que es el trabajador asegurado, bien beneficiario directo o indirecto (61). Entonces, caben algunas situaciones que la propia dinámica del aseguramiento en materia de Seguridad Social conlleva. En efecto, vayamos de nuevo al artículo 91.4.º y, en concreto, a las contingencias protegidas de accidente de trabajo y enfermedad profesional (añadido de última hora en el Senado). El artículo 121.2 de la LGSS, en relación con el 126.2 de la misma y, en orden a las prestaciones de los beneficiarios, señala que en el caso de incumplimiento de las obligaciones de afiliación, altas y bajas y cotización por parte del empresario, la responsabilidad será del mismo y los créditos correspondientes tienen la consideración de privilegiados a tenor del artículo 32 ET ya visto. Puede suceder (en virtud del clásico y fundamental principio protector de la Seguridad Social, «*la automaticidad de las prestaciones*»), que sea la Entidad Gestora —el Instituto Nacional de la Seguridad Social—, o colaboradora —una Mutua—, las que anticipen la prestación. Si se trata de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, está claro que el crédito se traslada a la Mutua aseguradora de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (art. 126.3 LGSS o Entidad Gestora). Ambas entidades, gestora y colaboradora, en el caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se *subrogan* en los derechos y acciones de los *beneficiarios* de las diversas prestaciones por esas contingencias protegidas en el sistema de la Seguridad Social.

Pero pudiera pensarse en que si la empresa es insolvente y la Entidad colaboradora es una Mutua que está en período de liquidación si también la LC se aplicaría en estos casos para graduar el crédito concreto del trabajador vía artículo 91.1. Cuando hay *anticipo directo de las prestaciones*, no hay problema, pero, sin embargo, puede ocurrir que la Mutua *esté en insolvencia*. Pues bien, había que recordar en este momento que las Mutuas son Asociaciones debidamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo sin ánimo de lucro, por lo que nuestra opinión es que en caso de liquidación están legitimadas como deudoras para pedir la declaración del concurso a través de los *liquidadores* (art. 3.1 LC).

La solución, en este caso, puede venir de la propia LC, al considerar el crédito del beneficiario a la prestación dentro de los comprendidos en el artículo 22 LGSS modificado por la Disposición Final Decimosexta 1 cuando

ciembre de 2001. Con esta medida, dice, desaparece todo atisbo del clásico principio del Derecho Concursal: *par conditio creditorum*.

(61) Vid. ampliamente: DESDENTADO BONETE, A., *Los privilegios*, cit., en especial págs. 471 y sigs. La distinción entre beneficiarios directos o indirectos de las prestaciones no tiene dificultad, ya que derivan los segundos normalmente de la muerte del trabajador y son, entre otras, las de viudedad y orfandad, mientras que los primeros se dan cuando el contrato de trabajo está en vigor o bien —como en el caso del desempleo— cuando se ha extinguido, con los derechos a la protección consiguiente.

habla: «*de los demás créditos de la Seguridad Social*» que gozan de la misma preferencia que los del apartado 2.º E del artículo 1.924 del Código Civil, pero que aquí habría, dentro del concurso, que encuadrar el crédito por estas indemnizaciones en el artículo 91.1.º Si la prestación se ha anticipado al *beneficiario*, la Tesorería General de la misma, podría ejercitar, como sostiene DESDENTADO BONETE, A. (62), el privilegio del crédito por efecto de la subrogación (esto, sin olvidar la posición de la Caja Única de la Seguridad Social en el concurso a tenor del art. 24.2.º de la LGSS modificado por la Disposición Final decimosexta de la LC 2.2.º).

Por otro lado, el artículo 91.1 LC considera créditos con privilegio general los de los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral *devengados con anterioridad a la declaración del concurso*. En caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, el supuesto se encuadra normalmente dentro del llamado recargo por falta de medidas de seguridad (según la gravedad de la falta, supone un recargo de un 30 a un 50 por 100 de la prestación económica). Este recargo, en su pago, es a cuenta exclusiva del empresario y no puede ser objeto de seguro alguno (art. 123.2 LGSS). Lo mismo que los créditos por salarios, o las indemnizaciones correspondientes a la extinción del contrato de trabajo, el crédito por recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral tienen en el concurso el carácter de créditos privilegiados generales pero han debido ser devengados con anterioridad a la declaración del concurso (art. 91.1 de la misma). Como en este supuesto no existe anticipo de la Entidad Gestora o Colaboradora, si el recargo se declara en vía administrativa, el privilegio lo hará valer la TGSS a través de la vía de la recaudación ejecutiva.

BIBLIOGRAFÍA (63)

ALAMEDA CASTILLO, M.^a T.: *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial (conservación frente a liquidación de empresas en crisis)*, CES, Madrid, 2001.

— *Conservación de empresas en crisis y contrato de trabajo*. Monografías Aranzadi, Madrid, 2002.

(62) Vid.: *Los privilegios*, cit., pág. 474, delimitando los supuestos de que la responsabilidad del empresario o de la Mutua, se establezca por una Resolución Administrativa o, en su caso, por una sentencia: «*en cuyo caso el crédito opera con normalidad en caso de concurrencia con otros créditos aunque se haya producido la anticipación de la prestación por la entidad gestora o colaboradora competente*».

(63) Por supuesto, además, he manejado los Manuales Generales de Derecho del Trabajo en el tema y los diversos comentarios al artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores.

- «La proyectada reforma concursal y sus implicaciones laborales», en *AL*, III, núm. 32, págs. 659 y sigs., 2002.
- ALCOVER GARAU, G.: «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima por las deudas sociales “ex” artículo 262.5, y los procedimientos concursales», en *RdS*, núm. 8, págs. 265 y sigs., 1997.
- «Introducción al régimen jurídico de la calificación concursal», en *Derecho Concursal*, AA.VV., dirs. por GARCÍA VILLAYERDE, R.; ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J., Dilex, S. L., págs. 487 y sigs., Madrid, 2003.
- ALONSO LEDESMA, C.: «Algunas consideraciones sobre la reforma del Derecho Concursal español», en *Estudios homenaje al profesor Duque Domínguez, J.*, vol. II, págs. 1584 y sigs., Valladolid, 1998.
- «Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación», en *Derecho Concursal*, AA.VV., dirs. por GARCÍA VILLAYERDE, R.; ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J., págs. 357 y sigs., Madrid, 2003.
- ALONSO UREBA, A.: «La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 172.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», en *Derecho Concursal*, AA.VV., dirs. por GARCÍA VILLAYERDE, R., él mismo, y PULGAR EZQUERRA, J., págs. 506 y sigs., Dilex, S. L., Madrid, 2003.
- ALTES TÁRREGA, J. A.: *Suspensión de pagos y quiebra en el ordenamiento jurídico laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: *Las deudas de la masa*, Bolonia, 1986.
- «Masa de la quiebra», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, págs. 4197 y sigs., 1996.
- «Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. III, pág. 3487, nota 20, sobre todo, Civitas, Madrid, 1996.
- BORRAJO DACRUZ, E.: «Los auxiliares del comerciante en el Código de Comercio», en *RDM*, núm. 63, págs. 7 y sigs., 1957.
- «Problemas comunes al Derecho Mercantil y al Derecho del Trabajo», en *RDM*, núm. 66, págs. 348 y sigs., 1957.
- *Altos cargos*, Edersa, Madrid, 1984.
- BRETÍN HERRERO, C.: *La protección económica de los trabajadores*, Dikynson, págs. 41 y sigs., sobre todo, Madrid, 2003.
- CAMPS RUIZ, L. M.: *Régimen laboral de la transmisión de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- CANO LÓPEZ, A.: *Teoría jurídica de la economía social*, CES, Madrid, 2002.
- CANTLE, S. J.: «Preferred Priority in Bankruptcy», en *Current Developments in International and Comparative Insolvency*, Oxford, 1984.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C.: «La nueva Ley Concursal en el marco de la armonización del Derecho europeo. El principio de universalidad y la clasificación de los créditos en el concurso», en *Aranzadi Civil*, núm. 33, págs. 885 y sigs., septiembre de 2003.
- CERDA ALBERO, F. (con SANCHEZ GARGALLO, I.): «Quiebras y suspensiones de pagos claves para la reforma concursal». La Caixa, *Colección de Estudios Económicos*, núm. 25, Barcelona, 2001.

- CONDE MARTÍN DE HIJAS, V. (en colaboración con FERNÁNDEZ VEGA, M.^a T.): *Créditos laborales. Problemática de sus relaciones*, págs. 15 y sigs., sobre todo, Madrid, 1992.
- «Procedimientos concursales y derechos de los trabajadores», en *Colección de Abogados Jóvenes*, s/a, núm. 1.
- DEL REY GUANTER, S.: «El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas: Anotaciones a las novedades esenciales del artículo 44 del ET», en *Temas Laborales*, núm. 61, 2001.
- DESDENTADO AROCA, E.: «El conflicto entre el crédito salarial superprivilegiado y los créditos hipotecarios. Doctrina Registral frente a Jurisprudencia», en *RL*, IV, págs. 49 y sigs., 1999.
- DESDENTADO BONETE, A.: «Preferencia de créditos», en *Manuales de formación continuada*, núm. 2, págs. 449 y sigs., Madrid, 1999.
- DÍEZ PICAZO, L.: «Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores», en *Jornadas sobre la reforma del Derecho Concursal español*, págs. 302 y sigs., Madrid, 1982.
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R. (con MERCADER UGUINA, J. M.): «El convenio 173 de la OIT sobre protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador y su impacto en nuestro ordenamiento español», en *RL*, II, 1995.
- FERNÁNDEZ RUIZ, J. L.: «Historia y actualidad de las relaciones: Derecho Mercantil-Derecho Laboral», en *AL*, págs. 873 y sigs., y 937 y sigs., vol. I, 1988.
- «Los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos y su incidencia en los créditos salariales cara a la reforma de nuestro derecho concursal», en *RDM*, núm. 225, julio-septiembre, págs. 1119 y sigs., 1997.
- «Los créditos salariales y otras cuestiones laborales», en *Estudios sobre el ALC de 2001*, AA.VV., dirs. por GARCÍA VILLAYERDE, R.; ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J., Dilex, S. L., págs. 207 y sigs., Madrid, 2002.
- *Los créditos salariales en el PLC, Jornadas del Refor*, págs. 137 y sigs., Madrid, 2002.
- «Los créditos salariales y otras cuestiones laborales en la Ley Concursal», en *Derecho Concursal*, AA.VV., dirs. por GARCÍA VILLAYERDE, R.; ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J., Dilex, S. L., págs. 409 y sigs., Madrid, 2003.
- GARCÍA MURCIA, J.: «Aspectos laborales de la nueva regulación concursal», en *Derecho de los Negocios*, págs. 83 y sigs., septiembre de 2003.
- GARCÍA VILLAYERDE, R.: «El ALC español de 2000: las bases de una reforma esperada», en *AJA*, núm. 491 de 21 de junio de 2001.
- «El presupuesto subjetivo de la apertura del concurso», en *Estudios sobre el ALC de 2001*, AA.VV., dirs. por el mismo, ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J., Dilex, S. L., págs. 41 y sigs., Madrid, 2003.
- GARRIDO, J. M.³: «El sentido y los excesos de la tutela del crédito en la quiebra», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. III, págs. 3575 y sigs., Civitas, Madrid, 1996.
- *Tratado de preferencias de los créditos*, Civitas, págs. 396 y sigs., sobre todo, Madrid, 2000.
- *La graduación de los créditos en la reforma del Derecho Concursal*, Pons, AA.VV., dirs. por ROJO, A., págs. 225 y sigs., Madrid, 2003.

- GARRIGUES, J.: «Auxiliares del comerciante», en *RDP*, págs. 97 y sigs., 1930.
- «Hacia un nuevo Derecho Mercantil», en la *Revista del Instituto de Estudios Políticos*, núm. 6, págs. 197 y sigs., 1942 (con puesta al día en 1971, Tecnos).
- «¿Qué es y qué debe ser el Derecho Mercantil?», en *RDM*, núm. 71, págs. 7 y sigs., 1959.
- *Curso de Derecho Mercantil*, 8.^a ed., revisada y puesta al día por SÁNCHEZ CALERO, F., vol. II, sobre todo, págs. 401 y sigs., Madrid, 1983.
- GIL SUÁREZ, L.: «Los créditos laborales y los procesos concursales», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia del Trabajo*, págs. 127 y sigs., 1983.
- GOERLICH PESET, J. M.^a: «Los despidos colectivos», en *Comentarios al ET*, AA.VV., dirs., por BORRAJO DACRUZ, E., vol. II, «El despido», págs. 82 y sigs., Edersa, Madrid, 1994.
- GÓMEZ SEGADE, J. A.: «Derecho de los socios, participación de los trabajadores en la empresa y su incidencia en el Derecho Mercantil (Reflexiones sobre la STC de 1 de marzo de 1979)», en *Estudios en homenaje al profesor Polo Díez, A.*, págs. 337 y sigs., Madrid, 1980.
- GUALDA ALCALÁ, F. J. (con LILLO PÉREZ, E.): «La reforma de la legislación concursal y su incidencia en las relaciones laborales», en *RL*, II, págs. 115 y sigs., 2001.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Reflexiones sobre el despido virtual del artículo 96.5 del Reglamento General de Recaudación, a la luz de la STS de 5 de julio de 2000, ante el inquietante silencio de tal norma en el ALC», en *AJA*, núm. 511, págs. 1 y sigs., de 6 de diciembre de 2001.
- GULLÓN BALLESTEROS, A.: «Las garantías del crédito salarial», en *RDP*, págs. 398 y sigs., 1980.
- IGLESIAS CABERO, M.: *La relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección*, 2.^a ed., Civitas, 1994.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.: «Las reformas y proyectos de reforma del Derecho Concursal español», en *Estudios homenaje al profesor Duque Domínguez, F. J.*, vol. II, págs. 1643 y sigs., Valladolid, 1998.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: «Sobre los privilegios del salario y, en particular, del superprivilegio del artículo 32.1 del ET», en AA.VV., *Asociación de Cajas de Ahorros*, págs. 13 y sigs., Madrid, 1981.
- MARTÍN VALVERDE, A. (con RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., y GARCÍA MURCIA, J.): *Derecho del Trabajo*, 9.^a ed., Madrid, 2000.
- MARTÍNEZ GARRIDO, L.: «Anteproyecto de Ley Concursal. Señal de alarma ante una reforma legal indispensable», en *AL*, III, núm. 38, págs. 755 y sigs., 2001.
- MAZUELOS FERNÁNDEZ-FIGUEROA, A.: «El ALC de 2001», en *AJA*, núm. 509, 22 de diciembre de 2001.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: «Los auxiliares del empresario», en *RDM*, núm. 72, págs. 269 y sigs., 1959.
- «Breves reflexiones sobre la reforma del Derecho Concursal», en *Estudios en homenaje a José María Chico Ortiz y otros*, págs. 1315 y sigs., Madrid, 1995.
- MÍNGUEZ BENAVENTE, J. R.: «La preferencia de los créditos de la Seguridad Social», en *Análisis de diversas cuestiones sociales sobre el Pacto de Toledo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, págs. 407 y sigs., Madrid, 1997.

- MONEREO PÉREZ, J. L.: «Las transformaciones del derecho concursal y el cambio de la titularidad de la empresa en crisis, reflexiones jurídico críticas», en *RDS*, núm. 3, 1998.
- MORENO GENE, J.: *El régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- OLIVENCIA RUIZ, M.: «Los privilegios de los créditos salariales», en *REDT*, núm. 18 (en recensión al libro de RÍOS SALMERÓN, B. sobre ese título), abril-junio, págs. 185 y sigs., 1984.
- «El derecho concursal: modernas tendencias de reforma», en AA.VV., coordinados por él mismo: *La reforma de la legislación mercantil*, Civitas, págs. 319 y sigs., Madrid, 1982.
- «Los anteproyectos de la Ley y la reforma concursal en España», en *Crisi d'impresa e procedure concursali in Italia e in Europa. Prospettive di riforma*, AA.VV., dirs. por RAGUSA MAGGIORE, págs. 503 y sigs., Cedam, Milán, 2002.
- PRADOS DE REYES, F. J.: «Despidos colectivos e insolvencia del empresario», en *AL*, III, 1997.
- PULGAR EZQUERRA, J.: «La propuesta de reforma del derecho concursal español de 12 de diciembre de 1995», en *RDS*, núm. 6, págs. 461 y sigs., 1996.
- «El presupuesto objetivo y las soluciones al concurso en el ALC español de 2001», en *AJA*, núm. 501, noviembre de 2001.
- «El PLC de 2002: Una aproximación crítica», en *AJA*, núm. 550 de 24 de octubre de 2002.
- «La aprobación de la reforma concursal en el Pleno del Congreso: ¿cambio de sentido de la reforma?», en *AJA*, núm. 578, de 22 de mayo de 2003.
- «Las soluciones al concurso de acreedores. El convenio y la liquidación», en *Derecho Concursal*, AA.VV., dirs. por GARCÍA VILLAYERDE, R.; ALONSO UREBA, A., y por ella misma, págs. 435 y sigs., Dilex, S. L., Madrid, 2003.
- RÍOS SALMERÓN, B.: *Los privilegios del crédito salarial*, Madrid, 1984.
- «Garantías del salario», en *La reforma del ET*, AA.VV., dirs. por BORRAJO DÁCRUZ, E., Tomo I, vol. I, págs. 297 y sigs., Madrid, 1994.
- «Los privilegios del crédito salarial. El nuevo artículo 32 ET», en *Alteraciones en el contenido de las prestaciones de trabajo (separata de Cuadernos de Derecho Judicial)*, págs. 293 y sigs., Madrid, 1998.
- «El ALC y los trabajadores, ¿réquiem por el artículo 32 de su Estatuto?», en *RDS*, núm. 14, págs. 57 y sigs., 2001.
- «La reforma del derecho concursal y los trabajadores», en *RDS*, núm. 19, págs. 207 y sigs., 2002.
- «La Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003», en *AL*, núm. 21. Sección Doctrina, XX, mayo, 2003.
- RIVERO LAMAS, J.: «Aspectos laborales de la reforma de la Legislación Concursal», en: *Revista Proyecto Social, Revista de Relaciones Laborales y Ciencias del Trabajo*, núm. 10, 2003.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresas. Aspectos individuales», en *RL*, núms. 11 y 12, págs. 645 y sigs. y, sobre todo, las 656 y sigs., 2002.

- SALA FRANCO, T.: *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, Bilbao, 1990.
- SEMPERE NAVARRO, A.: «Sobre los aspectos colectivos de la transmisión de empresas», en *AS*, núm. 7, 2002.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Comentarios a la Ley Concursal (Ley 22/2003 de 9 de julio)*, Dijusa, Madrid, 2003.
- VIDA SORIA, J.: «Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, organizativas y de producción», en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, AA.VV., dirs. por BORRAJO DACRUZ, E., Edersa, vol. II, págs. 7 y sigs., Madrid, 1994.
- VIGUERA RUBIO, J. M.ª: «Una iniciativa para la adopción de un Reglamento sobre procedimientos concursales», en *RDBB*, núm. 76, octubre-diciembre, págs. 189 y sigs., 1999.

JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ RUIZ
Catedrático de Derecho Mercantil
de la Universidad del País Vasco

La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa. Breves apuntes sobre una reforma esperada (*)

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN DE LA MASA ACTIVA.— 2. HACIA UN NUEVO SISTEMA DE ACCIONES EN DEFENSA DE LOS INTERESES DE LOS ACREEDORES: 2.1. LAS ACCIONES RESCISORIAS ESPECÍFICAS DERIVADAS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO. 2.2. LA LESIVIDAD DEL ACTO IMPUGNADO COMO FUNDAMENTO DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESCISIÓN CONCURSAL. 2.3. ACTOS NO SUJETOS A RESCISIÓN CONCURSAL. 2.4. OTRAS ACCIONES DE IMPUGNACIÓN.—3. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA PARA EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES RESCISORIAS Y RESTITUTORIAS CONCURSALES: 3.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA. 3.2. LEGITIMACIÓN PASIVA.—4. LOS EFECTOS DE LA RESCISIÓN CONCURSAL: 4.1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 4.2. LA RECÍPROCA DEVOLUCIÓN DE PRESTACIONES: 4.2.1. *La devolución de prestaciones de los bienes y derechos no transmitidos a terceros.* 4.2.2. *La devolución de prestaciones cuando los bienes y derechos reintegrables pertenecen a un tercero.*

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN DE LA MASA ACTIVA

En nuestro Derecho, la formación de la masa activa de la quiebra descansaba en un complejo sistema de acciones de reintegración, encaminado a invalidar las actuaciones llevadas a cabo por el deudor en época precedente a la declaración de su insolvencia, quedando configurado, según doctrina jurisprudencial reiterada (1), un sistema de protección a los acreedores, que

(*) Este trabajo está destinado al Libro homenaje del profesor OLIVENCIA RUIZ, M.

(1) Vid., entre otras, SSTs de 3 de marzo 1874 (*CJ* 1874, 71); 17 de febrero de 1909 (*RJ* 1909, 42); 25 de mayo de 1944 (*RJ* 1944, 675); 21 de junio de 1960 (*RJ* 1960, 2592); 29 de octubre de 1962 (*RJ* 1962, 4106).

se calificó de mixto, mediante el cual, junto a la nulidad absoluta *ipsae legis potestate et auctoritate* (art. 878.2 del Código de Comercio) se recogían acciones restitutorias, cuya razón de ser era la presunta o probada fraudulentidad del quebrado (arts. 879 a 882 del Código de Comercio). Se distinguían, así, una vez declarada la quiebra, tres períodos: el posterior a la declaración judicial de insolvencia (art. 878.1 del Código de Comercio); el precedente a éste, comúnmente denominado de retroacción, cuyo inicio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.024 del Código de Comercio de 1829, se fijará por el juez atendiendo al día en el que comenzó el sobreseimiento en el pago de las obligaciones y que concluye en la expresada declaración judicial (art. 878.2 del Código de Comercio); y el tercero, a contar, en sentido regresivo, a partir de la fecha de retroacción, estableciéndose el límite temporal máximo de los dos años anteriores a la fecha fijada por el juez como de cesación generalizada en los pagos o época de retroacción, si es que así se determinó por el juez de la quiebra, o a partir de la fecha de declaración judicial, en caso contrario (arts. 879 a 882 del Código de Comercio).

En el primero de los períodos o épocas señalados, se establecía la inhabilitación del quebrado para la administración de sus bienes; en el período de retroacción se declaran nulos los actos de dominio y administración realizados por éste; y, en el tercero, se podían anular determinados actos en virtud de probada o presunta fraudulentidad. Con esta regulación se producía la conjunción de acciones revocatorias concursales específicas (art. 878.2), paulianas especiales de la quiebra (arts. 879 y 880 del Código de Comercio), y paulianas normales u ordinarias (arts. 881 y 882 del Código de Comercio).

Las acciones ordinarias, fundamentadas en la existencia de fraude, no provocaban efectos contrarios a los intereses jurídicos protegidos, manteniéndose dentro de los límites que el Derecho común establecía, pues los actos comprendidos en los artículos 881 y 882 del Código de Comercio podían anularse o revocarse, siempre que se probara por los acreedores el ánimo de defraudarlos en sus derechos, o, en suma, su carácter de fraudulentos. Mayores quebrantos se podían derivar de la aplicación de las acciones paulianas especiales, por la consideración de fraudulento *iuris et de iure* de los actos específicos allí recogidos. No obstante, se ha de precisar que las acciones que se derivaban de los artículos 879 a 882, establecían anulabilidades, ineficacias y revocaciones de actos concretos realizados en un período o época, precedente a la declaración de quiebra, o de la retroacción de sus efectos, por su fraudulentidad probada o presunta, con períodos temporales concretos, que abarcaban, como máximo, los dos años anteriores al sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones del deudor insolvente, lo que relativizaba las consecuencias que de su aplicación podían derivarse. Por ello es que la denuncia del sistema, con respecto a la seguridad jurídica que precisa el adecuado desarrollo del mercado en los tiempos actuales, se centró, especial-

mente, en la nulidad proclamada en el artículo 878.2 del Código de Comercio, como consecuencia de la fijación de la fecha de retroacción, pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.024 del Código de Comercio de 1829, ésta se determinaría por el juez a quo *...por el día en que resultare haber cesado el quebrado en el pago corriente de sus obligaciones...*, lo que suponía romper con los preceptos de Derecho común que determinaban la prescripción de cuatro años para las anulabilidades contractuales, dando cabida nuestro ordenamiento, a la acción revocatoria específica de la quiebra, que se concreta en la nulidad de los actos del quebrado, realizados en la época afectada por la retroacción.

En líneas generales, con la retroacción así configurada, se pretendía la restitución del patrimonio del quebrado a la situación que tenía al inicio de su insolvencia, en la que, agobiado por la misma, pudo realizar transacciones en detrimento de la masa patrimonial, en perjuicio de todos sus acreedores, o, con ruptura del principio de igualdad entre ellos, *par conditio creditorum*, favoreciendo a uno o varios de ellos, con menoscabo de otros. Por otro lado, la nulidad contenida en el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio, a efectos meramente dialécticos, podía fundamentarse en la inhabilitación retrotraída a fecha anterior (2), pero, en esencia, obedecía al exclusivo mandato de la Ley en defensa de los acreedores, tal y como de forma reiterada se mantenía por consolidada doctrina jurisprudencial, indicando que la nulidad por el precepto proclamada era: absoluta y radical, tanto desde un punto de vista subjetivo como objetivo, al afectar a todos los actos de dominio y administración realizados por el quebrado en este concreto período y frente a todos, no sólo frente a los acreedores; intrínseca, de forma que no tiene que ser declarada judicialmente; no siendo de aplicación los principios registrales que protegen al tercero de buena fe (arts. 33, 34 y 37 LH), ni los preceptos de Derecho común relativos a las nulidades y rescisiones contractuales (arts. 1.300 y sigs., y 1.290 y sigs. del Código Civil), por lo que no procedía, en consecuencia, la recíproca devolución de prestaciones (3). Se establecía, así, la nulidad de los actos de dominio y administración realizados por el quebrado, como consecuencia de la retroacción de la declaración de quiebra, que determinaba el juez por el día en el que resultare haber comenzado el sobreseimiento en el pago de las obligaciones, sin límite temporal

(2) Vid., entre otras, SSTs de 3 de octubre de 1901 (*CJ*, núm. 61); 13 de mayo de 1927 (*CJ*, núm. 41); 7 de marzo de 1931 (*RJ* 1931, 1963); 9 de junio de 1932 (*RJ* 1932, 1094); 13 de febrero de 1960 (*RJ* 1960, 478); 21 de junio de 1960 (*RJ* 1960, 2592); 22 de febrero de 1963 (*RJ* 1963, 1128); 26 de marzo de 1974 (*RJ* 1974, 1128); 30 de junio de 1978 (*RJ* 1978, 2629); 7 de febrero de 1994 (*RJ* 1994, 914).

(3) Vid., entre otras, 17 de marzo de 1958 (*RJ* 1958, 1436); 21 de mayo de 1960 (*RJ* 1960, 1745); 7 de marzo de 1973 (*RJ* 1973, 901); 26 de marzo de 1974 (*RJ* 1974, 1128); 19 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991, 9405); 11 de noviembre de 1993 (*RJ* 1993, 8960).

alguno, constituyéndose una nulidad de carácter especial, frente a la cual se accionaba en virtud de la acción revocatoria concursal específica a que hacíamos referencia.

Estas son las líneas que definen la nulidad proclamada en virtud de la retroacción de los efectos de la declaración de quiebra, cuyo rigor interpretativo se ha mantenido por la jurisprudencia hasta nuestros días (4), y que llevó a plantear su confrontación con la seguridad del tráfico jurídico, ensayando la doctrina científica otras interpretaciones que no conllevaran tan nocivos efectos (5), lo que propició corrientes jurisprudenciales más benignas en torno al artículo 878 del Código de Comercio, templando su rigor interpretativo.

Esta nueva corriente fundamentó la institución de la retroacción en el fraude (6) o en el perjuicio irrogado a la masa acreedora (7), por disposicio-

(4) Vid., entre otras, SSTS de 3 de marzo de 1874 (*CJ*, núm. 71); 17 de febrero de 1909 (*CJ*, núm. 92); 17 de marzo de 1958 (*RJ* 1958, 1436); 7 de marzo de 1931 (*RJ* 1930-31, 1963); 9 de junio de 1932 (*RJ* 1932-33, 1094); 13 de febrero de 1960 (*RJ* 1960, 478); 21 de mayo de 1960 (*RJ* 1960, 1745); 21 de junio de 1960 (*RJ* 1960, 2592); 29 de octubre de 1962 (*RJ* 1962, 4106); 7 de marzo de 1973 (*RJ* 1973, 901); 26 de marzo de 1974 (*RJ* 1974, 1128); 9 de diciembre de 1981 (*RJ* 1981, 5051); 10 de noviembre de 1983 (*RJ* 1983, 6074); 19 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991, 9405); 11 de noviembre de 1993 (*RJ* 1993, 8960); 20 de octubre de 1994 (*RJ* 1994, 8144); 28 de octubre de 1996 (*RJ* 1996, 7434); 26 de marzo de 1997 (*RJ* 1997, 2539); 25 de octubre de 1999 (*RJ* 1999, 8161).

(5) JIMÉNEZ ESCARZAGA, J. D., «La retroacción de la quiebra según el artículo 878 del Código de Comercio», en *RDM*, núm. 69, 1958; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa», en *Estudios en homenaje al profesor Menéndez Menéndez*, III, Madrid, 1996, págs. 3479 y sigs.; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Nulidad de los actos desquebrados en el período de retroacción de la quiebra. La sentencia de 12 de marzo de 1993 y la jurisprudencia del último decenio», en *Aranzadi Civil*, núm. 19, 1993, pág. 9 y sigs.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «Notas sobre el instituto concursal de la retroacción», en *Estudios en homenaje al profesor Menéndez Menéndez*, III, Madrid, 1996, págs. 3553 y sigs.; GORDILLO CAÑAS, A., «Par conditio creditorum y protección del tráfico (un apunte en el paso de la retroacción de la quiebra a su supresión en la Ley Concursal)», en *Actualidad Civil*, núm. 17, abril de 2003; MARTÍN PÉREZ, J. A., *La rescisión del contrato (en torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona, 1995; MARTÍN REYES, M. A., «Retroacción de la quiebra, nulidad del contrato y restitución de prestaciones. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de marzo de 1973», en *RJC*, núm. 2, 1975; *idem.*, *La retroacción absoluta de la quiebra y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi, 1995; MASSAGUER FUENTES J., *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Bosch, 1986; MIRALLES GÓMEZ, A., «La reintegración de la masa de la quiebra y la publicidad registral inmobiliaria», en *RDM*, 1997, págs. 589 y sigs.; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», en *RDM*, núm. 151, 1979; *idem.*, «La reintegración de la masa», en *EJB*, Madrid, 1997; SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, Aranzadi, 1997, entre otros.

(6) Vid., SSTS de 15 de noviembre de 1928 (*CJ*, núm. 25); 16 de febrero de 1933 (*RJ* 1932-33, 1495); 25 de mayo de 1961 (*RJ* 1961, 2336); 29 de octubre de 1962 (*RJ* 1962, 4106); 22 de febrero de 1963 (*RJ* 1963, 1128); 27 de febrero de 1965 (*RJ* 1965, 1151); 12 de noviembre 1977 (*RJ* 1977, 4185).

(7) Vid., entre otras, SSTS de 9 de junio de 1932 (*RJ* 1932-33, 1094); 16 de febrero de 1933 (*RJ* 1932-33, 1495); 28 de mayo de 1960 (*RJ* 1960, 2062); 21 de junio de 1963

nes que provocan una efectiva disminución patrimonial, o que colocan en situación preferente a unos acreedores respecto de otros, en momento en los que ya es patente la situación de insolvencia (8). De no producirse perjuicio alguno, no tendría por qué declararse la nulidad a que tal precepto alude, excluyendo a determinados actos de dominio y administración sobre el patrimonio, bien porque no sean perjudiciales (9), bien, por ser operaciones ordinarias de las Entidades de crédito, como las operaciones de descuentos o la compensación en el contrato de cuenta corriente (10). Con tales precedentes se destruyó, aunque ocasionalmente, la nulidad absoluta, que no tiene que ser pedida ni declarada frente a todos y no sólo frente a los acreedores, respecto de los actos del quebrado realizados en época de retroacción.

Las corrientes doctrinales apuntadas llegan, incluso, a reconocerse por el legislativo, recogiendo en la Ley 2/1981, reguladora del mercado hipotecario, en su artículo 10, una excepción a la nulidad retroactiva cuando nos encontramos ante hipotecas constituidas a favor de las entidades a que se refiere su artículo 2.º, salvo fraude probado. Son iniciativas débiles que no llegan a romper, de forma efectiva, con la nulidad radical proclamada, pero que han dado pie a un nuevo planteamiento respecto de los actos del insolvente realizados en época cercana a la declaración judicial de su situación de desequilibrio financiero, acometiendo la nueva Ley Concursal la rescisión de los actos perjudiciales, con un sistema que permite la recíproca devolución de prestaciones y con olvido de las nulidades retroactivas que a nada conducen.

2. HACIA UN NUEVO SISTEMA DE ACCIONES EN DEFENSA DE LOS INTERESES DE LOS ACREEDORES

La Ley 22/2003, de 9 de julio, parte de un nuevo enfoque en cuanto a la protección de los acreedores, y, más concretamente, en defensa de la masa patrimonial. No se pretende, como en el sistema precedente, la defensa de los acreedores, cualquiera que sean las consecuencias que de tal principio se deriven, sino que, junto a la necesidad de brindar la protección a los intereses legítimos de aquellos, se contempla, como, en general, en todo el texto legis-

(*RJ* 1963, 3465); 20 de mayo de 1975 (*RJ* 1975, 2053); 12 de noviembre de 1977 (*RJ* 1977, 4175); 13 de abril de 1988 (*RJ* 1988, 3146); 12 de marzo 1993 (*RJ* 1993, 1793); 20 de septiembre de 1993 (*RJ* 1993, 6647).

(8) Vid., entre otras, SSTs de 27 de febrero de 1965 (*RJ* 1965, 1151); 12 de noviembre de 1977 (*RJ* 1977, 4185); 15 de octubre de 1976 (*RJ* 1976, 3960).

(9) Vid. SSTs de 11 de diciembre de 1965 (*RJ* 1965, 5612); 20 de septiembre de 1993 (*RJ* 1993, 6647).

(10) Vid. SSTs de 21 de junio de 1963 (*RJ* 1963, 3465); 20 de mayo de 1975 (*RJ* 1975, 2053); 10 de marzo de 1976 (*RJ* 1976, 1176); 15 de octubre de 1976 (*RJ* 1976, 3960); 12 de noviembre de 1977 (*RJ* 1977, 4185).

lativo, la presencia de otros intereses en juego. Esta idea inicial y la necesidad de suprimir las nefastas consecuencias derivadas del artículo 878.2 del Código de Comercio determinan un nuevo planteamiento por el que se suprime la nulidad allí establecida, así como las anulabilidades de los artículos siguientes, estableciendo, en sustitución del sistema antes expuesto, la reintegración de la masa activa patrimonial mediante la posibilidad del ejercicio de acciones rescisorias cuyo contenido, legitimación y efectos se establecen en el Capítulo IV, Título III de la Ley Concursal, bajo el rótulo *De los actos perjudiciales para la masa activa*. Como se establece en su Exposición de Motivos: *...la Ley da un nuevo tratamiento al difícil tema de los efectos de la declaración de concurso sobre los actos realizados por el deudor en período sospechoso por su proximidad a ésta. El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la Ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente acción. Los terceros adquirentes de bienes o derechos afectados por estas acciones gozan de la protección que derive, en su caso, de la buena fe, de las normas sobre irreivindicabilidad o del registro...*

2.1. LAS ACCIONES RESCISORIAS ESPECÍFICAS DERIVADAS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

El artículo 71 LC regula las acciones de reintegración a ejercitar una vez declarado el Concurso de acreedores, teniendo como punto de partida tres concepciones: la consideración de acciones de carácter rescisorio-restitutorio, dejando de lado las nulidades y anulabilidades de su precedente inmediato; la limitación temporal de los actos objeto de rescisión, y su, digamos, fundamento principal, la consideración de lesivo para la masa del acto sujeto a impugnación.

Con esta concepción inicial se incardinan las acciones rescisorias específicas del procedimiento concursal (11), sin perjuicio de las generales

(11) Vid. sobre las acciones de reintegración: ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico de la reintegración concursal», en *Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, dir.: García Villaverde, R.; Alonso Ureba, A., y Pulgar Ezquerra, J., Dilex, S. L., Madrid, 2003, págs. 325 y sigs.; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal», en *Estudios sobre el anteproyecto de la Ley Concursal de 2001*, dir.: García Villaverde, R.; Alonso Ureba, A., y Pulgar Ezquerra, J., Dilex, S. L., Madrid, 2002, págs. 154 y sigs.; DÍAZ MARTÍNEZ, M., «Presente y futuro de las acciones de reintegración», en *La*

establecidas en los artículos 1.290 y siguientes del Código Civil, apartándose de ellas en cuanto se observan ciertas diferencias esenciales: mientras que las rescisiones de Derecho común se configuran como subsidiaria de cualquier otra que pudiera ejercitarse por el que acredite interés legítimo y contra cualquier acto, lesivo o fraudulento, siempre que no haya transcurrido cuatro años desde su realización, las concursales deberán ser ejercitadas por la administración judicial, o subsidiariamente, por los acreedores, ante la existencia de lesión, sea presunta o probada, respecto de los actos realizados en los dos años precedentes a la declaración de concurso. No existe, en consecuencia, impedimento procesal para el ejercicio de estas acciones rescisorias al no ser subsidiarias respecto de otras encaminadas a reparar el perjuicio, siendo su fundamento la lesión producida al patrimonio concursal, cualquiera que sea la causa motivadora del mismo (12).

Junto a esta diferencia, indicamos otras de carácter no menos importante: la legitimación especial y limitada para el ejercicio de las acciones rescisorias específicas del concurso, que abordaremos más adelante; y la finalidad que se persigue que, en estas acciones, se presenta, además, como presupuesto para su ejercicio, al ser necesario fundar la acción en una disminución efectiva del activo patrimonial del deudor, pretendiéndose su restitución y debido reintegro (13).

2.2. LA LESIVIDAD DEL ACTO IMPUGNADO COMO FUNDAMENTO DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESCISIÓN CONCURSAL

El artículo 71.1 establece que serán rescindibles *...los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, aunque no hubiere existido*

Ley, año XXIII, núm. 5640, 10/24, 2002; GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «La reintegración de la masa activa en el procedimiento concursal», Conferencia impartida en *Jornadas sobre la Reforma Concursal*, dir.: Font i Ribas, organizada por la Universidad de Barcelona y el Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario, 8 de abril de 2003, en www.Unizar.es/derecho/comentarios/reintegración.pdf (consulta efectuada el 7 de noviembre de 2003); MAIRATA LAVIÑA, J., «Los efectos del concurso en la Ley Concursal», en *Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, dir.: García Villaverde, R.; Alonso Ureba, A., y Pulgar Ezquerro, J., Dilex, S. L., Madrid, 2003, págs. 314 y sigs.

(12) Sobre las diferencias entre las acciones rescisorias de Derecho Civil (arts. 1.290 y sigs.) y las específicas concursales, vid., DÍAZ MARTÍNEZ, M., «Presente y futuro de las acciones de reintegración...», *ob. cit.*, pág. 3; GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «La reintegración de la masa...», *ob. cit.*, pág. 9, hace constar la dificultad que suscita reconducir la acción rescisoria concursal al marco general de las acciones rescisorias.

(13) DÍAZ MARTÍNEZ, M., «Presente y futuro de las acciones de reintegración...», *ob. cit.*, pág. 4.

intención fraudulenta... Esta declaración inicial supone: primero, que para el ejercicio de la acción, el acto objeto de impugnación tiene que ser lesivo para la masa activa, lo que significa que se ha debido producir una efectiva disminución patrimonial, con su realización; segundo, la necesidad general de probar esta circunstancia por los legitimados activamente, con las excepciones que, a continuación, indicaremos; y, tercero, que la rescisión del acto lesivo se produce, cualquiera que sea la intencionalidad perseguida por el deudor o el tercero con el que contrató. Se tiende, en suma, a la restitución del patrimonio que ha de conformar la masa activa del concurso, sin que sobre esta finalidad prejuzguen aspectos subjetivos de difícil probanza.

Pese a lo expuesto, el legislador concursal no olvida el fraude porque, aunque proclama la lesión como fundamento de las acciones rescisorias, después lanza presunciones de lesividad, en las que subyace el fraude como su causa motivadora, y vuelve a repetir los conceptos estereotipados, que nos recuerdan al período sospechoso regulado por los artículos 879 a 882 de nuestro vigente Código de Comercio, obviando la necesidad de probar el perjuicio producido por el que lo alega, conforme a las reglas generales sobre la carga de la prueba establecidas en el artículo 217 LEC. Así, establece que el perjuicio se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito y los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuese posterior a la declaración de concurso (art. 71.2 LC); salvo prueba en contrario, se presume, asimismo, el perjuicio, en las disposiciones a título oneroso a favor de las personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 93 LC) y la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas (art. 71.3 LC) (14).

En esencia, en estas presunciones subyace el fraude, de ahí que, o se determine la lesividad porque el acto en sí mismo está teñido de fraudulencia (pagos anticipados y disposiciones a título gratuito) y, en consecuencia, es perjudicial; o sobre el acto hay una presunción *iuris tantum* de fraudulencia que ha de ser desvirtuada. Se aprecia, no obstante, que la lesividad presunta, *iuris et de iure* o *iuris tantum*, abarca un amplio espectro que alcanza a actos que el legislador concreta con las concisas y acertadas palabras en el precepto recogidas, quedando fuera de su alcance todos los demás realizados dentro

(14) GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «La reintegración de la masa...», *ob. cit.*, págs. 14 a 16, considera adecuada la presunción establecida relativa a las personas especialmente vinculadas al concursado, cuya determinación establece el artículo 93 LC, y respecto de las garantías reales, en tanto que este tipo de actuaciones pueden ser lesivas y contrarias a la *par conditio creditorum*. En cualquier caso, hace un juicio crítico sobre su consideración de presunciones *iuris tantum*, ceñido a lo que la práctica nos muestra, sobre todo en lo atinente a las actuaciones de las entidades de crédito relacionadas con el concursado.

de los dos años precedentes a la declaración de concurso, sobre los que ha de probarse el perjuicio o lesión para la masa activa, apartándose el legislador de la difícil prueba del fraude para determinar su rescisión (art. 71.4).

2.3. ACTOS NO SUJETOS A RESCISIÓN CONCURSAL

No contiene la Ley Concursal, salvo las presunciones de lesividad antes apuntadas, una enunciación de los actos sobre los que se pueda ejercitar la acción de rescisión específica, regulada en el artículo 71.1 LC, por lo que, en principio, comprende todos los realizados por el concursado, siempre que lo hayan sido dentro de los dos años precedentes a la declaración de concurso y que no estén excepcionados por disposición legal, cuestiones estas que abordamos por el orden expuesto.

La limitación temporal contenida en el precepto obedece, sin lugar a dudas, a la necesidad de acotar el marco del ejercicio de estas acciones rescisorias específicas, con el objetivo de evitar la perturbación del tráfico jurídico, salvando los límites establecidos para las rescisiones y anulabilidades de Derecho común. No por ello ha dejado de considerarse por algunos excesivo, y por otros, restringido, o rígido (15). Se llega, incluso, a opinar que la determinación de plazos para impugnar vía rescisión concursal, no tiene justificación, en tanto que no se anuda a la situación de insolvencia, y que un plazo tan breve puede ser utilizado por el deudor, quien retrasará la declaración de concurso a los fines de no dejar sujetos a rescisión concretos actos, sobre los que le puede interesar su validez.

Son, en definitiva, críticas al dictado legislativo que no compartimos por tres razones fundamentales: la primera, porque la seguridad del tráfico requiere plazos concretos y breves, sin que podamos considerar la insolvencia como referente, toda vez que la misma no comprende, como nunca comprendió, una fecha concreta, pudiendo incurrirse en el error de pretenderlo, volviendo a reproducirse un elemento perturbador que ha de ser rechazado (16); la segunda, porque la liberalidad del deudor, en este punto, puede verse sorprendida, en la medida que los acreedores también pueden instar el procedimiento con carácter necesario, sujetándose el concursado a las consecuencias que se deriven de su actuar, culpable o negligente, dadas las medidas disuasorias que

(15) Vid., ALCOVER GARAU, G., «Aproximación...», *ob. cit.*, págs. 354 y sigs.; DÍAZ MARTÍNEZ, M., «Presente y futuro de las acciones de reintegración...», *ob. cit.*, pág. 6; GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «La reintegración de la masa...», *ob. cit.*, págs. 110 y sigs.; MAIRATA LAVIÑA, J., «Los efectos del concurso...», *ob. cit.*, pág. 322.

(16) DÍAZ MARTÍNEZ, M., «Presente y futuro de las acciones de reintegración...», *ob. cit.*, pág. 6.

la propia Ley Concursal contempla para esos supuestos (17); y tercera, porque, en cualquier caso, como veremos más adelante, las acciones rescisorias concursales coexisten con otras acciones de impugnación, de índole distinta, y que pueden también ser ejercitadas en el procedimiento concursal (18).

Junto al límite temporal indicado, el legislador concursal, restringiendo la aplicación del precepto, establece, además, en el artículo 71.5 LC, una excepción, genéricamente formulada, por la que considera excluidos del ámbito de aplicación de estas acciones rescisorias los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor, realizados en condiciones normales, y los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.

Parece obvia la finalidad que se persigue, preservar los derechos derivados del ejercicio de la actividad empresarial. Pese a lo expuesto, la norma provoca cierto recelo, ¿qué ha de entenderse por *actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor, realizados en condiciones normales*? Este concepto se ha de corresponder, indudablemente, con el desarrollo habitual de la actividad profesional o empresarial, pero la normalidad alude a un concepto impreciso que ha de ser necesariamente interpretado en cada caso concreto y la experiencia nos dice que las imprecisiones jurídicas son generadoras de conflictos. No dejamos de considerar, por otro lado, la posible lesividad del acto ordinario excepcionado (19).

En cualquier caso, hemos de admitir que la excepción, contenida en el artículo 71.5 LC, no impide el ejercicio de otras acciones de impugnación contempladas por nuestro ordenamiento jurídico, pues, en ningún caso, puede ser interpretada en el sentido de considerar inatacables los actos concernientes al giro o tráfico de la empresa o de la concreta actividad profesional. Lo único que determina el precepto es la imposibilidad de impugnar los actos ordinarios y los comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos

(17) Cfr., entre otros, artículos 40, 105 y 164 LC.

(18) GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «La reintegración de la masa...», *ob. cit.*, págs. 10 y sigs., examina las críticas sobre el período temporal establecido, mostrando su opinión contraria al PLC, considerando que se debe establecer un plazo único, facultando al juez del concurso para ampliarlo, atendidas las circunstancias del caso concreto. Creemos, sin embargo, que tal posición provocaría una situación de inseguridad que en nada ha de favorecer el tráfico jurídico.

(19) BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Algunas consideraciones...», *ob. cit.*, pág. 174, afirma que... *la propia regulación de la reintegración impedirá la rescisión de las operaciones de tráfico ordinario del deudor, porque será difícil que concurra el perjuicio...* Opinamos, sin embargo, que es, precisamente, en el marco de la actividad profesional o empresarial donde podríamos detectar un cúmulo de actuaciones perjudiciales, llevadas a cabo por el que se encuentra abocado a la exteriorización de su situación de insolvencia.

derivados, realizados dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, a través de las acciones rescisorias específicas recogidas en el artículo 71.1 LC, sin que tal impedimento determine la imposibilidad de ejercicio de otro tipo de acciones.

Junto a esta excepción concreta, *ex* artículo 71.5 LC, la Ley contempla otra derivada de la aplicación de las normas de Derecho Internacional, pues, de conformidad con el artículo 208 LC, no procederá el ejercicio de acciones de impugnación cuando el beneficiado por el acto impugnado pruebe que dicho acto está sujeto a la ley de otro Estado que no lo permite. En definitiva, cuando al acto sujeto a impugnación le sean de aplicación normas de otro Estado, deberemos atenernos a las disposiciones del Derecho Internacional a las que nos remite la Ley Concursal.

2.4. OTRAS ACCIONES DE IMPUGNACIÓN

Las excepciones, contenidas en el artículo 71.5 LC, sólo vienen a confirmar el carácter especial de las acciones rescisorias del concurso, sin que se soslaye, por ello, la posibilidad de impugnación a través del ejercicio de acciones de impugnación distintas a las establecidas en el precepto que comentamos, las cuales han de mantenerse por dos razones obvias: primero, porque una Ley específica no puede impedir la aplicación de las normas generales sobre actos impugnables; segundo, porque la Ley Concursal, no lo impide, previendo expresamente, en el apartado seis del artículo 71 LC, la posibilidad de ejercicio de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, si bien acomodándose a las normas de legitimación y procedimiento establecidas en la Ley Concursal (art. 72). No se ha de considerar, en consecuencia, la existencia de disposición derogatoria alguna sobre acciones de impugnación, que, en principio, son ejercitables conforme a sus propias normas, con las limitaciones, antes apuntadas, sobre legitimidad y procedimiento a seguir, pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72.3 LC, todas ellas se han de sustanciar por el cauce de los incidentes dentro del propio procedimiento concursal y ante el juez del concurso, a instancia de la Administración concursal o de los acreedores con carácter subsidiario (art. 72.2).

Pero es que, con independencia de las acciones restitutorias especialmente contempladas en el apartado seis del artículo 71 LC, consideramos, además, la posibilidad de impugnación de actos y contratos conforme a las reglas generales de Derecho, sin que sea posible impedir su ejercicio sobre la base de un procedimiento concursal en marcha. Se ha de observar que el artículo 71.6 LC las admite, pero limitándolas en cuanto a la legitimación y en cuanto al procedimiento a seguir. Es obvio que, en virtud de la *vis* atractiva

del concurso (arts. 50 y 192 LC), traigamos al procedimiento concursal todas las contiendas que se susciten y que afecten, o puedan afectar, a la masa activa patrimonial, de ahí que, aunque disminuido a efectos probatorios y de legítima defensa, no consideremos inapropiado tramitar cualquier reclamación en vía incidental (20). Creemos, sin embargo, por inadecuado y contrario al principio de tutela judicial efectiva (art. 24 CE), que no se debe impedir el ejercicio de acciones, cualquiera que sean éstas, contra la masa patrimonial, o en favor de ella, a personas que demuestren interés legítimo, conforme dispone el artículo 10 LEC. Es por ello que maticemos el punto seis del artículo 71 LC, considerándolo referido a otras acciones restitutorias, sin que afecte a hipotéticas acciones de impugnación no circunscritas, ni al ámbito de las rescisorias específicas concursales, ni a las restitutorias antes aludidas, en tanto que las mismas sólo pueden ejercitarse por la Administración concursal o por los acreedores de forma subsidiaria, porque, de contrario, ello nos llevaría al absurdo de impedir a terceros, ajenos al procedimiento, que pudieran hacer valer sus derechos, en defensa de intereses legítimos.

3. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA PARA EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES RESCISORIAS Y RESTITUTORIAS CONCURSALES

3.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA

El artículo 72 LC otorga a la Administración concursal la legitimación activa (21) para la impugnación de los actos del concursado, realizados dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, así como para el ejercicio de las acciones restitutorias a que se refiere el artículo 71.6 LC. Se trata de un supuesto de legitimación indirecta previsto en el artículo 10 LEC, ya que no se acciona en interés propio, sino de otros. Esta legitimación nos lleva a considerar el carácter representativo de la Administración concursal, en atención a los intereses protegidos por el procedimiento, ya que los administradores concursales no se conciben en esta Ley como representante de los

(20) Vid. sobre el procedimiento incidental en el Concurso a DÍAZ MARTÍNEZ, M., «Presente y futuro de las acciones de reintegración...», *ob. cit.*, págs. 7 y sigs.; ALCOVER GARAU, G., «Aproximación...», *ob. cit.*, págs. 339 y sigs.

(21) Vid., en cuanto a legitimación activa y pasiva, a ALCOVER GARAU, G., «Aproximación...», *ob. cit.*, págs. 344 y sigs.; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Algunas consideraciones...», *ob. cit.*, págs. 174 y 175; DÍAZ MARTÍNEZ, M., «Presente y futuro de las acciones de reintegración...», *ob. cit.*, pág. 6 y sigs.; GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «La reintegración de la masa...», *ob. cit.*, págs. 19 y sigs.; MAIRATA LAVIÑA, J., «Los efectos del concurso...», *ob. cit.*, pág. 321.

acreedores, ni del concursado, sino como órgano técnico. Se advierte, en suma, que este órgano sólo sustituirá al concursado si se suspenden sus facultades, en cuyo caso, por mandato de la Ley, sólo estará legitimado para el ejercicio de acciones de carácter no personal. Para los supuestos de actividad intervenida, el deudor conserva su plena capacidad, aunque sujeto a fiscalización de los administradores del concurso, debiendo prestar éstos su conformidad para el ejercicio de acciones que puedan afectar a la masa patrimonial, y, todo ello, sin perjuicio de su personación y defensa, en forma separada, en cuyo caso las deudas que se generen no serán consideradas deudas de la masa (art. 54.1.2.3 LC). Tampoco representa a los acreedores, cuyo cauce de expresión de voluntad se realiza en Junta, o por sí mismos, y cuya capacidad en defensa de sus derechos es independiente de las que ostenta el órgano de administración. Prueba de ello es la legitimación subsidiaria que se les otorga en interés de la masa, además de las propias en defensa de sus derechos, con independencia de lo que resulte sobre el reembolso de los gastos y costas con cargo a la masa (art. 54.4 LC). No representa a la masa patrimonial porque, en nuestro ordenamiento jurídico, no se otorga al patrimonio separado la consideración de sujeto de derecho. Se trata, como advertimos, de una representación otorgada por Ley a los administradores, quienes, velando por el cumplimiento de las funciones técnicas que se les otorgan, deberán, si así lo estiman, reflejar en el informe sobre el inventario, regulado en el artículo 82 LC, las acciones de reintegración que deban ejercer y que las llevarán a cabo, a los efectos regulados en los artículos 71 y siguientes de la Ley Concursal (arts. 34 y sigs. en relación con los arts. 74 y sigs. LC) (22). Y es así, desde esta perspectiva, cómo se configura la legitimación del órgano de administración, fundada en lo dispuesto en el artículo 10 LEC, que prevé: *...serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica objeto del litigio...*; para después indicar, como excepción a lo anterior, la legitimidad de los que por Ley la tengan atribuida.

Este supuesto de legitimación indirecta se completa con la otorgada a los acreedores, de forma subsidiaria, para el supuesto de que los administradores, requeridos por uno o algunos de ellos, no ejerciten la acción solicitada en el plazo de dos meses contados a partir del requerimiento. En esencia, la legitimación de los acreedores está condicionada a dos presupuestos: el previo requerimiento a la administración concursal y el transcurso de dos meses a contar desde el mismo sin que se haya ejercitado por la misma la acción requerida.

(22) YANES YANES, P., «La Administración Concursal», en *Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, dir.: García Villaverde, R.; Alonso Ureba, A., y Pulgar Ezquerro, J., Dilex, S. L., Madrid, 2003, págs. 173 y sigs., en especial pág. 230 y sigs.

A nuestro entender, dado el silencio del legislativo, el acreedor o acreedores requirentes, para fundar su legitimación, sólo tienen que acreditar que han realizado la oportuna petición al órgano concursal, con indicación del acto que se pretende impugnar o rescindir y su fundamento, siendo también presupuesto de legitimación el transcurso de dos meses desde la comunicación efectuada a los administradores, pues sólo cumplido este término podrán estar legitimados subsidiariamente para el ejercicio de las acciones rescisorias y de impugnación reguladas en el artículo 71 LC. Consideramos, además, que la negativa de los administradores, en cuanto al requerimiento cursado, puede ser expresa o tácita, estando sujeta su actitud a las responsabilidades a que hubiere lugar (art. 36.1 LC).

Naturalmente, esta legitimación, propia de la administración concursal y subsidiaria de los acreedores, comprende las acciones rescisorias y las restitutorias concursales, recogidas en el artículo 71 LC, lo que no impide las que pueda ejercer el concursado, en los casos y condiciones expuestas más arriba, o los acreedores, además, de la posibilidad de impugnación mediante el ejercicio de otras acciones que se le otorga a todo el que acredita interés legítimo.

3.2. LEGITIMACIÓN PASIVA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 LC, estarán legitimados pasivamente: el deudor y los que hayan sido parte en el acto sujeto a impugnación; se prevé, igualmente, que la demanda se dirija al tercero, cuando se pretenda desvirtuar la buena fe de éste, o la irreivindicabilidad, o la protección derivada de la publicidad registral de la que goce su derecho.

La legitimación pasiva del tercero, ajeno a la convención que se pretende rescindir o impugnar, se justifica porque la posición de éste no puede ser puesta en entredicho sin que sea oído, ya que la tutela judicial efectiva y el derecho a legítima defensa podrían conculcarse por esta causa, habida cuenta de los efectos que se derivan en el supuesto de mala fe del tercero en la relación. Consecuentemente, la ausencia de demanda contra el subadquirente encontraría un grave obstáculo a la hora de hacer efectiva las medidas que previene el artículo 73 LC, pues, en el supuesto de que la resolución que se dicte contenga pronunciamiento contrario a su presunción de inocencia, sin haber podido defenderse en su derecho, tal declaración sería irrelevante, resultando su posición jurídica inatacable frente a los intereses de la masa patrimonial (art. 73.2 LC).

4. LOS EFECTOS DE LA RESCISIÓN CONCURSAL

4.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El artículo 73 LC regula los efectos de la rescisión concursal, dejando fuera de su alcance la consideración de otras acciones de impugnación, tanto restitutorias como concursales (art. 71.6 LC), como generales de Derecho común, ya que los efectos que se deparen serán los previstos en las normas que rigen para cada una de ellas. Y es que el ámbito del precepto está claramente delimitado desde su rótulo, al venir referido a la rescisión, siendo incuestionable que ésta no puede ser otra que la directamente regulada, *ex novo*, por la Ley Concursal.

En términos generales, no se aparta el precepto de las disposiciones de Derecho común relativa a las rescisiones contractuales, pues, atendiendo a que los actos sujetos a rescisión fueron plenamente válidos desde su realización, prevé su ineficacia y la recíproca devolución de prestaciones, tal y como dispone el artículo 1.295 del Código Civil. Se aprecian, sin embargo, algunas matizaciones derivadas del contexto donde se han desenvuelto los actos sujetos a rescisión concursal, disponiendo alcance distinto, al establecerse algunas especialidades atinentes a la consideración de la buena o mala fe de la contraparte en el acto rescindido y respecto de la prestación debida, cuando resulte irreivindicable, por pertenecer a un tercero no demandado, o que hubiera procedido de buena fe o gozase de protección registral.

La nueva dicción legislativa en materia de efectos de la reintegración concursal, ha de ser valorada positivamente, porque obvia viejas polémicas sobre la condición de tercero de la contraparte en la relación rescindida, especificando, con claridad, efectos distintos, según haya mediado una posterior transmisión o cuando no se ha producido ésta, amén de eludir aquella fácil controversia, establecida por la jurisprudencia, de la imposibilidad de proceder a la recíproca devolución de prestaciones, al no considerar a la masa de la quiebra parte en la convección que se declaraba nula, *ex* artículo 878.2 del Código de Comercio, con la problemática añadida de la necesidad de insinuar el crédito en la masa pasiva para el reintegro de la contraprestación, una vez devuelto al patrimonio en quiebra el bien o derecho sobre el que versaba la relación jurídica anulada.

Se simplifica la cuestión, en definitiva, y al declarar la ineficacia se prevén efectos concretos, con una regulación quizá más acorde con principios de seguridad jurídica, pero no del todo adecuados a la realidad de nuestro actual mercado, como vamos a exponer, atendiendo a los supuestos concretos contemplados en la norma (23).

(23) GORDILLO CAÑAS, A., «*Par conditio creditorum...*», *ob. cit.*, pág. 8, indica que «...En la nueva Ley queda fuera de dudas que el interés de los acreedores concurrentes...

4.2. LA RECÍPROCA DEVOLUCIÓN DE PRESTACIONES

La ineficacia del acto rescindido determina la recíproca devolución de prestaciones, lo que supone el reintegro a la masa de la prestación realizada por el concursado y el retorno de la efectuada por el que contrató con él; en ambos casos, con sus frutos e intereses. La devolución de prestaciones, en consecuencia, es recíproca, siendo considerada como crédito contra la masa la que corresponde al que contrató con el concursado, que ha de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido (24). Esta es la regla general: recíproca devolución de prestaciones, simultánea, y con cargo a la masa, la cual siempre deberá quedar acrecentada con la devolución que se efectúe, pues, de otra forma, no quedaría justificada la lesividad que fue fundamento del ejercicio de la acción de rescisión.

Siendo ésta la regla general, el legislador consciente de la posibilidad de que el bien o derecho no pertenezcan, al momento de su reintegro, al que contrató con el deudor concursado, prevé distintas consecuencias, atendiendo a los intereses del subadquirente, cuya posición jurídica resulte inatacable, al no ser parte en la relación rescindida. Igualmente, se establecen efectos distintos en función de la buena o mala fe del que contrató con el concursado. En suma, regula el precepto dos supuestos: el primero de ellos, cuando el acto rescindido afecta sólo al concursado y su contraparte, por permanecer el bien en el patrimonio de esta última, determinando consecuencias distintas según la intencionalidad, fraudulenta o no, de ésta; el segundo, cuando el objeto de la convención que se rescinde ha pasado al patrimonio de un tercero, sin que sean reintegrable por no haber sido demandado, haber procedido de buena fe, o gozar de irreivindicabilidad o de protección registral, y las resultas para el que contrató con el concursado, en función de su intencionalidad.

4.2.1. *La devolución de prestaciones de los bienes y derechos no transmitidos a terceros*

Cuando el bien o derecho objeto de prestación permanecen en el patrimonio del que contrató con el concursado, la cuestión se reduce a proceder a la

es un interés subordinado al de la seguridad del tráfico...», para después afirmar que no se ha dado satisfacción al tráfico de buena fe, ni se ha logrado la normalización registral del concurso.

(24) GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «La reintegración de la masa...», *ob. cit.*, págs. 24, resalta las particularidades de este crédito contra la masa que no está sujeto a las reglas establecidas en el artículo 154.2, y que, al ser su satisfacción simultánea a la restitución del bien o derecho, se configura como condición de exigibilidad de la obligación de restitución.

recíproca devolución de prestaciones concretada en la reintegración del bien o derecho a la masa patrimonial y la devolución de la contraprestación a cargo de aquélla. Se indica, además, que se reintegrará la prestación, junto con sus frutos e intereses. Se trata, en suma, de volver a la posición inmediatamente anterior a la realización del contrato rescindido, si bien debiendo devolver, además de la prestación principal, los frutos e intereses obtenidos tanto por la contraparte como por el patrimonio concursal.

La redacción dada al precepto es acorde, en términos generales, con la dicción del artículo 1.295 del Código Civil, pues de conformidad con el mismo se devolverá *...el bien con sus frutos y el precio con sus intereses...* y, en ambos casos, es decir, tanto en la rescisión de Derecho común como en la específica concursal, recíprocamente, determinándose, además, expresamente, en el artículo 73.3 LC, que *...el derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes o derechos objeto del acto rescindido...*

Siendo así, al momento de ejercitar la acción, es preciso, para fundamentar la lesividad del acto, prever las posibles consecuencias, pues, aunque el acto fuera lesivo al momento de su realización, la consideración de los frutos o sus intereses pueden llevar a una disminución del patrimonio concursal, no deseable por la previsión legislativa. No olvidemos que se trata de rescindir actos perjudiciales, lo que determina que los efectos de la declaración de lesividad deben conllevar un acrecentamiento del patrimonio concursal, por pequeño que fuere. De otro modo, dejaría de tener fundamento la acción ejercitada. Se trata de proceder a la devolución de prestaciones de una y otra parte, en la que ambas restituyen la prestación: los bienes y derechos con sus frutos, que pueden ser de cuantía y naturaleza distinta; y el precio con sus intereses, que, en principio, serán los legales, debiendo resultar, por efectos de tal reposición, un crédito contra la masa a favor de la contraparte, pero a la vez, un incremento de la masa patrimonial, de tal forma que el resultado final sea un patrimonio recuperado y no empobrecido como consecuencia de la rescisión.

Por otro lado, no podemos dejar de considerar el perjuicio de la contraparte del concursado, cuando el bien o derecho a reintegrar haya incrementado su valor, respecto al asignable en el momento de realizar la convención rescindida. Ese aumento de valor, que no tiene la consideración de fruto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 del Código Civil, ha de provocar, al proceder al reintegro, una disminución en el patrimonio de la contraparte, equivalente al aumento de valor producido respecto del que hubiera de habersele asignado al momento de la negociación rescindida, y ello, a cambio del precio abonado, más sus intereses legales. Partimos, como decíamos, de un contrato, válido y plenamente eficaz que se rescinde por lesión, no por fraude, determinándose, por efecto de la declaración su ineficacia. No se considera la buena

fe del que contrató con el concursado, pues sobre los intereses de éste priman los de los acreedores, con lo que se sigue introduciendo un elemento de inseguridad en el tráfico, superponiendo los intereses de la masa pasiva, sobre los de aquél que, con buena fe, contrató con el concursado, dentro de los dos años previos a la declaración de concurso (25). Creemos que, en este caso, debiera contemplarse, en la devolución del precio más su interés, la diferencia entre el valor real, al momento de la realización del contrato rescindido, y el que resulte en el momento del reintegro, a fin de no producir el enriquecimiento injusto, aunque justificado legalmente, de la masa patrimonial, a costa del que contrató con el concursado de buena fe. Otra solución, no contemplada, podría haber sido brindar la posibilidad, al que contrató de buena fe con el concursado, de conmutar la devolución del bien o derecho, por su rescate, mediante el abono a la masa del valor real en el momento de la reintegración, a compensar con el precio más sus intereses, pues similar planteamiento se recoge en el artículo 78 LC, respecto de los bienes reintegrables a la masa por el cónyuge del concursado.

Distinta cuestión se plantea en el supuesto de existencia de fraude en la contratación rescindida. Hay que reconocer, a estos efectos, dos supuestos claramente diferentes: cuando la intencionalidad fraudulenta sólo se aprecia en el concursado, y cuando ésta se predica de la otra parte contratante, sea o no en connivencia con el concursado. En el primer supuesto aplicamos la regla anterior, la devolución de las prestaciones, junto con frutos e intereses, pues no contempla la Ley Concursal disposición especial; en el segundo, la mala fe de la contraparte se penaliza, negándole la devolución simultánea de su prestación, lo que ha de generar un crédito que tiene la consideración de subordinado, a satisfacer según las reglas de liquidación (art. 92 LC) (26). Es decir, no se llega a la recíproca devolución de prestaciones, sino que el bien o derecho será reintegrado a la masa concursal, quedando subordinada la devolución al pago de los créditos cuya prelación le antecede, si es que resulta posible su satisfacción (27).

(25) GORDILLO CAÑAS, A., «*Par conditio creditorum...*», *ob. cit.*, págs. 7 y sigs., hace una valoración crítica en cuanto al tratamiento que se le dispensa a la contraparte en el acto rescindido, cuando no se aprecia mala fe, considerando su condición de tercero respecto de la masa del concurso, recogiendo esta opinión GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «*La reintegración de la masa...*», *ob. cit.*, págs. 33 y sigs., quien, sin embargo, considera no totalmente acertada la crítica, si se tiene presente la globalidad de las normas reintegradoras.

(26) ALCOVER GARAU, G., «*Aproximación...*», *ob. cit.*, págs. 348, considera que la mala fe en la contraparte no sólo ha de venir referida a la venta a bajo precio sino sobre todo al conocimiento de que el concursado se encontraba en una situación de desequilibrio financiero.

(27) GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «*La reintegración de la masa...*», *ob. cit.*, págs. 26; ALCOVER GARAU, G., «*Aproximación...*», *ob. cit.*, págs. 349 y sigs., considera que

4.2.2. *La devolución de prestaciones cuando los bienes y derechos reintegrables pertenecen a un tercero*

El artículo 73.2 LC contempla la imposibilidad de devolución del bien o derecho a la masa, cuando se encuentran en el patrimonio de un tercero no demandado, o que ha procedido de buena fe, o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, y las resultas para el que contrató con el concursado, en función de su intencionalidad, estableciendo para el supuesto de buena fe, la sustitución del objeto a restituir, por el valor que tenía al momento de la realización del acto rescindido, y, en caso contrario, la indemnización por los daños y perjuicios causados.

La finalidad perseguida se centra en la protección del subadquirente de buena fe cuya posición jurídica resulta inatacable, por lo que, ante la lesión producida en el patrimonio del concursado, se sustituye la rescisión del acto y su ineficacia, para promoverse su convalidación, mediante la entrega por la contraparte del valor que tenía cuando salió de aquel patrimonio, mientras que, si se aprecia mala fe, la solución es la indemnización por daños y perjuicios causados.

Ateniéndonos a la existencia de buena fe, se postula por el legislador un trato indudablemente protector de aquél que no intervino en el acto rescindible, pero, a la vez, observamos un trato favorable para el que contrató con el deudor insolvente. Decimos esto porque, a cambio del precio más intereses, a devolver como crédito contra la masa, a ésta se le reintegra el valor que tuviera el bien en el momento de la realización del acto objeto de rescisión más intereses legales, de lo que resulta que, si la contraparte, al transmitirlo al subadquirente, lo hizo a precio superior, como es lo probable, no sólo salva su pérdida patrimonial, quedando reintegrado, sino en posición favorecida respecto de aquel otro que conservó en su poder el bien o derecho, incrementado en su valor, y que ha de devolverlo, con disminución efectiva de su patrimonio. En definitiva, siempre que llegue a conocerse por la contraparte la situación de desequilibrio financiero del concursado, para salvar su patrimonio, procederá a la transmisión a un tercero quedando respaldada esa posible pérdida patrimonial que le amenaza, sin que ello afecte a la buena fe de su anterior transacción con el concursado, que es la que contempla la norma.

Si, por el contrario, existe mala fe, y entendemos que se refiere el precepto a la mala fe del que contrató con el concursado, con independencia de la intencionalidad de este último, se determina la consiguiente indemnización que, lógicamente, ha de venir referida al importe de la pérdida que, aunque

el triunfo de la acción rescisoria se consigue precisamente cuando se prueba la mala fe del que contrató con el concursado, precisamente porque se enerva la restitución de su contraprestación.

no se explicita en la norma, debe corresponderse, al menos, con el valor del bien o derecho al momento del reintegro, no procediendo la recíproca devolución de su contraprestación, ya que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.3 LC, tendrá la consideración de crédito subordinado.

No se han contemplado por el legislador otros supuestos, como la pérdida del bien o derecho a reintegrar (28), o de la existencia de mejoras en los mismos y su concreto tratamiento. Muchas cuestiones quedan pendientes en esta nueva regulación, de la que se aprecia su novedad y su ruptura con las disposiciones anteriores, lo que la hace merecedora de reconocimientos, si bien no dejamos de observar que las reformas legislativas siempre son acreedoras de otras reformas.

M.^a DE LOS ÁNGELES MARTÍN REYES
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Málaga

(28) ALCOVER GARAU, G., «Aproximación...», *ob. cit.*, pág. 351, considera excesivo que en caso de buena fe tenga que devolver su valor, aunque sea referido a la fecha de la convención que se rescinde.

DICTÁMENES Y NOTAS

La sustitución fideicomisaria de residuo. Especial atención a la preventiva de residuo

SUMARIO: 1. ORIGEN HISTÓRICO.—2. FIDEICOMISO Y SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.—3. SUSTITUCIÓN VULGAR Y SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ¿IMPLICA LA VULGAR?—4. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO: NATURALEZA. CLASES. LA PROHIBICIÓN DE SOBREPASAR EL SEGUNDO GRADO (ART. 781 DEL CÓDIGO CIVIL) NO AFECTA AL FIDEICOMISO DE RESIDUO.—5. SUSTITUCIÓN PREVENTIVA DE RESIDUO: SU ENCAJE EN EL CÓDIGO CIVIL. FUNDAMENTO Y DIFERENCIAS CON LAS DEMÁS SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS. SOBRE EL CARÁCTER PRETENDIDAMENTE CONDICIONAL DEL FIDEICOMISO PREVENTIVO DE RESIDUO. FIGURAS JURÍDICAS AFINES: EL USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPONER, EL «PSEUDOPRODUCTO TESTAMENTARIO» Y EL USUFRUCTO SUCESIVO.—6. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO Y PREVENTIVO DE RESIDUO EN EL DERECHO FORAL: CATALUÑA, NAVARRA Y BALEARES.—7. LAS SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS: EN ESPECIAL EL FIDEICOMISO DE RESIDUO EN EL DERECHO COMPARADO: FRANCIA, ITALIA, ALEMANIA Y PORTUGAL.

1. ORIGEN HISTÓRICO

La sustitución fideicomisaria (1) encuentra su razón de ser en Roma, concretamente en la *fides* romana, que no era otra cosa que «la lealtad a la palabra dada». La *fides* tenía en Roma un profundo sentido religioso y, aunque estaba fuera del ordenamiento jurídico, todos los ciudadanos se veían compelidos en conciencia a cumplir lo prometido por razón de esa confianza.

(1) A la sustitución fideicomisaria se le llama también fideicomiso (palabra derivada del latín *fideicommissum*, compuesta de *fides*, fe, y *commissum*, confiado). Por brevedad, y por no repetir continuamente la misma expresión, hablaremos indistintamente de sustitución fideicomisaria o de fideicomiso.

Los fideicomisos eran, por tanto, disposiciones de última voluntad confiadas a la buena fe de una persona (fiduciario), por las que se le encomendaba una petición o encargo a favor de otra persona (fideicomisario) para que los cumpliera. Estos encargos de confianza autorizaban para disponer de todo o parte de la herencia. Desde sus orígenes pudieron distinguirse diversas modalidades: puros y condicionales, perpetuos y temporales, universales y singulares. No nos detendremos aquí en el estudio de cada uno de ellos (2).

A la pregunta de por qué surgen los fideicomisos, es decir, por qué se recurre a un medio extrajurídico como la *fides* para hacer efectiva la voluntad del testador, la doctrina ha ofrecido diferentes respuestas. Como señaló CLEMENTE DE DIEGO (3), todas ellas tienen presente que, en definitiva, se trata de un recurso extralegal que tiene por finalidad beneficiar a un tercero por medio de una persona interpuesta, cuando no se quieren (o no se pueden) cumplir las formalidades legales.

Una de las razones subyacentes a la aparición del fideicomiso reside en la intención de eludir las rígidas y complejas formalidades que estaban petrificando el Derecho de sucesiones romano. Cuando el testador no podía ajustarse a las formas legalmente prescritas, acudía a esta *válvula de escape*.

Otra de las razones esgrimidas para justificar el empleo de esta institución (4) es la que encuentra el fundamento de los fideicomisos en la necesidad de eludir la falta de *testamentifactio pasiva* en el beneficiario, como acontecía en el caso de los llamados *peregrini* (5). A tal fin se nombraba como heredero a una persona intermedia, que recibía el encargo de transmitir posteriormente los bienes recibidos al incapacitado. Se intentaba, de este modo, burlar las causas de incapacidad sucesoria que excluían de los beneficios de la sucesión a un número elevado de personas por incapacidades fundadas más en motivos políticos que en causas de estricta justicia (6).

(2) En este sentido, vide DOMINGO AZNAR, A., *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 1999, págs. 12 y sigs.

(3) CLEMENTE DE DIEGO, F., «El fideicomiso de residuo», en *RCDI*, junio de 1926, vol. II, pág. 824.

(4) Razón íntimamente relacionada con la anterior, puesto que todas las que se emplean no son excluyentes entre sí, sino complementarias.

(5) Así nos lo confirma GAYO, *Instituciones* 2, 285, trad. esp. por M. Abellán Velasco y otros, Ed. Civitas, 1990: «Los extranjeros podían adquirir fideicomisos, y quizá ese fue el origen de los fideicomisos». Según D'ORS, A. (*Elementos de Derecho Privado romano*, 8.^a ed., EUNSA, Pamplona, 1991, pág. 49), *peregrini* eran los extranjeros que, a pesar de tener relación con Roma, no eran romanos ni latinos, pero que se hallaban dentro del *orbis romanus*.

(6) En este sentido, BIONDI, B., *Sucesión testamentaria y donación*, trad. esp. por M. Fairen, Ed. Bosch, Barcelona, 1960, pág. 295; CLEMENTE DE DIEGO, *ob. cit.*, pág. 824; TORRENT, A., *Fideicommissum familiae relictum*, Oviedo, 1975, pág. 8; MURILLO VI-

Incluso en etapas más tardías del Derecho romano, los fideicomisos continuaron siendo fieles a su inicial designio de eludir leyes que impedían un tránsito directo de los bienes relictos desde el causante a los herederos; así ocurrió con las leyes caducarias de Augusto, que impedían disponer en favor de los solteros o de los casados sin hijos. También se utilizaron para evitar los límites impuestos por las leyes *Furia Testamentis* y *Voconia*, y para hacer liberalidades a personas inciertas, desterrados, corporaciones, ciudades. En principio, estas liberalidades se basaban sólo en la *fides* y carecían de tutela jurídica; fue en tiempos de Augusto cuando los fideicomisos pasaron a ser tutelados jurídicamente a través de los cónsules, gobernadores y, en época posterior, a través de los pretores fideicomisarios especializados en estas causas.

2. FIDEICOMISO Y SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

El origen histórico de la sustitución fideicomisaria nos aclara el por qué no podemos hablar actualmente de fideicomiso en el mismo sentido en que se hacía en el Derecho romano, ya que las diferencias entre una y otra figura son claras, si atendemos a sus notas fundamentales. Lo que sí podemos hacer es utilizar indistintamente los términos «sustitución fideicomisaria» y «fideicomiso», pero entendiéndolos siempre en su sentido actual, y no en el originario de la institución romana (7).

El fideicomiso actual hace referencia al establecimiento de herederos para que reciban sucesivamente la herencia del testador (herencia fideicomitida o fideicomiso), mientras que el fideicomiso romano otorgaba la posibilidad de que el causante designara a una persona, a la que no quería realmente como heredero, si bien le confiaba la misión de hacerse cargo de la herencia simplemente con el fin de entregarla a la persona (fideicomisario) a quien el difunto dispuso, que era la única a la que éste quería como sucesor.

Es decir, el fideicomiso, entendido en el sentido originario de la institución romana, no incluía más que un solo llamamiento, una sola liberalidad. La voluntad del testador perseguía que los bienes sólo fueran disfrutados por una persona: o bien directamente por el heredero (sin intermediarios), o bien por el destinatario de los mismos, con la interposición entre éste y el testador de un instrumento de transmisión. Pero en ningún caso aparecía el típico

LLAR, A., *El fideicomiso de residuo en el Derecho romano*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1989, pág. 134.

(7) ALBALADEJO, M., *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, págs. 1915 y sigs.; DÍAZ ALABART, S., *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, pág. 30.

doble llamamiento de disfrute sucesivo sobre los mismos bienes o derechos, que caracteriza a la sustitución fideicomisaria de nuestros días.

Faltaban, por tanto, los dos elementos definitorios de la actual sustitución fideicomisaria: el *tractus temporis* de disfrute en favor del fiduciario, y el llamado *ordo successivus*, esencial a la sustitución. Y hablamos de elemento esencial porque, si bien puede ser dispensado el requisito de la obligación de conservar los bienes (elemento natural de la sustitución fideicomisaria), nunca podrá omitirse este otro elemento esencial que es el llamamiento plural y cronológicamente sucesivo al fiduciario y fideicomisarios (conocido como *ordo successivus*), con los límites y características que más adelante analizaremos.

3. SUSTITUCIÓN VULGAR Y SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

Nuestro ordenamiento jurídico admite diversas modalidades de sustitución. La primera de ellas es la denominada *sustitución vulgar*, por medio de la cual el testador llama a un sujeto a la herencia para el caso de que el instituido principalmente por él no llegue a ser heredero, porque no quiera o no pueda serlo. Esta sustitución recibe también el nombre de «directa u ordinaria», y puede tener lugar tanto en la sucesión a título universal como a título particular.

Junto a esta modalidad de sustitución, el Derecho romano conoció otras dos figuras, también llamadas «sustituciones», pero que no eran tales en el mismo sentido en que lo era la vulgar (instituir un heredero en defecto de otros: *sub-instituere*). Adoptaron este nombre porque mediante ellas se sustituía a alguien en el ejercicio del poder de disponer *mortis causa*, nombrándole un sucesor. Nos referimos a las denominadas *sustitución pupilar* y *sustitución ejemplar*.

La primera consiste en el nombramiento de heredero hecho por el titular de la patria potestad al hijo sometido a la misma, para el caso de que muriese sin alcanzar la edad de testar; la segunda supone el nombramiento de heredero hecho por el ascendiente a su descendiente enfermo mental, para el caso de que muera en estado de demencia.

La diferencia entre ambas sustituciones (pupilar y ejemplar) y la sustitución vulgar es clara. Si bien utilizan el mismo término, sustitución, expresan dos conceptos distintos y se refieren a dos sujetos diferentes de los que intervienen en la situación: en la sustitución vulgar quien sustituye es el sustituto, que pasa a ocupar el puesto del primer instituido, mientras que en la sustitución pupilar y en la ejemplar quien sustituye es el sustituyente, que pasa a ocupar el puesto del causante, disponiendo de la herencia de éste.

Abordaremos ahora el análisis de las notas que diferencian la sustitución vulgar de la sustitución fideicomisaria. Para ello, hemos de partir de la premisa de que el testador puede hacer un llamamiento único a su herencia, en favor de una sola persona, o puede hacerlo en favor de varias, en cuyo caso

hay pluralidad de llamamientos. Esta pluralidad de llamamientos puede convocar a varias personas bien a un disfrute conjunto y coetáneo (constitución), bien a un disfrute sucesivo (sustitución).

Dentro de la posibilidad de sustitución se puede «sub-instituir» para el caso de que aquél que con carácter preferente haya sido instituido previamente no llegase a heredar; en este caso nos hallamos ante una sustitución vulgar (*si heres non erit*), en la que sólo uno de los llamados quedaría favorecido, puesto que se nombra a uno en defecto del otro. Pero también se puede «sub-instituir» a varias personas de forma que vayan recibiendo la herencia una después de otra, conforme al orden de preferencia señalado por el finado. En este caso, los llamamientos son compatibles y todos los llamados sucesivamente podrán ser favorecidos con la herencia. Este supuesto recibe el nombre de *sustitución fideicomisaria*. Hay un llamamiento y adquisición sucesivos, hay un heredero preferente (el *fiduciario*) y otro subordinado (el *fideicomisario*) mientras que en la *sustitución vulgar* hay llamamiento sucesivo, pero no adquisición sucesiva.

LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ¿IMPLICA LA VULGAR?

Una de las cuestiones más planteadas por la doctrina en relación con las sustituciones fideicomisarias es la de qué ocurre cuando el heredero fiduciario no llega a heredar, por renuncia, premoriencia o incapacidad. En esta hipótesis, ¿sería heredero directamente el fideicomisario, o pasarían a la posición del fiduciario los herederos intestados del fideicomitente?

A la pregunta de si una sustitución fideicomisaria fallida vale como vulgar, hay que dar una respuesta afirmativa. Postura defendida en nuestra doctrina, entre otros, por OSSORIO MORALES cuando afirma que «...tanto en uno como en otro caso (se está refiriendo a las sustituciones fideicomisarias ordenadas a término, tanto *certus an et incertus quando* como *dies certus an et quando*) el derecho del fideicomisario está sometido a término suspensivo, y es seguro, desde el momento de la muerte del fideicomitente, que ha de verificarse la restitución, aunque se ignore el momento en que ello haya de tener lugar. Con base a esta consideración dispone el artículo 784 del Código Civil que «*el fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario*». Este principio es contrario al adoptado por el Derecho romano y por nuestro Derecho histórico, en los que se consideraba indispensable para que el llamamiento del fideicomisario tuviera eficacia, que éste viviera al tiempo de cumplirse el término, siendo, por consiguiente, necesario que sobreviviera al fiduciario cuando la restitución hubiera de hacerse a la muerte de éste, o en todo caso que viviera al llegar el día fijado por el testador para verificarla. Pero el

artículo 784 es terminante. El fideicomisario adquiere su derecho desde la muerte del testador (aunque los efectos de la adquisición queden aplazados hasta la llegada del término), y si muere antes de ese momento, transmite tal derecho a sus propios herederos como elemento que está ya en su patrimonio.

En cambio, no sucede lo mismo cuando la sustitución fideicomisaria se establece bajo condición, ya que entonces, mientras la condición está pendiente, el llamamiento del fideicomisario queda sometido a la contingencia que el cumplimiento de la condición suspensiva supone, de tal modo que no se sabe si surgirá o no el deber de restituir a su favor, ni si llegará o no a ser heredero. Por eso la doctrina y la jurisprudencia estiman que no es de aplicación en tal supuesto el artículo 784, y que como hasta el cumplimiento de la condición el fideicomisario sólo tiene una expectativa y no un derecho que forme ya parte de su patrimonio, «si muere antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, nada transmite a sus herederos, siendo de aplicación el artículo 759» (8).

Es decir, al morir el causante ya se produce la doble delación a favor del fiduciario y del fideicomisario, pero hay una prelación del primero sobre el segundo. Aquél entra en la herencia antes que éste, pero el fideicomisario ya adquirió un derecho definitivo a la sucesión desde la muerte del testador, y sólo tiene suspendida su efectividad. Pero si fallece el fideicomisario antes de que se cumpla dicho término o plazo, transmite su derecho a los herederos.

No podemos olvidarnos de los argumentos, esgrimidos por la doctrina española (9) y extranjera (10), para defender la existencia de una sustitución

(8) OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, Ed. Comares, Granada, 2001, pág. 215.

(9) ALBALADEJO, M. (*ob. cit.*, pág. 1915), «...la voluntad del fideicomitente suele ser realmente la de nombrarse un heredero preferente y otro subordinado, de modo que el primero lo sea el fiduciario y luego el fideicomisario, pero si aquél no llega a serlo, que lo sea directamente el fideicomisario, con lo que la voluntad completa del testador será un heredero después de otro, y si éste no hereda, en vez de él, porque verdaderamente la subordinación del segundo al primero, pide que faltando este primero, pase el segundo al primer puesto, se quiere al segundo para después del primero, si éste hereda, y, en vez de él, si no hereda...». LACRUZ BERDEJO, J. L. (y otros), (*Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones*, 5.^a ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1993, pág. 302), afirma que «así como, desapareciendo el fideicomisario, se purifica la institución del fiduciario, así también si ha fallecido el fiduciario al tiempo de abrirse la sucesión del primer causante, ingresa directamente el fideicomisario». Por su parte, DOMINGO AZNAR (*ob. cit.*, pág. 71), defiende que «es, sin duda, mucho más importante la cuestión acerca de si la sustitución fideicomisaria comprende en sí una sustitución vulgar. Con esto quiere decirse simplemente que salvo disposición expresa del testador, el sustituto fideicomisario es, al propio tiempo, sustituto vulgar, de tal modo que si el primer llamado llegara a ser heredero, entra aquél a la herencia fideicomisariamente, esto es, a la muerte del fiduciario, mas si no ocurre así, entra a ella inmediatamente como sustitución vulgar».

(10) COVIELLO, N., *Della fiducia nel diritto civile italiano*, Giur. It., 1912, I, págs. 94 y sigs.; COLIN, A. y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho Civil*, trad. esp. por la

vulgar implícita en la sustitución fideicomisaria, puesto que si nuestro ordenamiento no hace depender la validez de la sustitución de la efectividad de la institución de heredero, no hay términos hábiles para evitar que la sustitución fideicomisaria surta el efecto práctico de una sustitución vulgar, y el fideicomisario venga llamado como un heredero simple.

En contra de la anterior postura se ha manifestado, entre nosotros, TRAVIESAS, quien afirma que, «mientras la delación de la herencia se opera al mismo tiempo en favor del fiduciario y del fideicomisario, no puede acontecer esto con la sustitución vulgar, en la que la delación de la herencia en favor del segundo llamado no puede tener lugar sino después de que sea seguro que no es heredero el llamado en primer término. Así que no es posible que en la sustitución fideicomisaria el derecho de adir la herencia y el fideicomisario estén subordinados al hecho de que no sea heredero el fiduciario, en lo cual consiste la sustitución vulgar» (11), opinión que compartimos con este autor.

La jurisprudencia es vacilante en este punto; en algunas sentencias niega la sustitución vulgar implícita, y en otras la admite (12). En cuanto a la Dirección General de los Registros y del Notariado, parece decantarse hacia una respuesta afirmativa y toma como base de su razonamiento la Resolución de 27 de marzo de 1981 (13).

La postura, ampliamente extendida, de que la sustitución fideicomisaria engloba o encierra la vulgar supone, en definitiva, que el testador desea que le herede el fideicomisario, si no le sucede el fiduciario. En la práctica, es

redacción de la RGLJ con notas sobre Derecho Civil español por Demófilo de Buen, Madrid, 1928, T. VIII, pág. 245.

(11) TRAVIESAS, M., «Sustituciones hereditarias», en *RDP*, Tomo XV, septiembre de 1927, págs. 401 y sigs.

(12) En este sentido, DÍAZ ALABART, S., *ob. cit.*, pág. 71 y sigs., donde se realiza un estudio pormenorizado de la postura vacilante del Tribunal Supremo y analiza las sentencias dictadas por dicho Tribunal en esta materia.

(13) Dice esta Resolución: «La mayoría de la doctrina afirma que la sustitución fideicomisaria lleva en sí misma el llamamiento del fideicomisario como sustituto vulgar del fiduciario en base: a) a los antecedentes históricos favorables a través de nuestros clásicos a esta solución a medida que se iba perfilando la sustitución fideicomisaria; b) a los artículos 784 y 785-1.º del Código Civil, que consideran al fideicomisario como un segundo heredero designado para después del primero, y que adquiere su derecho al morir el testador, por lo que faltando el primero corresponde ahora al nombrado en segundo lugar; c) a que los supuestos resueltos por la jurisprudencia del TS, favorables a la tesis contraria, se refieren o a sustituciones fideicomisarias condicionales o a fideicomiso de residuo, en donde nuestra más alta Magistratura ve una institución condicional, por lo que no es aplicable esta doctrina a los supuestos de sustituciones fideicomisarias puras o aplazadas; d) a que el artículo 675 del Código Civil destaca como esencial la voluntad del testador que puede aparecer manifestada claramente en este sentido; e) a que es la solución acogida por el Derecho Comparado y por nuestras legislaciones forales, tal como lo establecen el artículo 155-3.º de la Compilación de Cataluña, el 25 de la Compilación balear y la Ley 226-1.ª de la Compilación navarra».

habitual hallar testamentos en los que el marido nombra heredera a su esposa, y añade que si, cuando ésta fallezca, no tienen hijos, le hereden sus sobrinos. Pese a no especificarse nada más en estos supuestos, es fácil admitir que, aunque la esposa fallezca antes que él, su voluntad es que le hereden directamente los sobrinos.

La sustitución fideicomisaria presenta dos variantes: una que llamaremos «normal», en la que el fiduciario debe conservar la herencia o legado que se le dejó, para que, en su día, pase al fideicomisario, y a la que se refiere el artículo 789 del Código Civil; y otra, vulgarmente conocida como «de residuo», en la que el testador autoriza al fiduciario a disponer total o parcialmente de los bienes, por lo que, cuando llegue el momento de que los reciba el fideicomisario (normalmente a la muerte del fiduciario), aquél sólo recibirá los que queden o deban quedar, según los dos tipos de fideicomiso de residuo que pueden configurarse.

4. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO

Desde el Derecho romano se conoce un género de fideicomiso en el cual no es objeto de entrega al fideicomisario toda la herencia ni parte alícuota de ella, sino tan sólo lo que quede o reste de la herencia al tiempo de la muerte del fiduciario.

Nuestro Código Civil no alude con este nombre a la sustitución de residuo (14), si bien parece consolidada la idea de que el Código Civil distingue entre dos formas de sustitución fideicomisaria: una, en la que el fiduciario está obligado a entregar todo lo fideicomitido, o por lo menos una parte cierta; y otra, en la que solamente debe entregar el posible residuo: la primera aparece regulada en el artículo 781 del Código Civil, que no está destinado a definir la sustitución fideicomisaria, sino a prevenir, para aquel tipo de sustitución que comporta obligación de conservar, el límite del segundo grado; la segunda, aludida en el artículo 783, *in fine*, según demuestra su antecedente inmediato, la base D) de las acordadas en 1882 por la Comisión *ad hoc* (15).

(14) Ampliamente regulada, en cambio, en el Derecho Foral, véase el artículo 243 y sigs. del Código de Sucesiones catalán; y la Ley 239 de la Compilación navarra.

(15) Según la base D) de la Ley de Bases de 1882, «*para que el fiduciario pueda distraer alguna cantidad de los bienes que debe restituir, salvo las deducciones por créditos y mejoras, deberá haber declaración expresa del testador. Lo que el artículo 781 dice es que el fiduciario está terminantemente obligado a entregar los bienes fideicomitidos; pero ¿a qué bienes alcanza esta obligación? La respuesta se encuentra en el artículo 783, párrafo segundo, y no en el artículo 781; el fiduciario tiene obligación, en principio, de entregar la totalidad de la herencia o la parte de herencia fideicomiti-*

El fideicomiso de residuo es, por tanto, aquella disposición de última voluntad por la que se instituye heredero fiduciario a una persona que no tiene la obligación de conservar entera la herencia fideicomitada para que en su día pase íntegra al fideicomisario (designado por el testador), supuesto de sustitución fideicomisaria normal. Por el contrario, en este fideicomiso se permite al fiduciario disponer de todo o parte de los bienes, de modo que el fideicomisario adquirirá en el momento de la restitución del fideicomiso, sólo aquellos bienes de los el fiduciario no haya dispuesto, o no adquirirá ninguno, si es que dispuso de todos.

NATURALEZA

La sustitución fideicomisaria presenta dos notas peculiares: una *esencial*, el llamamiento plural y cronológicamente sucesivo al fiduciario y fideicomisario; y otra *natural*, la obligación de conservar los bienes, impuesta al fiduciario. El testador puede dispensar de esta última obligación al fiduciario, lo que determinará la aparición del «fideicomiso de residuo». Esta posibilidad aparece recogida en el párrafo segundo del artículo 783 del Código Civil: «*El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa*». La expresión «*salvo que el testador haya dispuesto otra cosa*» conlleva la posibilidad de que el testador dispense al fiduciario de la obligación de conservar la herencia o legado fideicomitados.

Si el deber de conservar la herencia no es una nota esencial de la sustitución (16), podemos afirmar, de acuerdo con la doctrina mayoritaria (17), que su supresión, como se produce en el fideicomiso de residuo, no desvirtúa la figura de la sustitución fideicomisaria. Este fideicomiso es, sin duda, una sustitución fideicomisaria, porque respeta la que sí constituye única nota

da sin otras deducciones que las que corresponden por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa, permitiéndole detraer una parte de la herencia o bien consumir o disponer indeterminadamente de los bienes fideicomitados».

(16) Si bien mientras no conste una voluntad contraria que dispense de conservar, debe entenderse que la sustitución encierra el deber de hacerlo, puesto que, pese a no ser un elemento esencial, la obligación de conservar los bienes es un elemento *natural* de la sustitución fideicomisaria dispensable por el testador.

(17) DÍAZ ALABART, *ob. cit.*, págs. 36 y sigs.; ALBALADEJO, *ob. cit.*, págs. 1926 y sigs.; VALLET DE Goytisolo, J. B., «Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula *si sine liberis decesserit* en el Derecho de Castilla y en el Código Civil», en ADC, 1956, págs. 846 y sigs.; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones, Común y Foral*, Tomo II, Ed. Dykinson, Madrid, 1992, pág. 62.

esencial de la misma: el llamamiento plural y sucesivo del fiduciario y del fideicomisario a la herencia.

ALBALADEJO argumenta de forma incontestable que el fideicomiso de residuo es una modalidad de sustitución fideicomisaria: «el artículo 781 no define la sustitución fideicomisaria como aquélla en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, sino que se refiere sólo a algunas sustituciones fideicomisarias, a aquéllas “en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia”, lo que implica que haya otras sustituciones posibles en las que se nombra un heredero para después del otro, pero no se impone a éste el deber de conservar la herencia, y esas son las sustituciones o fideicomisos de residuo» (18).

Pese a que la tesis expuesta es la mayoritaria (19) (y casi unánime), dentro de nuestra doctrina, encontramos opiniones contrarias (20), ya que algún autor ha afirmado que el fideicomiso de residuo no es una sustitución fideicomisaria, basándose en el hecho de que no hay deber de conservar, cosa que, como ya indicamos, no resulta esencial a esta figura, por lo que puede faltar, sin que por ello quede desvirtuada su naturaleza.

Esta postura, contraria a admitir que el fideicomiso de residuo sea una verdadera sustitución, ha tenido reflejo en nuestro Tribunal Supremo; por ejemplo, en las sentencias de 13 de noviembre de 1948, 25 de abril de 1951, 6 de abril de 1954, 20 de octubre de 1962, y 13 de marzo de 1989.

En este sentido, DÍAZ ALABART ha señalado que «las afirmaciones que hace el Tribunal Supremo en contra de acoger el fideicomiso de residuo como verdadera sustitución fideicomisaria, no constituyen nunca fundamento del fallo (...) el espíritu de tales sentencias sólo persigue poner de relieve que no se trata de una figura como la sustitución fideicomisaria normal, lo que es innegable» (21).

Según PUIG BRUTAU, la causa de que algún sector doctrinal defienda que el fideicomiso de residuo no es verdadera sustitución fideicomisaria, reside en que toma ideas extranjeras sin tener en cuenta la regulación que nuestro ordenamiento hace de las sustituciones fideicomisarias. Por ello, señala que «es natural que en los países cuyo Derecho Civil prohíbe las sustituciones fideicomisarias, se buscara la manera de legalizar la existencia de las inocuas sustituciones de residuo a base de afirmar que no eran sustituciones fideico-

(18) ALBALADEJO, M., *ob. cit.*, pág. 1916.

(19) Junto a ALBALADEJO podemos citar a LÓPEZ LÓPEZ, J., «La regulación del fideicomiso de residuo en el Código Civil», en *ADC*, junio de 1955, VIII, 3, págs. 743 y sigs. DÍAZ ALABART, *ob. cit.*, pág. 38.

(20) CLEMENTE DE DIEGO, F., *Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias de residuo*, Editorial Reus, Madrid, 1926, pág. 38.

(21) DÍAZ ALABART, S., *ob. cit.*, págs. 42 y sigs.

misarias. Pero en España, admitidas las sustituciones fideicomisarias, la adopción de este criterio carece por completo de sentido» (22).

Una vez concluido que el fideicomiso de residuo es una sustitución fideicomisaria, pasamos a ocuparnos de otro aspecto ampliamente discutido por doctrina y jurisprudencia: el fideicomiso de residuo es una sustitución «pura» o «condicional», porque, según sea la respuesta, las consecuencias serán distintas, y los bienes pasarán a unas u otras manos.

Si es una sustitución pura, el derecho a la sustitución lo adquiere el fideicomisario en el momento de la muerte del fideicomitente, y desde entonces puede transmitirlo a sus herederos (art. 784 del Código Civil); si es condicional, el fideicomisario sólo adquiere ese derecho una vez cumplida la condición, y si muere antes, ni lo adquiere ni lo transmite a sus herederos (art. 759 del Código Civil).

En nuestra opinión —coincidente con la doctrinalmente mayoritaria— (23), no se puede hablar de la sustitución fideicomisaria de residuo como una sustitución condicional. Sin embargo, entendemos que sí se puede someter tal sustitución a condición o a término, en cuyo caso sí nos encontraríamos ante un fideicomiso de residuo condicional (pero sólo en los casos en que así se haya dispuesto). Un ejemplo muy característico de este carácter condicional lo hallamos en las hipótesis en las que el fiduciario está obligado a entregar al fideicomisario los bienes de los que aquél no haya dispuesto, pero sólo si éste ha observado una determinada conducta, o si ha acontecido un concreto suceso, por ejemplo: «Dejo a Fulano mi herencia, y le permito que disponga de ella mientras viva, y a su muerte le ordeno que los bienes de los que no haya dispuesto pasen a Mengano, siempre que éste no haya contraído todavía matrimonio, o haya acabado su carrera, etc.».

Otro tipo de condición que frecuentemente podrá encontrarse en el fideicomiso de residuo es la condición impuesta por el fideicomitente de supervivencia del fideicomisario al fiduciario, y que sólo operará cuando así la haya establecido expresamente. Algo muy distinto era lo que ocurría en las Partidas,

(22) PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Barcelona, 1982, vol. II, pág. 523.

(23) Doctrina anticondionalista como la defendida por ROCA SASTRE, L., «El fideicomiso de residuo», en *Estudios de Derecho Privado*, II, Madrid, 1948, pág. 83; PUIG BRUTAU, J., *ob. cit.*, pág. 570; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *ob. cit.*, págs. 846 y 847; DÍAZ ALABART, S., *ob. cit.*, pág. 49; GONZÁLEZ PALOMINO, J., «Enajenación de los bienes pseudusufructuados», en *AAMN*, V, Madrid, 1950, págs. 913 y 914; ALBALADEJO, M., *ob. cit.*, pág. 1929 y sigs. Aunque también hay voces en la doctrina que se alzan a favor de considerarlo como un llamamiento sometido a condición suspensiva, sería la doctrina condicionalista representada por CLEMENTE DE DIEGO, F., «Naturaleza jurídica...», *ob. cit.*, Reus, Madrid, 1926, págs. 109 y 110; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «El fideicomiso de residuo», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, Madrid, 1948, vol. III, pág. 379; HERNÁNDEZ GIL, A., *Dictámenes*, II, Madrid, 1968, pág. 207.

donde se consideraba como condición imprescindible que el fideicomisario sobreviviera al fiduciario para que hubiera sustitución fideicomisaria (24).

El fundamento de esta condición está en otorgar al fideicomisario de residuo un derecho personalísimo, porque si premuere al fiduciario no quiere el fideicomitente que su puesto lo ocupen sus herederos (del fideicomisario), sino que el fideicomiso se purifique en manos del fiduciario, y éste pase a ser propietario libre de la herencia exfideicomitada.

A nuestro modo de ver, no se puede considerar condicional este tipo de sustitución por el simple hecho de que, dentro del «residuo» que debe recibir el fideicomisario, pueda quedar algo o no. Al fideicomisario se le llama a heredar lo que reste, aunque pueda no quedar nada. Afirmar que esta circunstancia hace condicional la sustitución sería tanto como decir que el instituido heredero por el testador de forma «normal» es siempre llamado condicionalmente, porque también puede ocurrir que al morir el causante no deje bien alguno en su masa hereditaria; afirmación que nadie en su cabal juicio haría.

En cuanto a la postura adoptada por la jurisprudencia en relación con la condicionalidad o no del fideicomiso de residuo, podemos afirmar, tras un primer análisis de los fallos del Tribunal Supremo, que se muestra claramente condicionalista. Pero —como señala DÍAZ ALABART— un estudio detallado de dichos fallos lleva a concluir que «sólo son condicionalistas externamente o en apariencia, y por repetición verbal por unos fallos de lo que antes dijeron otros, pero que en el fondo casi ninguno acoge la tesis condicionalista de verdad y como fundamento de la resolución que adopta, pues eso lo hacen uno o, a lo sumo, dos sentencias... y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros, ni de una de ellas se puede decir sino que, a lo más, exponen la situación del tema en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, o advierten que hay una corriente defensiva de la tesis condicionalista, pero nunca que acojan ésta como verdadero fundamento de su decisión» (25). No hay que caer, por tanto, ni en el error de considerar el fideicomiso de residuo como condicional, bajo la condición de que queden bienes al morir el fiduciario, ni en el error de creer que la jurisprudencia es condicionalista, puesto que un estudio pormenorizado de la misma demuestra lo incierto de esta afirmación.

(24) Sirva como ejemplo de condicionalidad de la sobrevivencia la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1993.

(25) DÍAZ ALABART, S., *ob. cit.*, pág. 73. En esta obra realiza un exhaustivo estudio de numerosas sentencias del Tribunal Supremo, de las que se deduce dicho condicionalismo aparente. Podemos añadir, sobre este particular, sentencias posteriores a la obra de la mencionada autora, como las de 3 de noviembre de 1989, 11 de junio de 1990, 25 de mayo de 1993 y 17 de febrero de 1994, entre otras.

CLASES

La dispensa al fiduciario del deber de conservar los bienes fideicomitidos puede revestir muchas modalidades. De menor a mayor grado de libertad a favor del fiduciario para disponer de los bienes, podemos hablar de:

- a) Autorización para que el fiduciario disponga de los bienes de la herencia sólo cuando se pruebe que verdaderamente los necesita, necesidad que ha de ser siempre probada conforme a la buena fe (26).
- b) Autorización para disponer *inter vivos*, a título oneroso (27).
- c) Autorización para disponer *inter vivos*, a título gratuito.
- d) Autorización para disponer por actos *inter vivos y mortis causa*.

Esta última ha de ser concedida de forma clara y expresa (28), puesto que nunca se considerará implícita en la mera autorización para disponer, ya que la duda en cuanto a la posibilidad de disposición siempre será interpretada en sentido restrictivo. El supuesto de que el fideicomitente permita al fiduciario disponer de los bienes fideicomitidos por acto *mortis causa* nos llevaría a la figura de la *sustitución preventiva de residuo*, que merece tratamiento aparte en este trabajo, de modo que el fiduciario puede, si quiere, dejar en testamento los bienes fideicomitidos (o parte de ellos) a quien desee, y al fideicomisario irán exclusivamente aquellos de que aquél no haya dispuesto.

Del grado de permisividad que el fideicomitente tenga para con el fiduciario respecto a la disponibilidad de los bienes fideicomitidos es del que emanan las dos modalidades o clases de fideicomiso de residuo:

- Si el testador faculta al fiduciario para disponer de todos los bienes fideicomitidos sin ninguna traba o límite, los herederos fideicomisarios sólo recibirán, en su día, lo que reste, si es que queda algo de la herencia; he aquí el fideicomiso de residuo conocido como *si aliquid supererit* (si queda algo).
- Si el causante restringe al fiduciario los poderes de disposición de forma tal que siempre los fideicomisarios deben recibir un mínimo del

(26) En ocasiones, es clara la falta de buena fe del disponente, debido al deseo de éste de que los bienes fideicomitidos vayan a parar a sus parientes preferidos. Véanse, como ejemplos, las sentencias del Tribunal Supremo, de 24 de noviembre de 1971, y la de 28 de febrero de 1974, entre otras.

(27) La cuestión que se plantea en este sentido es la disponibilidad o no del precio de enajenación. En el artículo 245-2.º del Código de Sucesiones catalán se establece la subrogación de los bienes nuevamente adquiridos (el precio de la venta, por ejemplo) en lugar de los enajenados en virtud de la autorización del testador. Regla que, en nuestra opinión, puede ser extrapolada al Código Civil.

(28) Véase en este sentido, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de diciembre de 1982, así como las citadas en ella.

caudal hereditario (que necesariamente ha de recaer en ellos) por expresa voluntad del fideicomitente, aparecerá el fideicomiso de residuo llamado *eo quod supererit* (de aquello que debe quedar).

Si relacionamos estos dos tipos de fideicomiso de residuo con el tema de la condicionalidad o no condicionalidad del mismo, hemos de señalar que entre el fideicomiso de *si aliquid supererit* y el de *eo quod supererit* no hay diferencia en este sentido, ya que *en ambos supuestos el fideicomisario es nombrado como heredero puramente*; la única diferencia que separa los dos casos es que puede no quedar ningún bien, en el primero, y siempre ha de quedar algún bien, en el segundo. Por todo ello, podemos afirmar que la diferencia se refiere a los bienes, y no a la condicionalidad, que (como veíamos en el epígrafe anterior) nunca se basará en la existencia o no de bienes restantes.

LA PROHIBICIÓN DE SOBREPASAR EL SEGUNDO GRADO (ART. 781 DEL CÓDIGO CIVIL) NO AFECTA AL FIDEICOMISO DE RESIDUO

El artículo 781 del Código Civil establece una prohibición clara y tajante en materia de sustituciones fideicomisarias *«las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador»*.

El fundamento de esta prohibición radica en evitar las vinculaciones permanentes de los bienes, por ser contrarias a la naturaleza de la propiedad, puesto que si no se pusiese tope a las transmisiones de la herencia fideicomitida, el fideicomitente podría vincularla a una cadena indefinida de sucesiones. Por eso se permiten, solamente, dos transmisiones efectivas más (dos sustitutos que realmente sucedan, de tal manera que no computan los que, aun habiendo sido nombrados, no hayan sucedido). En este sentido es en el que se ha utilizado la expresión *«segundo grado»*: dos transmisiones después del fiduciario, entendiendo el término *«grado»* como sinónimo de llamamiento, y no relacionándolo con el grado de parentesco, puesto que puede no haber relación de parentesco entre las partes implicadas en la sustitución fideicomisaria.

En caso de superar el límite legalmente establecido, las sustituciones serán nulas, mientras que la institución de heredero será válida; se trata de una nulidad parcial que sólo afecta a lo que exceda de aquellos límites.

Lo que nos interesa destacar ahora es si dicha prohibición, claramente consagrada en el supuesto de la que hemos venido llamando sustitución normal, debería también aplicarse a la de residuo. A esta pregunta hemos de darle una respuesta negativa, no sólo porque ante la duda hay que inclinarse

por la no prohibición (ya que las prohibiciones son de interpretación restrictiva), sino porque el artículo 781 del Código Civil contempla sólo las sustituciones en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita, dejando fuera de su ámbito aquéllas que no imponen obligación de conservar (dentro de las cuales sobresalen las sustituciones fideicomisarias de residuo).

Como ya hemos visto más arriba, en el fideicomiso de residuo el elemento esencial es el llamamiento sucesivo, pero no la obligación de conservar los bienes, que desaparece en este fideicomiso, y más concretamente en su modalidad de *si aliquid supererit*. No existe, por tanto, el peligro de que los bienes queden sustraídos imperativamente y por tiempo indefinido al libre comercio (hecho que se trata de evitar con esta prohibición), puesto que tanto el primer beneficiario como los sucesivos pueden disponer de ellos a su libre albedrío. Por consiguiente, en esta hipótesis no tendría razón de ser la citada prohibición.

5. SUSTITUCIÓN PREVENTIVA DE RESIDUO

Hemos visto que el fideicomitente puede autorizar al fiduciario para que disponga de los bienes de la herencia de muy diversas maneras: en todo o en parte, *inter vivos* e, incluso, *mortis causa*. Este último supuesto permite que vaya al fideicomisario sólo la parte de la herencia fideicomitida de la que el fiduciario no haya dispuesto ni en vida ni en su testamento, posibilidad que acoge tanto la jurisprudencia (29) como la doctrina (30), y que da lugar a la figura jurídica conocida como «sustitución preventiva de residuo», de la que analizaremos a continuación sus aspectos más destacados.

SU ENCAJE EN EL CÓDIGO CIVIL

Si bien es cierto que el Código Civil carece de normas sobre esta figura jurídica (lo que nos haría vacilar en un primer momento sobre si es posible ordenarla en el régimen del Código), podemos señalar, sin lugar a dudas, que la regulación de la sustitución preventiva de residuo es viable. Para ello, sería suficiente con aplicar los principios generales o institucionales que en materia de sucesiones inspiran el ordenamiento jurídico español; concreta-

(29) Sentencias del Tribunal Supremo, de 21 de noviembre de 1956, 20 de octubre de 1962, 25 de mayo de 1971, 2 de septiembre de 1987 y 10 de octubre de 1989.

(30) ALBALADEJO, M., *Manual de Derecho de familia y sucesiones*, Barcelona, 1982, págs. 262 y sigs.; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, 8.ª ed., Tecnos, Madrid, 1995; BONET RAMÓN, F., *Compendio de Derecho Civil*, Edersa, Madrid, 1965; DÍAZ ALABART, S., *ob. cit.*, pág. 218.

mente, nos referimos al principio de la libertad de testar y al principio del *favor testamenti*.

Esta propuesta de regulación que aquí defendemos se haría a semejanza de lo que ocurre en el artículo 250 del Código de Sucesiones catalán, donde aparece expresamente recogida esta figura, como veremos más adelante.

FUNDAMENTO Y DIFERENCIAS CON LAS DEMÁS SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS

El fundamento de la sustitución preventiva de residuo es distinto del de la sustitución fideicomisaria. En esta última lo que pretende esencialmente el causante es mantener un patrimonio dentro de su círculo familiar; en cambio, en la preventiva de residuo el fin no es otro que el de evitar la sucesión intestada en relación con los bienes procedentes del patrimonio del causante, de los que su heredero o legatario no haya dispuesto; de ahí el término «preventiva». Mediante ella el testador «previene» un posible abintestato del heredero sustituido, y establece, para evitarlo, una especie de sucesión testamentaria subsidiaria del silencio dispositivo (o de testar) del mismo. Por consiguiente, la finalidad esencial de esta sustitución es la de impedir la sucesión intestada del heredero sustituido.

En este caso, los bienes de los que el fiduciario no haya dispuesto, ni en vida, ni *mortis causa*, van al fideicomisario como herencia del causante. Lo que ocurre es que, a diferencia del fideicomiso de residuo usual, en el preventivo, con disponibilidad *mortis causa*, se concede al fiduciario, incluso, poder para disponer de los bienes fideicomitidos en favor de su propio heredero, o de nombrarse él para sí un heredero en ellos, que los reciba como herencia suya.

Puede, por tanto, el fiduciario, no sólo (como en el fideicomiso de residuo «usual») privar de los bienes al fideicomisario sacándolos del propio patrimonio fideicomitido, con lo que no estarán ya en la herencia fideicomisaria para que el fideicomisario los reciba al tomar ésta, sino dejarlos intocados en el mismo patrimonio fideicomitido hasta su muerte. En este sentido, lo que sí puede hacer es ordenar que no formen parte de la postherencia que ese patrimonio constituirá para el fideicomisario en el momento de tal muerte, sino que se integren en su propia herencia (del fiduciario).

Como ejemplo jurisprudencial de apreciación de la existencia de sustitución preventiva de residuo podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de octubre de 1989 (31).

(31) En ella el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, confirmatoria de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, número 3, de la misma capital. Para

Por el contrario, y en la línea de establecer una clara distinción entre el fideicomiso de residuo usual y el preventivo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de septiembre de 1987 (32) afirma que «nos encontramos ante un fideicomiso de residuo definido y regulado en el artículo 210.1.º de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, y por virtud del cual el testador, después de instituir heredero a su hijo, dispone unas sustituciones vulgares, y le grava con una sustitución fideicomisaria condicional (para después de su muerte) facultándole, no obstante, para disponer libremente de los bienes hereditarios por actos *inter vivos*, con la obligación de hacer tránsito al fideicomisario de los que no hubiere dispuesto. En ningún momento se puede hablar en este caso de una sustitución preventiva de residuo, regulada en el artículo 210.2.º del mismo cuerpo legal, pues para ello hubiera sido precisa la autorización expresa del testador para disponer por actos *mortis causa*, supuesto que no concurre en el presente caso».

Para demostrar la eficacia práctica de todo lo estudiado hasta ahora, principalmente en relación con el fideicomiso de residuo y con el preventivo, tomemos como base esta sentencia y analicemos, antes de discutir el carácter condicional del preventivo de residuo, la posibilidad, ya estudiada, de someter un fideicomiso de residuo a condición, cuando así lo quiera el causante y sin que por ello sea, por naturaleza (y en todos los casos), una sustitución fideicomisaria condicional, por el sólo hecho de que queden o no bienes, como ya hemos aclarado anteriormente.

La cláusula del testamento desencadenante del litigio que concluyó con la presente sentencia era la siguiente: «De todos mis restantes bienes muebles e inmuebles, presentes y venideros, créditos, derechos y acciones que me pertenecen y pueden pertenecerme por cualquier título, causa o razón, nombro e instituyo heredero mío universal a mi hijo único Jaime G. y C., quien no podrá disponer de la herencia libremente hasta haber cumplido la edad de

comprenderla, hemos de tener en cuenta que se encuentra enmarcada en Cataluña, donde se regula dicha figura jurídica, actualmente en el Código de Sucesiones, y antes de 1991 en la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, publicada en el Texto Refundido del Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, con base en la Ley 40/1960, de 21 de julio. Según la citada sentencia: «El motivo de este rechazo fue, en primer lugar, la calificación de las facultades diferidas a la madre, en el testamento del padre, dentro de la institución consistente en sustitución preventiva de residuo y no de fideicomiso de residuo, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 210, párrafo 2.º, y 216 de la Compilación. Como segundo motivo se esgrimió el hecho de entender designados en el testamento de la madre, como herederos, a los hijos demandados, por lo que la elección había de reputarse bien hecha, según doctrina jurisprudencial contenida en sentencias de esta Sala de fecha 27 de mayo de 1974 y 25 de mayo de 1971».

(32) Sentencia que, tras estimar el recurso, casa y anula la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona y confirma la del Juzgado de Primera Instancia, número 2, de Hospitalet de Llobregat (nuevamente jurisdicción catalana).

veinticinco años, o antes si se casare y tuviere uno o más hijos. Y para los casos de premorirme, mi dicho hijo y heredero, o sobrevivirme y no ser tal heredero por no poder, o por no querer serlo, y siéndolo, para el caso de morir antes de haber cumplido la edad de veinticinco años, o sin tener o haber tenido hijos legítimos y naturales uno o más, le sustituyo y herederos míos universales nombro e instituyo a mi hermano don Cosme G. T., y a mis sobrinos, hijos de mis hermanas fallecidas, sucediendo éstos por derecho de representación de sus respectivas madres».

En la cláusula se perfilan dos partes diferenciadas. La primera contiene una institución de heredero a favor del hijo del causante, seguida de una prohibición temporal de disponer. En la segunda, se ordenan una serie de sustituciones: *a)* una primera sustitución vulgar en favor de las mismas personas a las que después se referirá, para los casos de premoriencia del heredero, o para los supuestos de que no llegue a serlo; y *b)* una segunda sustitución fideicomisaria de carácter condicional, instituida para después de la muerte del heredero fiduciario, y sujeta a las dos condiciones alternativas siguientes: en el caso de morir (el heredero) antes de haber cumplido los veinticinco años, o sin tener o haber tenido hijos, le sustituye y nombra herederos suyos a su hermano y a sus sobrinos (hijos de hermanas fallecidas, que acuden por derecho de representación). Necesariamente, existen dos condiciones distintas y referidas a dos supuestos diferentes, de tal manera que la concurrencia de cada uno de estos supuestos por separado dará lugar al nacimiento de la sustitución fideicomisaria: si el fallecimiento del heredero se produce antes de los veinticinco años, o bien si, a pesar de morir una vez superada esta edad, no tiene descendencia.

Si tenemos en cuenta que el testamento constituye una unidad, donde se plasma la voluntad del testador, es necesario armonizar las dos partes que contiene la cláusula estudiada e interpretarlas integrándolas armónicamente, para evitar contradicciones que pudieran presentarse entre las distintas manifestaciones de voluntad. De este modo, la facultad otorgada al heredero en la primera parte de la cláusula, de *disponer libremente* de la herencia una vez que cumpliera veinticinco años o antes si se casara y tuviera hijos, hay que interpretarla poniéndola en relación con la sustitución fideicomisaria que se dispone en la segunda parte.

En relación con lo anterior, hay que entender que el testador sólo le autorizaba a *disponer libremente por actos inter vivos*, pues extendiéndose la autorización a la disponibilidad *mortis causa*, se produciría la contradicción insalvable de admitir que el testador ordenaba una sustitución fideicomisaria en favor de terceras personas, para el caso de morir el heredero sin tener descendencia, cualquiera que fuera su edad, y al mismo tiempo autorizaba al fiduciario a disponer por testamento de los bienes hereditarios a partir de los veinticinco años.

Por todo ello, el fallo de la sentencia fue el de reconocer que nos encontramos ante un fideicomiso de residuo, definido y regulado en el artículo 210.1.º de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, y no ante una sustitución preventiva de residuo, regulada en el artículo 210.2.º de la misma. Para considerarla preventiva de residuo, hubiera sido precisa la autorización expresa del testador para disponer por actos *mortis causa*, supuesto que no concurre en el presente caso.

SOBRE EL CARÁCTER PRETENDIDAMENTE CONDICIONAL DEL FIDEICOMISO PREVENTIVO DE RESIDUO

Si consideramos el fideicomiso preventivo de residuo como una modalidad del fideicomiso de residuo en la que el fiduciario tiene un pleno *ius disponendi* que le permite actuar, por tanto, con total libertad respecto del patrimonio hereditario, sería lógico adelantar que, igual que en el fideicomiso de residuo no hablábamos de condicionalidad del mismo por el solo hecho de que quedaran o no bienes, en este caso también debemos hablar de incondicionalidad (con las matizaciones que veremos más adelante).

Podemos hacer esta afirmación porque la mayor extensión de la disponibilidad de los bienes fideicomitidos en la sustitución preventiva no afecta a que la institución del fideicomisario sea tan pura como en el fideicomiso de residuo usual (lo único es que hay más vías para que los bienes fideicomitidos puedan salir de la herencia fideicomisaria).

Por consiguiente, tanto en el caso de la sustitución preventiva, como en la de residuo «usual», se quiere como heredero futuro al fideicomisario desde un primer momento, si bien subordinado al fiduciario, para que aquél herede lo que quede de la herencia, por no haber dispuesto de ella el fiduciario ni *inter vivos* ni *mortis causa*.

Circunstancias distintas se dan en aquellos casos en los que el testador, como ocurre en el fideicomiso de residuo «usual», puede instituir (también en la sustitución preventiva) *sub conditione* al fideicomisario; o que el testador ordene que lo que de la herencia haya dejado el fiduciario sin disponer ni *inter vivos* ni *mortis causa* sólo lo tome el fideicomisario, si realizó una conducta esperada o si aconteció determinado suceso.

Desde el punto de vista que hasta ahora estamos analizando, el fideicomiso preventivo de residuo no es condicional por el hecho de que el fiduciario no haya dispuesto *mortis causa* de los bienes fideicomitidos (igual que tampoco se considera condición el no haber dispuesto *inter vivos* para el fideicomiso de residuo «usual»). Se entiende que quiere como postheredero al fideicomisario en todo caso, aunque no queden bienes. El hecho

de que queden o no bienes no es una condición de la que dependa la institución, sino simplemente que si no quedan, no tomará bienes porque no los hay.

Hay supuestos en los que sí podemos hablar de *condicionalidad* del fideicomiso preventivo de residuo. En primer lugar, en aquellos supuestos concretos en los que el testador *sí* ha dispuesto claramente que la falta de disposición *inter vivos* (residuo usual) o *mortis causa* (preventivo de residuo) debe ser considerada una verdadera condición puesta por él como requisito indispensable para la adquisición de los bienes. En segundo lugar, también habrá que entender que es condicional la sustitución preventiva ordenada para el supuesto de que el fiduciario muera intestado, porque entonces sí hay un hecho (que el fiduciario haya testado o no) que es inseguro y constituye verdadera condición puesta al nombramiento de fideicomisario.

En este último caso no se alude a la circunstancia de que queden bienes fideicomitidos de los que no se haya dispuesto, ni *inter vivos* ni *mortis causa* (lo cual no supondría una condición), sino que se hace referencia al hecho de que el fiduciario haya o no testado. Este acontecimiento sí que puede configurar una condición.

En el caso de que el fiduciario haya testado, pueden ocurrir dos cosas. La primera consiste en que si se ordenó la sustitución preventiva para el supuesto de que no hubiese testado, los bienes fideicomitidos (aunque el fiduciario al testar no hubiese dispuesto de ellos) deben ir al heredero que él instituyó. Por el contrario, el segundo supuesto radica en que, si se ordenó la sustitución preventiva para cuando el fiduciario no hubiese dispuesto ni siquiera *mortis causa* de los bienes fideicomitidos, aunque hubiese testado, si en su testamento no dispuso de éstos, dichos bienes pasarían a engrosar el patrimonio del fideicomisario.

Es en este sentido en el que podemos hablar de *condicionalidad* del fideicomiso preventivo de residuo, en las hipótesis de sustitución preventiva ordenada para aquellos supuestos en los que el fiduciario muera intestado. Así lo han señalado algunos autores (33), como O'CALLAGHAN, quien afirma que «la naturaleza jurídica de la sustitución preventiva de residuo, entiendo que es de una institución de heredero o legatario condicional. En efecto, el causante nombra un sustituto para el caso de que el heredero o legatario sustituido, no habiendo dispuesto *inter vivos* de todos los bienes objeto de la herencia o legado, fallezca intestado, lo que constituye un hecho futuro y objetivamente incierto, es decir, una condición. El primer llamado, sustituido,

(33) PUIG FERRIOL, L., y ROCA TRÍAS, E., *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña*, III, 1.º, Barcelona, 1979, pág. 234; DÍAZ ALABART, S., *ob. cit.*, pág. 49, y RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *ob. cit.*, pág. 456.

es heredero o legatario libre; y la sustitución se produce cuando se cumple, si se cumple, la indicada condición» (34).

FIGURAS JURÍDICAS AFINES: EL USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPONER,
EL «PSEUDOUSUFRUCTO TESTAMENTARIO» Y EL USUFRUCTO SUCESIVO

El usufructo con facultad de disponer

Es frecuente que el testador conceda al usufructuario establecido en testamento la facultad de disponer de los bienes usufructuados, o de parte de ellos. Las diversas modalidades de esta facultad de disposición se asemejan a las explicadas para el fideicomiso de residuo, y van desde la disposición en caso de necesidad apreciada por determinadas personas (o bien demostrada por el hecho de haber gastado previamente el usufructuario todos sus recursos), hasta la enajenación dejada a la libre voluntad del usufructuario y sin alegación de necesidad alguna, e incluso (aunque en raras ocasiones) la disposición por título gratuito.

La diferencia básica entre éste y el fideicomiso de residuo radica en que el usufructuario, aunque facultado para disponer, no deja de ser un usufructuario, mientras que el fiduciario, en el fideicomiso de residuo, es propietario. El usufructo, incluso el de disposición, es un *ius in re aliena*, un gravamen que pesa sobre la propiedad de los bienes usufructuados, mientras que el derecho del fiduciario de residuo es un dominio, aunque gravado de restitución, sobre los bienes fideicomitidos. Por todo ello, el fiduciario de residuo será heredero, mientras que el instituido en usufructo, aunque sea universal, será reputado legatario (art. 768 del Código Civil).

En este sentido, se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 8 de febrero de 1958: «en el usufructo con facultad de disponer el titular tiene un *ius in re aliena*, en tanto que en el fideicomiso de residuo se está ante un dueño en pleno dominio que sólo tiene la limitación de no poder disponer de él *mortis causa*»; y en la de 2 de diciembre de 1986, cuando señala que «siempre resultará que en el usufructo el titular tiene un *ius in re aliena*, con su régimen peculiar, mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes, con la obligación de conservarlos y con sujeción a un régimen distinto del de usufructuario y además porque el testador, cuando desmembra el derecho en usufructo y nuda propiedad, no hace un doble llamamiento sucesivo respecto de la misma cosa,

(34) O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, M., t. XXIX, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1978, pág. 518.

sino que distribuye entre distintas personas, de modo inmediato, las facultades integrantes del derecho».

Como consecuencia de esta diferencia básica, surgen otras, como son:

1. El usufructuario y los nudos propietarios son herederos directos y simultáneos, hay concurrencia entre ellos; en cambio, mientras que el fiduciario es heredero directo, los fideicomisarios son herederos indirectos o sucesivos.
2. Consecuencia de lo anterior es que los nudos propietarios deben intervenir, junto con el usufructuario, en las operaciones particionales; sin embargo, no es precisa la intervención de los fideicomisarios.
3. Mientras que el fiduciario es propietario, el usufructuario es titular de un derecho en cosa ajena. En el fideicomiso de residuo al dominio pleno se le ponen limitaciones, bien por la naturaleza de la figura (no disponer *mortis causa*), bien por la voluntad del fideicomitente. En el usufructo de disposición, en cambio, se parte de un grupo limitado de facultades, a las que se añaden ampliaciones que no corresponden a la naturaleza del usufructo. En el primero, lo normal es el dominio y lo excepcional no poder disponer; en el segundo, lo normal es el simple goce y lo anormal el poder disponer.
4. En el usufructo con facultad de disponer hay delación simultánea de dos derechos que se complementan, mientras que en el fideicomiso hay delaciones sucesivas de dos derechos que (en principio) se excluyen, ya que no pueden existir simultáneamente.

Un problema especial que plantea esta institución es el de si el usufructuario con facultad de disponer puede prescindir de los herederos instituidos en nuda propiedad, y liquidar por sí solo la sociedad de gananciales del difunto y partir sus bienes. A nuestro juicio, la respuesta debe ser negativa, ya que dichas operaciones deben ser realizadas conjuntamente por el usufructuario y los nudos propietarios. Esto es así, no sólo por lo que se deduce de lo expuesto hasta ahora, sino porque así lo ha considerado también la Dirección General de los Registros y del Notariado en alguna de sus Resoluciones, como la de 24 de abril de 1990, en la que se afirma que «...el llamamiento a los hermanos del causante (como nudos propietarios) y el efectuado en favor de la esposa (como usufructuaria vitalicia) son dos vocaciones simultáneas referidas a realidades diferentes, usufructo y nuda propiedad, y que han de operar desde el momento mismo de la muerte del testador, de modo que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.410 y 1.058 del Código Civil, y en tanto no conste su renuncia, no cabrá prescindir de los herederos instituidos en nuda propiedad al liquidar la sociedad de gananciales del difunto y partir sus bienes».

El «pseudousufructo testamentario» (35)

No es raro encontrar en los testamentos cláusulas testamentarias de este tipo: «Instituyo heredero en usufructo a X, pasando a su muerte el pleno dominio de los bienes a los hijos o descendientes legítimos que entonces pueda tener el propio X», o bien: «Instituyo heredera usufructuaria a mi esposa, y a su muerte sean herederos en pleno dominio mis sobrinos». El testador, en estos casos, no designa a la vez que al usufructuario, nudo o nudos propietarios correlativos, sino plenos propietarios a partir de la muerte de aquél.

Las dudas que surgen ante estas cláusulas son las siguientes:

- ¿Quiénes devienen, en el momento mismo de abrirse la sucesión, nudos propietarios?
- Si heredan en su momento aquellos designados plenos propietarios existentes al abrirse la sucesión, pero ya no al fallecer el usufructuario.
- Si heredan quienes, no existiendo todavía al abrirse la sucesión, viven ya al extinguirse el usufructo.
- ¿Cuál es la situación de los bienes «usufrutuados» en el tiempo que media entre uno y otro momento, y, en particular, cuál es el régimen de su enajenación?

Para GONZÁLEZ PALOMINO, «como en dichas cláusulas no hay disposición actual de nuda propiedad (36) y los llamados al pleno dominio son de momento desconocidos y pueden ser *nondum concepti* en el momento de abrirse la sucesión, no hay más remedio, si se quiere respetar la voluntad del testador, que entender que tales cláusulas llevan implícita una sustitución fideicomisaria» (37).

La clasificación de las cláusulas de disposición del usufructo depende, sobre todo, de la voluntad del testador y, por tanto, es cuestión de interpretación; así pues, habremos de preguntarnos qué quiso en realidad el causante, es decir, si deseaba o no que sucediesen los no concebidos, o quienes premueren al usufructuario, etc., sin dar excesivo valor a sus palabras (en concreto, al término «usufructo»), pues el testador difícilmente podrá distinguir entre usufructuario y heredero *ad tempus*.

(35) Se trata de un usufructo sin asignación coetánea de la nuda propiedad. Para un estudio pormenorizado de esta figura, véase CUADRADO IGLESIAS, M., «Configuración jurídica del llamado “pseudousufructo testamentario”», en *RDP*, abril 1971, págs. 1063 y sigs.

(36) Cuya existencia coetánea al usufructo es necesaria, según este autor, para que verdaderamente se dé este último derecho.

(37) GONZÁLEZ PALOMINO, J., *ob. cit.*, pág. 831.

Una vez instituidas personas futuras en la nuda propiedad, la decisión dependerá de si se entiende que el Código Civil desconoce la sucesión directa de los no concebidos o si es ésta posible. En la primera hipótesis, la forma de salvar la voluntad del causante y, por consiguiente, las disposiciones a favor de quienes no viven al tiempo de abrirse la sucesión, es acudir a la sustitución fideicomisaria. En la segunda, quizá la más admitida, se entiende posible la sucesión directa de los no concebidos, pero no por ello se cierra el camino a la sustitución fideicomisaria.

Deberíamos, en este sentido, analizar detenidamente si el testador pretendía atribuir al nombrado usufructuario un mero *ius in re aliena*, o si quería nombrarlo heredero *ad tempus* (también dependerá de si el testador condicionaba o no la adquisición de los herederos ulteriores a su supervivencia al «usufructuario»). En el primer caso ha de cuestionarse, además, si verdaderamente juegan algún papel los herederos *ab intestato*, o estamos ante una titularidad del caudal transitoriamente incierta, en espera de que se determinen los sucesores definitivos en plena propiedad.

En la jurisprudencia, las soluciones son vacilantes debidas no sólo a la variedad de supuestos reales, sino también a las vacilaciones doctrinales. En ocasiones, el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado aceptan la posibilidad de resolver el «usufructo» en una situación fideicomisaria (sentencias de 6 de marzo de 1944 y 6 de abril de 1954); otras veces consideran que no hay usufructo sin nuda propiedad, y cuando de la expresión del testador se deduce su intención de gratificar, en todo caso, al instituido en nuda propiedad, aprecian en la atribución de usufructo un mero legado a término (sentencia de 17 de mayo de 1955 y Resolución de 5 de enero de 1959). Por último, están las decisiones que admiten la presencia de la condición de supervivencia del heredero instituido al usufructuario, y afirman (sentencias de 4 de febrero de 1970 y 4 de diciembre de 1975) que el usufructo no requiere ineludiblemente la nuda propiedad coetánea, por lo que consideran admisible una situación provisional de pendencia hasta que, en el momento del fallecimiento del usufructuario, se concreten los herederos en plena propiedad y sin que antes haya otro sucesor.

Si el testador designa sólo al usufructuario vitalicio, sin mencionar al futuro sucesor en los bienes, los heredan quienes fueron sucesores *ab intestato* de dicho testador al fallecer el usufructuario instituido (STS de 8 de mayo de 1979).

El usufructo sucesivo

El artículo 787 del Código Civil, en su inciso primero, establece: «*La disposición en que el testador deje a una persona el todo o parte de la herencia, y a otra el usufructo, será válida*».

Pese a las semejanzas externas entre tal situación de disfrute y la producida por la sustitución fideicomisaria, podemos concluir, como ya adelantaba GARCÍA GOYENA en relación con el artículo 638 del Proyecto de 1851 (38), que «hablando con propiedad no hay verdadera sustitución, sino dos donaciones, una del usufructo y otra de la propiedad» (39).

En efecto, de una parte el usufructuario es titular de un *ius in re aliena*, y no de una propiedad *ad tempus*, como sucede en el caso del fiduciario; correlativamente, al cesar el usufructo, el contenido de éste se reincorpora a la nuda propiedad por virtud de la *vis atractiva* del dominio, y no por especial disposición del causante. El nudo propietario es titular del dominio gravado con el usufructo desde el primer momento, y no un mero portador de una expectativa de dominio futuro, como acontece en el supuesto del fideicomisario mientras vive el fiduciario.

El artículo 787, *in fine*, del Código Civil, afirma que si el testador llamare al usufructo a varias personas no simultánea, sino sucesivamente, se estará a lo dispuesto en el artículo 781. Esta regla trata de evitar que, mediante la atribución sucesiva del usufructo a diversas personas, se llegue a una indefinida inmovilización de la propiedad, ya que se aplica el límite del segundo grado en un supuesto idéntico.

Aun sin el artículo 787, cabría aplicar al usufructo sucesivo dichos límites, pues al existir un orden sucesivo de usufructuarios, hay también sucesión fideicomisaria: la muerte del primer usufructuario no extingue el usufructo, sino que lo traslada al segundo, y así en cuanto a los restantes, si bien siempre como recibido del testador. Eso sí, aquí la obligación de conservar se halla duplicada y oculta por la correspondiente al usufructo, pero tampoco falta.

(38) Artículo 638: «*No se entiende sustitución prohibida, la disposición en que el testador deje la propiedad a uno, y el usufructo a otro u otros con la limitación prescrita en el artículo 437.*

Puede también el testador dar sustituto en los bienes de libre disposición al heredero impúbere para el caso en que éste muera antes de llegar a la pubertad.

Puede asimismo dejar un padre la parte libre de sus bienes a su hijo, con la carga de haberlos de restituir a los hijos que el segundo tenga o tuviere en adelante, limitándose la restitución a los nietos del testador, sin pasar a otros grados. En este caso, el hijo gravado con la restitución queda sujeto a todas las obligaciones del usufructuario».

(39) GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo I, Madrid, 1852, pág. 86.

6. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO Y PREVENTIVO DE RESIDUO EN EL DERECHO FORAL

Analizaremos aquí aquellos Derechos forales en los que aparecen la sustitución fideicomisaria de residuo y la preventiva de residuo como tales, motivo por el cual no trataremos el Derecho aragonés (40).

CATALUÑA

Es en Cataluña donde las sustituciones fideicomisarias gozan de un mayor arraigo y regulación, como así lo demuestran tanto la anterior Compilación del Derecho Civil de Cataluña, que dedicaba el Capítulo VII del Título segundo del Libro II a los fideicomisos (arts. 165 a 215) y el Capítulo VIII del mismo libro a la sustitución preventiva de residuo (art. 216), como el actual Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña (CSCat), aprobado por la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, donde se habla expresamente de la sustitución preventiva de residuo en los artículos 250 y 251 en términos muy similares a los de la Compilación. En este punto, la normativa catalana se diferencia del Código Civil, ya que en éste no aparece regulado de manera expresa el fideicomiso de residuo, ni su modalidad de preventivo, como ya hemos expuesto anteriormente.

En Cataluña, la existencia de los fideicomisos es muy antigua; se fechan las primeras cláusulas fideicomisarias a mediados del siglo XII. La regulación de los fideicomisos en el Derecho catalán se basa en las reglas existentes sobre la materia en el Derecho romano; no en vano, el Preámbulo de la Ley que aprueba el Código de Sucesiones catalán establece que «no se modifican los grandes principios propios del Derecho romano, tan arraigado en el derecho sucesorio catalán». Pero hay que matizar que, pese a ser el inspirador de muchos principios del Derecho catalán, resulta del todo lógico que su recepción esté matizada por el devenir histórico.

Frecuentemente los fideicomisos se constituyen por contrato, sobre todo en las capitulaciones matrimoniales, que contienen heredamientos de todas clases; y en éstos, principalmente en los preventivos y prelativos, se estable-

(40) En Aragón se considera fideicomiso la institución indirecta de heredero por la que se encarga al instituido que transmita la herencia, total o parcialmente, a una tercera persona. En este Derecho foral no se recogen especialidades significativas en materia de sustituciones. El párrafo 1.º del artículo 141 de su Compilación, reformado por Ley de 21 de mayo de 1985, dispone que, «salvo previsión en contrario de causante o causahabiente, en su caso, al heredero o legitimario premuerto o incapaz de heredar o renunciante a la herencia, le sustituirán, en la porción correspondiente, sus hijos o ulteriores descendientes...».

cen muy a menudo fideicomisos. Lógicamente se admiten todas las clases de fideicomisos que ya aparecían en el Derecho romano, aunque los más frecuentes en Cataluña son los a término y los condicionales.

El fideicomiso de residuo aparece regulado en el Código de Sucesiones como una sustitución fideicomisaria, puesto que tiene también por esencia el *ordo successivus*, que se mantiene inalterado (como ya hemos visto al estudiar esta figura en el Derecho común) y sólo varía la cuantía objeto del fideicomiso. En concreto, se considera como una sustitución fideicomisaria en la que el fideicomitente dispensa al heredero (fiduciario) del deber de conservar la herencia, se amplían las facultades dispositivas del fiduciario, y se observan aquí todas las demás pautas señaladas sobre esta figura en el Derecho común (como su distinción entre de *eo quod supererit* y *si aliquid supererit*) con la particularidad de que aquí viene regulado en el articulado del Código de Sucesiones, prácticamente en los mismos términos que en la Compilación, puesto que tanto en el fideicomiso de residuo «usual» como en el preventivo, los términos utilizados en la Compilación y en el Código de Sucesiones son muy similares, y sólo varían algunas expresiones, pero que no alteran su contenido.

Centrándonos en la sustitución preventiva de residuo, regulada en los artículos 250 y 251 del CSCat (41), diremos que la misma tiene lugar en dos casos:

(41) Artículo 250: «*Se entenderá establecida sustitución preventiva de residuo en el caso a que se refiere el tercer párrafo del artículo 243, y también cuando el testador, en previsión de que algún heredero o legatario fallezca sin dejar heredero voluntario, llame a una o más personas para que al fallecimiento de aquéllos hagan suyos los bienes que hubieran adquirido con este carácter del testador y de los cuales no hubieran dispuesto por actos entre vivos, donación, institución de heredero, legado u otra liberalidad.*

La delación a favor de los sustitutos preventivos de residuo sólo tendrá lugar si el heredero o el legatario fallecen intestados, y se entenderá que esto ha ocurrido cuando fallezcan sin testamento o con testamento que se anuló, revocado o ineficaz, o si por otra causa el heredero instituido no llega a sucederles, salvo que sea otra la voluntad del testador. La sustitución no tendrá lugar si fallecen con heredero instituido en heredamiento que llegara a serlo, pero prevalecerá la sustitución preventiva de residuo de ser el heredero o legatario sustituido cónyuge del causante que, junto con éste, hubiera otorgado heredamiento preventivo».

Artículo 251: «*En todas las modalidades de la sustitución preventiva de residuo, los bienes de los cuales el heredero o legatario no hubiera dispuesto por actos entre vivos o por causa de muerte serán adquiridos por los sustitutos preventivos de residuo como sucesores del testador.*

Salvo disposición expresa del testador, quedarán excluidos de la sustitución aquellos bienes a que se refiere el último párrafo del artículo 246.

La sustitución preventiva de residuo implicará la vulgar tácita si el testador no establece lo contrario, y quedará sin efecto por renuncia o indignidad sucesoria de todos los sustitutos, o por premorir todos éstos al heredero o al legatario sustituidos».

1. Expresamente: cuando el testador, en previsión de que algún heredero o legatario muera sin dejar heredero voluntario, llame a una o más personas para que, en el momento del fallecimiento de aquéllos, hagan suyos los bienes del testador de los que el fiduciario no hubiere dispuesto por acto entre vivos, donación, institución de heredero, legado u otra liberalidad.
2. Implícitamente: cuando el heredero o el legatario resulten expresamente autorizados por el testador para disponer libremente de los bienes de la herencia o del legado por actos entre vivos y por causa de muerte, y designar, para después de fallecer aquéllos, un sustituto o sustitutos.

El Código de Sucesiones, continuando con los planteamientos ya adoptados por la Compilación, señala en estos artículos que la delación a favor de los sustitutos preventivos de residuo solamente tendrá lugar en los casos en que el heredero o el legatario mueran intestados o sin herederos instituidos en heredamiento que llegue efectivamente a serlo. En consecuencia, se producirá la sustitución preventiva, salvo voluntad distinta del testador, cuando el heredero o legatario fallezcan:

- Sin testamento.
- Con testamento nulo.
- Si el heredero instituido no llegase a serlo por cualquier causa, además de las expresadas.
- Si se tratara de un heredamiento preventivo y el heredero o legatario sustituido fuese cónyuge del causante que, junto con éste, hubiere otorgado el heredamiento.

En relación con lo anterior, diremos que en la sustitución preventiva de residuo pueden darse las siguientes situaciones:

- a) Que el primer llamado haya dispuesto íntegramente, por actos *inter vivos*, de los bienes que recibió del causante. En este supuesto nada adquirirá el sustituto.
- b) Que el primer llamado no haya dispuesto por actos *inter vivos* de la totalidad de los bienes recibidos del instituyente, pero sí haya dispuesto *mortis causa* del resto en su totalidad a favor del heredero por él instituido en testamento o heredamiento. En este caso, tampoco recibirá nada el sustituto.
- c) Que el primer llamado haya dispuesto sólo de parte de los bienes por actos *inter vivos* y fallezca sin haber instituido heredero en testamento o heredamiento. En esta hipótesis, el sustituto recibirá el resto no dispuesto por el instituido, en llamamiento condicional en los térmi-

nos vistos, como heredero directo del testador. En este sentido, destaca la afirmación hecha por el artículo 251 del CSCat, en su párrafo 1.º: «*los bienes de que el legatario o heredero no hubiere dispuesto por actos inter vivos o mortis causa los adquirirán los sustitutos preventivos de residuo como sucesores del testador*».

Es importante en este punto poner de manifiesto que la Compilación, en un primer momento, y el Código de Sucesiones, en la actualidad, resuelven de manera afirmativa la cuestión planteada en el Derecho común en cuanto a si la sustitución fideicomisaria (aquí aplicada a la preventiva) implica una sustitución vulgar. Así lo dispone el artículo 251, párrafo 3.º del CSCat, cuando señala que «*la sustitución preventiva de residuo implica la vulgar tácita, si el testador no establece lo contrario*».

Esta respuesta afirmativa nos parece acertada por dos razones:

1. Porque creemos que ésta parece ser la solución más conforme con la presunta voluntad del causante, pues al designar al sustituto ha demostrado o exteriorizado su preferencia en relación a sus herederos intestados.
2. Porque el llamamiento condicional que encierra —y que sirve para prevenir el abintestato— justifica esta figura, ya que si en los casos en que faltara el inicialmente instituido hubiera de llamarse a los sucesores abintestato de éste, quedaría burlada la previsión hecha por el testador al ordenar la sustitución preventiva de residuo.

En cuanto a los elementos reales de la sustitución preventiva de residuo, debemos señalar que se extiende a aquellos bienes de que el instituido no hubiere dispuesto por actos *inter vivos* ni *mortis causa*. Si el sustituido ha dispuesto de todos los bienes, el sustituto —como ya vimos— nada adquiere.

Habrà que tener aquí en cuenta qué bienes son los que quedan excluidos de la sustitución preventiva de residuo, que, salvo disposición expresa del testador, serán «*los bienes muebles, o sus subrogados, que al tiempo de producirse la delación a favor de los sustitutos preventivos de residuo estuviesen incorporados o destinados materialmente por voluntad del sustituido a su propio patrimonio, o que se encuentren poseídos pública y pacíficamente como suyos, a sabiendas del sustituido*» (art. 251, párrafo 2.º, en relación con el art. 246, ambos del CSCat).

Por último, el artículo 251, párrafo 3.º, *in fine*, del CSCat establece las causas de extinción, que, lógicamente, son aquéllas en las que la sustitución preventiva de residuo se purifica, al no existir sustitutos «*por renuncia o indignidad sucesoria de todos los sustitutos, o premoriencia de los mismos al heredero o legatario sustituido*». En este supuesto, los bienes que constituyen su objeto pasarán a los herederos abintestato del sustituido, si bien no se

producirá tal llamamiento si el sustituyente o causante ha previsto una sustitución vulgar para el sustituto preventivo; es decir, ha previsto que si este sustituto no quiere o no puede suceder, sea otra persona quien ocupe su puesto como sustituto preventivo.

NAVARRA

La Compilación navarra regula en el Capítulo IV del Título VIII del Libro II la sustitución fideicomisaria de residuo, concretamente en la Ley 239. En esta norma, se establecen dos apartados:

- 1.^a *Disposición de bienes por el instituido. «En las sustituciones de residuo, si no se hubiere ordenado otra cosa, el instituido sólo podrá disponer de los bienes por actos inter vivos y a título oneroso. Si se le hubiere autorizado para disponer incluso a título lucrativo, se presumirá que está autorizado para disponer por actos inter vivos o mortis causa».*
- 2.^a *Residuo. «Los bienes de que el instituido no hubiere dispuesto válidamente pasarán, en el momento establecido o evento previsto, a la persona o personas designadas para recibirlos».*

Con esta redacción se establecen para el fideicomiso de residuo los siguientes principios:

- a) Se estará, ante todo, y conforme a la regla general que informa todo el Derecho navarro, a la voluntad del disponente.
- b) A falta de ella, se caracteriza el fideicomiso de residuo por lo siguiente:
 - El poder de disposición de que goza el fiduciario alcanza sólo, en principio, a los actos *inter vivos* y a título oneroso.
 - Parece que regula sólo el fideicomiso de residuo de *si aliquid supererit*, en el que no se produce la subrogación real, es decir, la enajenación de un bien fideicomitado realizada por el fiduciario, así como los bienes que adquiera el fiduciario a cambio, quedan libres del fideicomiso. Se está ante esta figura cuando la expectativa del fideicomisario se subordina al hecho de que al fallecer el fiduciario queden en la herencia —o legado— bienes de los que no hubiese dispuesto el fiduciario. Así lo dispone claramente el citado párrafo 2.º de la Ley 239, cuando dice que los bienes de que el instituido no hubiese dispuesto válidamente pasarán, en el momento establecido o evento previsto, a la persona o personas designadas para recibirlos.

El fiduciario puede, por tanto, disponer de todos los bienes fideicomitidos, sin limitación, a título oneroso; y los bienes que pudiera adquirir como consecuencia de la disposición onerosa de los fideicomitidos quedan libres del fideicomiso y pasan a ser propios del fiduciario. No se produce el juego de la subrogación real. Esto viene confirmado por la propia Compilación cuando, para la sustitución fideicomisaria ordinaria, en contraste con la de residuo, establece expresamente la Ley 235 el juego de la subrogación real en los supuestos en los que el fiduciario enajenare por sí solo en concepto de libres, o sustituyere por otros, los bienes objeto del fideicomiso.

- En cuanto a la disposición a título lucrativo de los bienes fideicomitidos, la Compilación recoge en forma sintética la institución preventiva de residuo, al disponer que si el constituyente del fideicomiso hubiese autorizado al fiduciario para disponer incluso a título lucrativo, se presumirá que está autorizado para disponer por actos *inter vivos* o *mortis causa* (cfr. inciso segundo del párrafo 1.º de la Ley 239).

BALEARES

Respecto a Mallorca y Menorca, la Compilación de 1961 fue modificada el 28 de junio de 1990 y, concretamente, sus artículos 25 a 37 son los que se ocupan de las sustituciones fideicomisarias, nuevamente inspiradas en el Derecho romano, pero con la necesaria adaptación de su regulación a los supuestos actuales.

El fideicomiso de residuo, éste aparece regulado en el artículo 37: «*Si se sujetaren a sustitución fideicomisaria solamente los bienes que quedaren al fiduciario el día de su fallecimiento, podrá éste enajenar y gravar a título oneroso las tres cuartas partes de los comprendidos en la sustitución, debiendo restituir al fideicomisario la otra cuarta parte, si el testador no le hubiere relevado de tal obligación.*

El valor de los bienes de que hubiere dispuesto el fiduciario se imputará a lo que por legítima, trebeliánica u otros derechos le corresponda.

El fiduciario viene obligado a formalizar inventario con citación de los fideicomisarios conocidos o del Ministerio Fiscal, en el caso de que no lo fueren o no comparecieren. El inventario se practicará conforme a las normas establecidas para la cuarta trebeliánica.

Para asegurar la restitución de la cuarta parte reservada a los fideicomisarios, podrán estos pedir su determinación. Mientras no hayan usado de esta facultad no podrán ejercitar acción alguna para impugnar los actos dispositivos del fiduciario.

En caso de indigencia o extrema necesidad podrá el fiduciario disponer también de la cuarta parte».

La puerta que deja abierta la Compilación a la voluntad del testador hace que haya que estudiar, en cada caso concreto, cuál ha sido el verdadero alcance de las cláusulas testamentarias que establecen el fideicomiso de residuo, y si de ellas puede deducirse que el fiduciario tenga *ius disponendi* para transmitir, *inter vivos*, a título oneroso con subrogación real o sin ella; o bien *ius disponendi* para disponer *inter vivos*, incluso, por donación; o bien *ius disponendi* por actos *inter vivos* y *mortis causa*, lo que daría lugar, en este último supuesto, a la institución preventiva de residuo. Nos encontramos, por tanto, ante las mismas posibilidades que hemos analizado en el Derecho catalán, y a la exposición que allí hemos realizado nos remitimos.

Por lo que respecta a Ibiza y Formentera, según el artículo 78 de la Compilación, en estas islas «*el disponente puede ordenar sustituciones en todos sus bienes o parte de ellos mediante cualquier acto de liberalidad inter vivos o mortis causa*».

Los fideicomisos y sustituciones fideicomisarias se interpretarán conforme a la tradición jurídica insular».

Se recoge así, de manera expresa, tanto el fideicomiso de residuo como la sustitución preventiva de residuo.

7. LAS SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS, EN ESPECIAL EL FIDEICOMISO DE RESIDUO, EN EL DERECHO COMPARADO

FRANCIA

El Código Civil francés es el cuerpo legal que con mayor rigor trata las sustituciones fideicomisarias. Su artículo 896 las prohíbe totalmente y con un criterio tan radical que no se limita a anular, pleno *iure*, el llamamiento al sustituto (*appellé*), sino que da el mismo trato a la institución del llamado en primer término (*grevé*). La prohibición abarca en sí tanto la transmisión interpuesta por herencia o legado como la donación entre vivos, con carga de conservar y entregar a la muerte del donatario.

Pero el Código napoleónico sabe que la sustitución fideicomisaria, convenientemente regulada, puede, en determinados casos, servir de instrumento de seguridad patrimonial de la familia, por lo cual ha reconocido dos formas especiales de ella.

Estas formas permitidas son las contenidas en los artículos 1.048 y 1.049 del Código de 1804, que establecen en este sentido que los padres que temen la prodigalidad de un hijo puedan imponerle la carga de conservar los bienes que le dejen sobre la legítima para que los pase a todos sus hijos nacidos o por nacer sin distinción; igualmente, el testador que, por muerte de sus hijos, deje sus bienes a uno de sus hermanos puede encargar a éste que los haga

pasar después a todos sus hijos nacidos o por nacer. Fundamentalmente, el fin que se persigue con estas sustituciones autorizadas es el de la tutela familiar, como se deduce de la Exposición de Motivos del Código napoleónico.

De estas sustituciones permitidas conviene destacar que en ellas la carga desaparece si el instituido en segundo lugar no sobrevive al gravado; de aquí la clara nota de eventualidad que informa la sustitución fideicomisaria francesa, que imposibilita la proyección de construcciones doctrinales de los autores franceses semejante a la nuestra. Por otro lado, los padres —pero no los demás ascendientes— pueden establecer la sustitución, salvo el caso de muerte de los hijos a que se refiere el artículo 1.049 (42); asimismo, el principio igualitario impide reconocer privilegios en favor de la primogenitura, por lo que, de establecer la sustitución, han de ser llamados todos los hijos nacidos y por nacer.

El fideicomiso de residuo no encaja en el artículo 896, pero tampoco en las formas de sustitución permitidas. Como consecuencia de ello, si bien la doctrina mayoritaria francesa acepta el fideicomiso de residuo, lo hace con una negativa hacia su carácter de sustitución fideicomisaria (43).

El fideicomiso de residuo no se declara válido a título de sustitución permitida, lo cual tiene, entre otras, la importante consecuencia de que el llamado al residuo ha de estar concebido a la apertura de la sucesión. Si bien el argumento más generalizado para recusar la sustitución fideicomisaria en este fideicomiso es el de la falta de la obligación de conservar.

ITALIA

Inspirado en principios políticos y económicos semejantes a los del Código napoleónico, y siguiendo una corriente desamortizadora, el Código italiano de 1865 suprimió de manera tajante las sustituciones fideicomisarias en su artículo 899, pero no de forma tan ruda como el francés.

Basado en principios políticos completamente diferentes, el Código de 1942 admite formas de sustitución fideicomisaria excepcionales; concretamente el Capítulo VI del Título III del Libro II de dicho cuerpo legal es el que se ocupa de las sustituciones (arts. 688 y sigs.). El artículo 692, relativo

(42) Artículo 1.049: «Será válida, en caso de muerte sin hijos, la disposición que el causante hubiera hecho por acto entre vivos o por testamento, a favor de uno o varios de sus hermanos o hermanas, de todo o parte de sus bienes que no hayan sido reservados por ley en su sucesión, con la carga de devolver aquellos bienes a los hijos nacidos y por nacer de dichos hermanos y hermanas».

(43) BAUDRY-LACANTINERIE, G., AUBRY-RAU, C., *Cours de Droit civil français*, VII, París, 1956, pág. 218; LAURENT, F., *Principes de Droit civil française*, t. XVI, 3.^a ed., Bruxelles-París, 1878, págs. 2 y sigs.; COLIN, A. y CAPITANT, H., *Traité élémentaire du Droit civil*, París, 1922, pág. 880.

a la sustitución fideicomisaria, fue modificado por el artículo 197 de la Ley de 19 de mayo de 1975, de reforma del Derecho de familia, que nos remite al artículo 238 de dicha Ley. Es este artículo el que recoge los modelos de sustitución fideicomisaria excepcionalmente permitidos que, en esencia, son los dos que reconoce el Derecho francés, es decir, la obligación impuesta por el testador «*al propio hijo de conservar y restituir a su muerte, en todo o en parte, los bienes que constituyen la parte de libre disposición*», y «*la disposición que impone la carga a un hermano/a del testador de conservar y restituir los bienes que les deja a todo hijo nacido o por nacer de aquéllos o en favor de un entidad pública*».

El fideicomiso de residuo se prohíbe por el artículo 238, párrafo 4.º, el cual declara nula «*toda disposición por la cual el testador prohíbe al heredero disponer por actos entre vivos o por acto de última voluntad de los bienes hereditarios*».

La doctrina se encuentra dividida entre quienes apoyan la prohibición del fideicomiso de residuo (44), y aquellos otros que defienden su validez por no ver en la figura una sustitución fideicomisaria (45).

ALEMANIA

El Código alemán (BGB) reconoce la sustitución fideicomisaria en el parágrafo 2.100, en el que aparece la figura de lo que se conoce como «heredero sucesivo». Este precepto afirma que *el causante puede instituir a un heredero de forma que éste sólo llega a serlo después de que otra persona haya sido heredero en primer lugar* (heredero sucesivo). Este heredero posterior recibe el nombre de «*nacherben*».

El límite del orden sucesivo se aparta del criterio normal de establecer un tope al número de llamamientos, en cuanto que la inalineabilidad se limita al plazo máximo de treinta años, a contar desde la muerte del causante. Se permite, sin embargo, una mayor duración en los casos en que la sustitución fideicomisaria haya sido establecida para el supuesto de que se realice un acontecimiento en relación con el gravado o con el sustituto vivo a la muerte

(44) CUTURI, T., *Dei fedecommissi e delle sostituzioni nel diritto civile italiano*, Citá di Castello, 1889; GABBA, C. F., «La fiducia nel diritto civile italiano», en *Rev. «Questioni di diritto civile»*, Torino, 1898, págs. 34 y sigs., y *Foro it.*, 1893, págs. 796 y sigs.; RUGGIERO, R., «L'illiceità della fiducia testamentaria», en *Riv. Dir. Civ.*, 1913, págs. 433 y sigs.; VENEZIAN, G., «Nullità assoluta della dichiarazione di fiducia testamentaria nel diritto civile italiano», en *Rev. Legge*, 1912, págs. 566 y sigs.

(45) CATTANEO, BORDA, PATERNO, SOOMARIVA, *Di alcune questioni relative ai fedecommissi nel Diritto civile italiano de in patrocinar del considero fedecommissio di residuo*, Bolonia, 1898.

del causante; también, para el supuesto de que la sustitución esté condicionada al nacimiento de un hermano o hermana.

El BGB ha introducido, en el título que dedica a la sustitución fideicomisaria, una serie de figuras sucesorias que encajan con dificultad en aquella; por ejemplo, la institución a término o condición resolutoria, la institución a término o condición suspensiva, entre otras. La inclusión de estas figuras se debe, sin duda, a la necesidad de tutelar los posibles derechos que surjan de las mismas, tutela que se logra al aplicar el mismo régimen establecido para las sustituciones fideicomisarias.

El Código alemán es superior a los demás en cuanto a la regulación de las facultades del fiduciario, al que le son aplicables, por analogía, en sus relaciones con tercero, las normas que regulan la protección de los adquirentes de buena fe. Los derechos del sustituto están también efectivamente garantizados.

PORTUGAL

La regulación del Código portugués de 1966 identifica o absorbe en una sola figura jurídica la sustitución fideicomisaria y el fideicomiso. Concretamente el artículo 2.286 dice que *«se llama sustitución fideicomisaria o fideicomiso a la disposición por la que el testador impone al heredero instituido el encargo de conservar la herencia, para que la entregue, tras su muerte, a otra persona. El heredero gravado con el encargo se llama fiduciario, y fideicomisario al beneficiario de la sustitución»*. Precepto que sigue, en general, por lo que hemos visto, lo dispuesto en esta materia en el ordenamiento francés.

En este sentido, podemos añadir que prohíbe las sustituciones fideicomisarias, salvo en los casos en que sean hechas por el padre o la madre en relación con los bienes disponibles en provecho de nietos nacidos o por nacer, y en el de que sean hechas en favor de descendientes en primer grado de los hermanos del testador. Pero, frente a la regulación francesa, establece que el fideicomisario adquiere derecho a la sucesión desde el momento de la muerte del testador, aunque no sobreviva al fiduciario, y, por consiguiente, transmite a los herederos (en este último caso) su derecho.

Tampoco en el Derecho portugués la nulidad de la sustitución fideicomisaria supone la de la institución del primer grado, sino que simplemente aquella se tiene por no puesta. Y, finalmente, debemos señalar que el Código portugués considera sustituciones fideicomisarias (y, por tanto, prohibidas) las prohibiciones de enajenar, los fideicomisos de residuo y las rentas o pensiones sucesivas.

M.^a MERCEDES ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES

Profesora Ayudante de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

La enajenación de la herencia en la sustitución fideicomisaria y en el fideicomiso de residuo

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO: 1.1. La dualidad existente entre la sustitución fideicomisaria y en el fideicomiso de residuo.—2. LA SITUACIÓN DEL FIDUCIARIO: 2.1. En la sustitución fideicomisaria. 2.2. En el fideicomiso de residuo.—3. LOS FIDEICOMISOS EN EL DERECHO FORAL: 3.1. EN LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL DE BALEARES. 3.2. EN EL CÓDIGO DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE DE CATALUÑA. 3.3. EN LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL FORAL DE NAVARRA.—4. LA CESIÓN DE LOS DERECHOS HEREDITARIOS EN LOS FIDEICOMISOS: 4.1. EL ARTÍCULO 228 DEL CÓDIGO DE SUCESIONES DE CATALUÑA. 4.2. LA LEY 237 DEL FUERO NUEVO DE NAVARRA.

1. PLANTEAMIENTO

La estimación por separado en el Derecho Foral de la sustitución fideicomisaria y el fideicomiso de residuo, artículos 180 y 243 del Código de Sucesiones de Cataluña; artículos 25 y 37 de la Compilación Civil de Baleares; las leyes 224 y 239 del Derecho Civil de Navarra, nos hace pensar que cualquier planteamiento sobre los mismos debe partir de dicha dualidad.

Por otro lado, la falta de precisión terminológica en nuestro Código Civil sobre las mencionadas sustituciones, como en el residuo, ha facilitado que se entienda como una sola y bajo la denominación: sustitución fideicomisaria de residuo.

Situada la polémica en el ámbito de nuestro Código Civil, por estimar en primer lugar, que el fideicomiso de residuo puede disponer del todo o parte de la herencia fideicomitida, en cambio, en la sustitución fideicomisaria no tendría dicha posibilidad. Por el contrario, en el ámbito del Derecho Foral, la institución de residuo se puede enajenar los bienes fideicomitidos, y en la sustitución fideicomisaria de igual modo, pero bajo una serie de limitaciones o excepciones debidamente justificadas, pero al mismo tiempo el legislador

ha previsto la posibilidad de ceder los derechos fideicomitidos, artículo 228 del CS, y la ley 237 del FN, sin que la voluntad del testador influya en dicha cesión. No obstante, nuestro planteamiento parte del artículo 781 del Código Civil, para la sustitución y el artículo 783-2.º del mismo Cuerpo legal para el residuo, después analizaremos el Derecho Foral, por último la particularidad de la cesión como hemos apuntado.

1.1. LA DUALIDAD EXISTENTE ENTRE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA Y EN EL FIDEICOMISO DE RESIDUO

El artículo 781 del Código Civil, dispone: «Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efectos siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador».

Precepto que, como ha declarado la STS de 27-9-1935 (1): «la existencia de la sustitución llamada fideicomisaria tiene tres elementos o características: duplicidad de llamamientos en la disposición testamentaria; obligación de conservar y restituir todo o parte de la herencia deferida al beneficiario del primer llamamiento y orden sucesorio en la transmisión de la herencia». A colación de dicho fallo surge la cuestión de si cuando hablamos de una sustitución fideicomisaria, y por ende, de un fideicomiso de residuo, nos estamos refiriendo a dos institutos diferentes, o por el contrario, podemos admitir que el residuo es una sustitución fideicomisaria.

La cuestión no es pacífica en la doctrina, pues con ello no sólo otorgamos carta de naturaleza jurídica, sino al decantarse por una u otra conlleva la equiparación, o en su caso, diferenciación, con los evidentes efectos jurídicos distintos en cuanto a la posibilidad de enajenar la herencia.

Así que para la doctrina (2), que admite el fideicomiso con los requisitos antes aludidos, la sustitución fideicomisaria es diferente del fideicomiso de residuo, pues en el primero existe, conforme a lo dispuesto en el artículo 781 del Código Civil, el deber de conservar del fiduciario y posteriormente entregar al fideicomisario el todo o parte de la herencia, por lo que, en principio,

(1) (RA 1142), en igual sentido las SSTs de 25-4-1951 (RA 1615); 3-7-1956 (RA 2746); 3-7-1963 (RA 3732); 9-11-1964 (RA 5108); 13-12-1974 (RA 4677).

(2) PUIG PEÑA, F., «Fideicomiso», en *NEJ*, tomo 9.º, pág. 737; DOMINGO AZNAR, A., *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Madrid, 1999, pág. 67; CLEMENTE DE DIEGO, F., *Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias «de residuo»*, Madrid, 1926, pág. 33 y sigs.; VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, A., «La extinción de la sustitución fideicomisaria pura y la condicional y del fideicomiso de residuo», en *RCDI*, 1951, pág. 100 y sigs.; PUIG FERRIOL, L., *El heredero fiduciario*, Barcelona, 1965, pág. 25.

le está vedado la posibilidad de enajenar la herencia, salvo disposición en contrario, o que tenga que efectuar una enajenación por motivos de mejora, conservación, pago de créditos o deudas. Por el contrario, otro sector de la doctrina (3), excluye como característica «la obligación de conservar y restituir toda parte de la herencia diferida al beneficiario del primer llamamiento», es decir, sólo admiten como requisito el *ordo successivos* o el doble llamamiento. En tal supuesto, el fideicomiso de residuo es una sustitución fideicomisaria, lo que lleva implícito la posibilidad por parte del fiduciario de enajenar el todo o parte de la herencia o legado (art. 783.2 del Código Civil), el resto, si queda, es lo que entregará al fideicomisario. Si bien es cierto, como dice DÍAZ ALABART (4), en la sustitución el fiduciario tiene el deber de conservar (art. 781 del Código Civil), que no la tiene o no la expresa el artículo 783.2 del Código Civil, para el fideicomiso de residuo; así que, de acuerdo con la tesis de la autora (5) existen dos variantes, una la sustitución fideicomisaria normal, o usual, que carece de facultades para enajenar bienes fideicomitados; otra la sustitución de residuo con amplios poderes para enajenar los bienes de la herencia.

Por nuestra parte compartimos que del inciso final del artículo 783.2 del Código Civil, cuando dice: «salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa», se hace referencia al fideicomiso de residuo, como el artículo 781 del Código Civil, regula la sustitución fideicomisaria, pero discrepamos en que una sustituya a la otra, es decir, sólo existe el fideicomiso de residuo que es una sustitución de residuo, lo que hace el legislador es regular la sustitución fideicomisaria como una transmisión sucesoria, lo que ocurre, como veremos más adelante, es que dicho mecanismo sucesorio es igual en el

(3) LACRUZ-SANCHO, *Elementos de Derecho Civil V, Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1988, pág. 363; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo 5.º, vol. 2.º, Barcelona, 1977, págs. 523 y 568; VALLET DE GOYTISOLO, J., «Fideicomisos a términos y condicionales y la cláusula *si sine liberis decesserit* en el Derecho histórico de Castilla y en el Código Civil», en *ADC*, 1956, págs. 846-847; ROCA SASTRE, R. M., *Anotaciones al Derecho de Sucesiones de T. Kipp*, traducción de la 11.ª revisión por H. Coing, vol. 1.º, 2.ª ed. al cuidado de Puig Ferriol-Badosa Coll, Barcelona, 1976, pág. 515; IRURZUN GOICOA, D., «El fideicomiso de residuo y la voluntad del testador», en *AAMN*, 1974, pág. 189; ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A., «La sustitución fideicomisaria de residuo», en *RDP*, 1975, pág. 175; DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Derecho de familia y Derecho de sucesiones, 6.ª ed., revisada y puesta al día, Editorial Tecnos, 1992, pág. 409; SANTOS BRIZ, J., *Derecho Civil. Teoría y práctica*, tomo 3.º, Madrid, 1979, pág. 451; GONZÁLEZ PALOMINO, J., *Estudios Jurídicos de Arte Menor*, vol. 2.º, Pamplona, 1964, pág. 378; OSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957, págs. 303-304; DÍAZ ALABART, S., *El fideicomiso de residuo*, Barcelona, 1981, págs. 210-212.

(4) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo GARCÍA, tomo 10.º, vol. 2.º, Madrid, 1984, pág. 208.

(5) «El fideicomiso de residuo», *op. cit.*, págs. 37-38, en «Comentarios», *op. cit.*, pág. 209.

residuo, como en la sustitución, pero se diferencia en que éste no puede enajenar la herencia, salvo disposición en contrario, en el residuo sí.

En efecto, puede decirse que la sustitución fideicomisaria supone un proceso paralelo a la sucesión propiamente dicha, porque el mecanismo de que se vale la sucesión también es aplicable a la sustitución. Como sabemos, la sucesión, y por lo dicho a la sustitución fideicomisaria, empieza con la designación por el causante (fideicomitante), del heredero que recibe la herencia (fiduciario), que conserva y después transmite a otro (fideicomisario), el todo o parte de la herencia. Se trata, como dice ALBALADEJO (6), de una herencia y dos o más herederos sucesivos, de tal manera que el primer heredero (fiduciario) es llamado a la herencia (vocación) (7), pero hemos de tener en cuenta que en el presente caso no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 989 del Código Civil, cuando dice: «Los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda», pues si repudia el fiduciario hereda el fideicomisario por sustitución vulgar, salvo disposición en contrario (8). Pero, si acepta la herencia existe posteriormente una delación (9) u ofrecimiento, en principio, y como quiere el artículo 781 del Código Civil, para conservar y después transmitir al fideicomisario, así que mientras viva el primer heredero es un detentador de la herencia, salvo que haya sido designado a término o bajo condición, de tal manera que fallecido o cumplido el plazo o la condición deberá dar tránsito al postheredero.

Aunque tendremos ocasión de insistir más adelante sobre el mismo, a los solos efectos de completarlo decimos; ciertamente, que el fiduciario en una sustitución fideicomisaria no puede disponer libremente de los

(6) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por Albaladejo GARCÍA, tomo 10.º, vol. 2.º, Madrid, 1984, pág. 196; «Las sustituciones fideicomisarias puras, a término y condicionales, sus límites, aceptabilidad o repudiabilidad, el momento de la delación fideicomisaria y la expansión del derecho del fiduciario o del fideicomisario», en *RDP*, 1979, pág. 522; OSSORIO MORALES, *op. cit.*, pág. 266; DOMINGO AZNAR, *op. cit.*, págs. 65-70.

(7) ALBALADEJO, «Comentarios», *op. cit.*, pág. 530; ROCA SASTRE, «Anotaciones», *op. cit.*, pág. 454, del mismo autor, «La designación, la vocación y la delación sucesoria», en *Estudios sobre sucesiones*, tomo 1.º, Madrid, 1981, pág. 132; PUIG PEÑA, *op. cit.*, pág. 739.

(8) ALBALADEJO, «Las sustituciones fideicomisarias puras...», *op. cit.*, págs. 524 y 533, en «Comentarios», *op. cit.*, pág. 172; ROCA SASTRE, «Anotaciones», *op. cit.*, pág. 458; DOMINGO AZNAR, *op. cit.*, pág. 71; IRURZUN GOICOA, *op. cit.*, pág. 197; GONZÁLEZ PALOMINO, *op. cit.*, pág. 365; en el régimen de Derecho Foral es normal que el causante nombre sustituto vulgar para en el caso de que el fiduciario no acepte o no quiera, que generalmente coincide con el fideicomisario. No obstante, en los Ordenamientos Forales viene previsto para en el caso de que el testador no haga uso del mismo, sin embargo en el régimen del Código Civil opera la retroacción de la herencia, pero no podemos aceptarlo porque si el primer heredero desaparece el fideicomiso también.

(9) ALBALADEJO, «Sustitución...», *op. cit.*, pág. 530; DOMINGO AZNAR, *op. cit.*, pág. 60; ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 454.

bienes fideicomitidos (10), pero nada impide que el fiduciario y el fideicomisario lleguen a un acuerdo, o el fiduciario obtenga el consentimiento necesario para enajenar, como ante una posible discrepancia entre ambos pueda acudir (el fiduciario) a solicitar autorización judicial, ya que de enajenar por sí mismo y como libre puede ser impugnada la venta (11), en cualquier caso, y de darse la necesidad de abonar deudas, cargas o créditos de la herencia, como pagar mejoras, impensas o conservaciones, podrá el fiduciario enajenar parte de los bienes fideicomitidos, sencillamente porque el párrafo 3.º del artículo 783 del Código Civil, lo autoriza expresamente, cuando dice: «sin otras deducciones que las que corresponde por gastos legítimos, créditos y mejoras...» (12).

(10) ALBALADEJO, «Comentarios», *op. cit.*, pág. 328.

(11) ALBALADEJO, «Comentarios», *op. cit.*, pág. 329; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, pág. 834, citando el artículo 181-1.º de la Compilación de 1960, de análoga redacción al artículo 217 del CS, señala que el fiduciario no debería ser constreñido tan sólo a conservar y restituir, sino con base en el orden sucesorio puede otorgarle al fiduciario facultades dispositivas cuando así lo permita la ley, lo autorice el testador o lo consientan los fideicomisarios; en igual sentido PUIG FERRIOL, *op. cit.*, 152 y sigs.

(12) En las sustituciones fideicomisarias se admite la posibilidad de que el fideicomitante pueda designar al fiduciario a término o bajo condición. El ejemplo expuesto por ALBALADEJO, «Las sustituciones...» (*op. cit.*, págs. 526 y 641), es desde nuestro punto de vista, el más acertado. Se trata de designar a un fiduciario hasta cierto momento, cumplido el término pasa la herencia al fideicomisario, de tal manera que el orden sucesorio se cumple; para OSSORIO MORALES (*op. cit.*, pág. 275), el término a que se refiere las sustituciones fideicomisarias es, por lo general, suspensivo (*dies a quo*), que pueden ser: *certus an et in certus quando* (ha de llegar pero se desconoce cuándo), y *dies certus an et quando* (término cierto); en igual sentido, DOMINGO AZNAR (*op. cit.*, pág. 61); ROCA SASTRE, *Estudios II* (*op. cit.*, pág. 39); PUIG BRUTAU (*op. cit.*, pág. 550). En cuanto a la condición en una sustitución fideicomisaria, en opinión de ALBALADEJO, «Las sustituciones...» (*op. cit.*, pág. 577), puede ser resolutoria, es decir, se establece por el testador un requisito que ha de cumplir, por lo general, el fideicomisario, y una vez cumplido, la herencia le es entregada, aunque también cabe en el fiduciario dicha condición, y supone que una vez verificado el evento se produce la eficacia de la sustitución, es decir, tiene un efecto *ex nunc*. Cfr. ALBALADEJO, «La sustitución...» (*op. cit.*, pág. 529); DOMINGO AZNAR (*op. cit.*, pág. 81); ROCA SASTRE, «Anotaciones» (*op. cit.*, pág. 458); LACRUZ-SANCHO (*op. cit.*, pág. 360); PUIG BRUTAU (*op. cit.*, pág. 548). Sin embargo, en opinión de VALLET DE GOYTISOLO (*op. cit.*, pág. 822), no es posible heredero bajo condición resolutoria, pues ello supondría la posibilidad de la retroacción del fenómeno sucesorio, así que con base en el artículo 798 del Código Civil, señala que la condición en una sustitución fideicomisaria es suspensiva, en donde el fideicomisario no adquiere derecho alguno hasta el momento en que la condición se cumpla, en igual sentido LACRUZ-SANCHO (*op. cit.*, pág. 359); ROCA SASTRE, «Anotaciones» (*op. cit.*, pág. 458); no obstante, ROCA I TRIAS, E., comentando la STS de 5-5-1983 (CCJC, 1983, pág. 589), señala que cuando el testador prevé una situación de pendencia por dejar indeterminada la titularidad después del fiduciario, nos hallamos ante una condición suspensiva, en efecto, en la presente sentencia por testamento se deja un usufructo vitalicio, y la nuda propiedad indeterminada, en este caso es factible la condición suspensiva, precisamente por la indeterminación.

Por el contrario, se predica que el fideicomiso de residuo es una sustitución fideicomisaria, o lo que es lo mismo una sustitución de residuo (13), que consiste en aquella disposición de última voluntad por la que se instituye heredero o legatario a una persona (fiduciario), quedando facultado para disponer del todo o parte de la herencia, el resto, o lo no dispuesto, pasará al fideicomisario.

Tesis que no parece simple, además de equívoca, pues si el fiduciario puede libremente enajenar todo o parte de la herencia, es porque el testador así lo dispuso, y en dicho caso, estamos ante un fideicomiso de residuo, pero cuando no está prevista la facultad de disposición, el fiduciario no sólo tiene el deber de conservar para después entregar, lo que es denominado sustitución fideicomisaria, por tanto, concebimos la diferencia entre ambos en que uno puede disponer libremente (residuo), el otro no está autorizado, salvo lo previsto en el artículo 783.2 del Código Civil.

La confusión, o como titula VALLET (14): «La contraposición entre la sustitución y el fideicomiso», se debe en parte a la sistemática adoptada por el Digesto, pues en el Libro XXVIII, título VI, «Sobre las sustitución vulgar y la pupilar», mientras que los fideicomisos estaban regulados en el Libro XXX a XXXIV, bajo único título «Sobre los legados y fideicomisos», si bien sostiene BIONDI (15), que originariamente el fideicomiso es ajeno al legado, de los epígrafes expuestos, estima VALLET (16), que en Roma no se consideró el fideicomiso como una sustitución. No obstante, se puede apuntar que el fideicomiso, históricamente hablando, se trata de un «instituto amorfo, fluido, adaptable a finalidades varias» (17), o como dice BIONDI (18): «consiste en una carga impuesta al que adquiere *mortis causa* bienes del difunto», lo que explica el hecho de que el fideicomiso se identifique con la voluntad del testador, que de ser este militar se daba por válido la sustitución como fideicomisaria (19). En efecto, la Partida VI, Título V, Ley 1.^a, bajo el epígrafe: *Que quier decir substitutus, quantos maneras son de substitutiones*, que se subdivide en: vulgar, pupi-

(13) DÍAZ ALABART, *op. cit.*, par. 30, «Comentarios», *op. cit.*, pág. 211; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *op. cit.*, pág. 175; LÓPEZ LÓPEZ, J., «La regulación del fideicomiso de residuo en el Código Civil español», en ADC, 1955, pág. 785.

(14) «Estudios de Derecho Sucesorio», vol. 1.º, Madrid, 1987, pág. 485, en *Panorama del Derecho de Sucesiones I, Fundamentos*, Madrid, 1982, pág. 254; para CLEMENTE DE DIEGO, F., *op. cit.*, pág. 46, Roma dio nombre a las sustituciones vulgar, pupilar, ejemplar, y también las fideicomisarias.

(15) *Sucesión testamentaria y donación*, traducción de la 2.^a ed., italiana por M. Fiaren, Barcelona, 1960, págs. 297 y 302.

(16) *Op. cit.*, pág. 295; IGLESIAS SANTOS, J., *En torno al fideicomiso familiar catalán*, Barcelona, 1952, pág. 12.

(17) BIONDI, *op. cit.*, pág. 297, añadiendo a lo dicho «esa es la razón de su éxito».

(18) *Op. cit.*, pág. 302.

(19) VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, pág. 488.

lar, ejemplar, compendiosa y brevilocua (recíproca), añadió en la parte final: «Otra manera de sustituciones, aquélla que dicen en latín fideicomisaria» que regula la Partida VI, Título V, Ley XIV (20), de la que se deduce como requisitos: el ruego de la buena fe; su uso por cierto tiempo y posterior entrega, además añade que queda facultado el fiduciario para retener la cuarta trebeliánica a cambio de recibir y posteriormente entregar la herencia, en el supuesto de no querer entregarla podrá ser apremiado por el fideicomisario ante el Juez del lugar, lo que parece confirmar, en efecto, que la sustitución fideicomisaria y el fideicomiso de residuo se usaron indistintamente en la época de la precodificación (21). Por otro lado, la Ley 1.^a, Título 2.^o del Libro 5.^o del Ordenamiento de Alcalá (22), se abandona el requisito de acudir al Juez para que el designado aceptara la herencia.

En el proyecto de Código Civil de 1851, que en su artículo 635 estableció: «Toda sustitución fuera de la señalada en los artículos 629, 630 y 638, se considera como fideicomiso, y es nula, sea cualquiera la forma con que se le revista»; el artículo 629 regula la sustitución vulgar, salvo lo previsto en el artículo 638, que preveía el usufructo simultáneo, es decir, la nulidad del fideicomiso le viene dada por su precedente francés (23), que de igual modo influyó en el artículo 899 del Código Civil italiano de 1865; no obstante, en el Código Civil de 1882, artículo 782, de igual redacción al vigente, artículo 781, se redactó conforme a la Base A, aprobada por Comisión reunida en pleno en 15-11-1882 (24), con todo llegamos al artículo 781 del Código

(20) «De la sustitución que es llamada en latin fideicomisaria, que dice así: “Fidei-commisaria substituto in latin, tanto quiere dezir en romance, como establescimiento de heredero, que es puesto en fe de alguno, que la herencia dexa de su mano, que la de a otro; assi como si dexesse el facedor del testamento: Establezco por mio heredero a fulano, y ruégole, o quiero, o mando, que esta mi herencia, que yo dexo, que la tenga tanto tiempo, e que después que la dé, e entregue a fulano. E tal establescimiento como este puede fazer todo ome a cada uno del Pueblo, solo que nom le sea defendido por algunas leyes de este nuestro libro. Pero dezimos, que este es rogado, e establecido de esta manera, que debe dar, e entregar la herencia al otro, assi como al testador mando; sacando ende la quarta parte de toda la herencia, que puede tener para sí. E si esta quarta parte es llamada en latin Trebeliánica. E si este que assi fuesse establecido por heredero, non quisiessse rescibir la herencia, o después que la ouiere recibido, non la quisiessse rescebir la heredad, o después que la ouiere recibido, non la quisiere entregar al otro, puede apremiar el Juzgador del logar, que la faga”».

(21) LÓPEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 755; PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pág. 24, durante mucho tiempo el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria fueron tratados como únicos institutos, sin tomar en cuenta que respondían a dos concepciones diferentes.

(22) «Y si alguno dexare a otro en supostrimera voluntad por heredero, o le legare, o mandare laguna cosa para que la den, a otro laguno a quien sostiituye en la herencia, o manda; si el heredero, o legatario no quisiere aceptar, orenunciare la herencia, o legado, el substituto, o osostituto lo pueden aver todo».

(23) LÓPEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 759.

(24) LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española, 4 Codificación civil*, vol. 2.^o, Madrid, 1970, pág. 626 y sigs., de acuerdo con este autor, los artículos 783 y

Civil, que cuando dice «...se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia...», apreciamos que son las características de la sustitución fideicomisaria, pero, la expresión «encargo», lo es de un fideicomiso puro, pero al admitir la jurisprudencia el fideicomiso de residuo, además del llamado *si sine liberis decesserit*, que no está regulado en nuestro Código Civil, nos hace pensar que debemos diferenciar la sustitución fideicomisaria del fideicomiso de residuo para poder destacar las particularidades de cada uno.

No obstante, de lo dicho, la reciente incorporación del párrafo tercero al artículo 808 del Código Civil por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (BOE 277, de 19-11), «De protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad», viene a corroborar lo hasta ahora sostenido cuando el referido artículo 808, párrafo 3.º dice: «Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de la legítima estricta, siendo fiduciario los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos».

Queda claro, desde nuestro punto de vista, la intención del legislador de evitar que los legitimarios incapacitados pierdan su derecho a la legítima, pero al mismo tiempo se sigue considerando la sustitución fideicomisaria como un tránsito hereditario entre el fiduciario y fideicomisario ordenado por el testador. Así que cuando el testador se encuentre ante el supuesto de la norma podrá acudir a una sustitución fideicomisaria en donde el fiduciario (heredero incapacitado), ostentará dicha cualidad de por vida, y a su fallecimiento (no lo dice el precepto que comentamos, pero el sentido del instituto sustitutorio podemos deducirlo así), pasa a los fideicomisarios.

Ejemplo claro, creemos nosotros de que el legislador sigue considerando la sustitución fideicomisaria distinta del fideicomiso de residuo, pues fiduciario como heredero sobre el tercio de legítima estricta carece de la posibilidad de enajenar (en el presente caso por la sentencia de incapacidad), y a su fallecimiento pasa a los coherederos fideicomisarios.

784 se redactaron conforme a la Base B, C, y D; el artículo 785 se corresponde con el 1.868 del Código Civil portugués; el artículo 786 fue una mezcla de la Base E; el artículo 1871 del Código Civil portugués, y el artículo 3.638 del Código Civil mejicano; el artículo 787 se corresponde con el artículo 1.869 del Código Civil mejicano. No obstante, añade LÓPEZ LÓPEZ (*op. cit.*, págs. 768-770), que la diferencia entre el Derecho Foral y el Código Civil de 1882, hizo necesario llegar a una fórmula de transición, en el sentido que para enajenar bienes, el fiduciario debe tener autorización previa del testador vía testamento.

2. LA SITUACIÓN DEL FIDUCIARIO

2.1. EN LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

No es muy afortunada la redacción de los artículos 781 y 783.2 del Código Civil, en cuanto a las obligaciones del fiduciario en las sustituciones fideicomisarias (25), pues el artículo 781 del Código Civil establece el encargo de conservar y transmitir; el artículo 783.2 del mismo Cuerpo legal, cuando dice: «El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario...», siendo los requisitos de conservar y entregar por parte del fiduciario en que se fundamenta la sustitución fideicomisaria, según tiene reconocida la jurisprudencia, si bien, no hay unanimidad a la hora de catalogar dichos requisitos, pues una primera STS de 2-3-1935 (26), estimó dichos requisitos como indispensables; sin embargo, de forma reiterada y uniforme han sido estimados como requisitos esenciales (27), por su parte la SAP de Jaén de 5-6-2000 (28), que podemos considerarla como un supuesto aislado, estimó los antedichos requisitos como especiales (29); por último, la STS de 22-7-1994 (30), señaló que se basaba en la buena fe y confianza, si bien estas expresiones no debemos considerarlas como requisitos, pues forman parte de su concepto histórico (31).

No obstante, tampoco existe unanimidad en la doctrina (32) a la hora de calificar el contenido de los preceptos que comentamos, olvidándose, posible-

(25) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 351; Díez PICAZO Y GULLÓN, *op. cit.*, pág. 403.

(26) (RA 635); como la de 6-4-1954 (RA 1551).

(27) SSTs de 20-4-1951 (RA 1018); 19-5-1952 (RA 1231); 3-7-1956 (RA 2746); 19-11-1964 (RA 5108); 13-12-1974 (RA 4677); 25-4-1981 (RA 2166); SAP de Toledo de 19-5-2000 (RA 3813).

(28) (RA 2015).

(29) La STS de 13-12-1974 (RA 4677), los elevó a la categoría de ineludible para la estimación de la sustitución.

(30) (RA 6578).

(31) IGLESIAS, J., *Derecho romano*, 1.^a reimpresión de la 10.^a ed., Barcelona, 1992, pág. 638; BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho romano*, traducción de la 8.^a ed. italiana por Bacci-Larrosa, 5.^a ed., Madrid, 1979, pág. 653; PUIG PEÑA, *op. cit.*, pág. 737, el fideicomiso, como su nombre indica, *fidei commissum*, es un encargo confiado a la buena fe u honradez.

(32) OSSORIO MORALES (*op. cit.*, pág. 273) estima que conservar supone excluir toda posibilidad de enajenar, y transmitir carece de sentido, pues el fiduciario no transmite, sino conserva y no dispone; para LACRUZ-SANCHO (*op. cit.*, pág. 346), el fiduciario no transmite sino es la propia ley la que atribuye al postheredero la titularidad; para ROCA SASTRE, «Estudios II» (*op. cit.*, pág. 30), los términos conservar y transmitir resultan un gravamen más cercano a los derechos y obligaciones que dar tránsito a una herencia; para VALLET, «Estudios» (*op. cit.*, pág. 295), destaca que lo esencial en la sustitución fideicomisaria es el orden sucesorio; en igual sentido, PUIG BRUTAU (*op. cit.*, pág. 534); para LÓPEZ LÓPEZ (*op. cit.*, pág. 784), el requisito de conservar no es esencial para la sustitución; para PUIG PEÑA (*op. cit.*, págs. 739-740), en la sustitución el testador no encarga, sino

mente, de la dicción del artículo 785 del Código Civil, que declara la ineficacia, esto es, no surtirá efectos, para añadir el párrafo 1.º: «Las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación de terminante de entregar los bienes a un segundo heredero» (33), precepto de una redacción diáfana en cuanto a la necesidad de que la sustitución fideicomisaria sea expresa (34), además, de la obligación terminante de entregar (35) a un segundo heredero la herencia fideicomitida. Razón por lo que creemos en la necesidad de diferenciar la sustitución fideicomisaria del fideicomiso de residuo (36), fundamentándose la primera en la voluntad del testador (37) de instituir a un heredero o legatario previamente designado por el causante, pues el primer heredero (fiduciario), como el segundo (fideicomisario), heredan del testador (art. 754 del Código Civil) (38).

No obstante, destacamos la STS de 13-12-1974 (39), que señaló: «el fiduciario en la sustitución fideicomisaria carece de facultades para disponer los bienes de la herencia fideicomitida». Ciertamente, esta facultad no le es concedida, pues en dicho supuesto estaríamos ante un fideicomiso de residuo. Ahora bien, el artículo 783.2 del Código Civil prevé que el fiduciario podrá deducir por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo disposición en contrario (40), obviamente, el pago al que está autorizado es *ex lege* y será por

ordena mediante un orden sucesorio; para FONT BOIX, V., «El fideicomiso de residuo *eo quod supererit y si quid supererit*», en *Estudios de Derecho Privado* II, dir. por A. de la Esperanza Martínez Radio, Madrid, 1965, págs. 567-568, afirma que conservar puede ser contemplado como inalienable, pero en su opinión es inherente a toda administración de bienes, lo que no impide enajenarlos, transmitir, por el contrario, es una nota aproximativa al fideicomiso romano, pero en el Derecho moderno no tiene sentido, pues opera automáticamente.

(33) STS de 20-4-1951 (RA 1018).

(34) SSTs de 20-4-1951 (RA 1018); 6-4-1954 (RA 2166); 28-2-1999 (RA 1895).

(35) Que no supone otra cosa que hacer inventario de los bienes de la herencia, pues de no hacerse resultaría ilusoria la obligación de restituir.

(36) La STS de 13-11-1948 (RA 1270), lo manifestó en los términos siguientes: «el fideicomiso de residuo no se identifica totalmente con la genuina sustitución fideicomisaria porque, aunque aquélla pudiera considerarse comprendida en el ámbito del último párrafo del artículo 783 del Código Civil, se aprecian entre una y otra las siguientes diferencias...»; en igual sentido, las SSTs de 1-2-1951 (RA 2617); 22-11-1955 (RA 3116); 21-11-1956 (RA 3830); 20-10-1962 (RA 3980); 13-3-1989 (RA 2039); 22-7-1994 (RA 6578); SAP de Jaén, de 5-6-2000 (RA 2015).

(37) SSTs de 2-3-1935 (RA 603); 30-10-1944 (RA 1180); 22-1-1963 (RA 447); 25-5-1971 (RA 2951); 3-11-1989 (RA 7847); 22-7-1994 (RA 6578); 29-12-1997 (RA 9490).

(38) SSTs de 13-12-1974 (RA 4677), citando las de 3-7-1956 (RA 2746); 29-11-1954 (RA 5108); 25-11-1951 (RA 1615); 6-4-1954 (RA 15512); 18-2-1996 (RA 8285); 29-12-1997 (RA 9490).

(39) (RA 4677); en igual sentido, la STS de 20-4-1951 (RA 1270); 20-4-1951 (RA 1018).

(40) SSTs de 6-4-1954 (RA 1551); 25-4-1981 (RA 2166); 28-2-1999 (RA 1895).

cuenta de la herencia, sin que el fideicomisario pueda oponerse al mismo, y ante dicha posibilidad podrá el fiduciario acudir al Juez del lugar en demanda de autorización para enajenar (41), y con ello cubrir las deudas o gastos por impensas o conservaciones necesarias de la cosa heredada o legada, sin perjuicio, desde luego, que un mutuo acuerdo entre fiduciario y fideicomisario para enajenar la herencia sería válido (42), pero si la decisión es tomada unilateralmente por el primer heredero sería ineficaz, por faltar, precisamente, la autorización testamentaria, o el consentimiento del fideicomisario, ello no impide que la posición del fiduciario sea la de un heredero (43), aunque en sus inicios se equiparó al de un usufructuario (44), pero posteriormente fue abandonada dicha identidad (45), por tanto, puede ejercer la acción reivindicatoria para recuperar los bienes fideicomitidos, porque obviamente tiene la obligación de conservar los bienes con la diligencia debida, como pagar los gastos ordinarios y obtener los frutos y rentas (46), cabe, pues, que arriende los bienes, como así lo reconoció la STS de 19-5-1952 (47): «es aplicable al fiduciario por analogía la norma del artículo 480 del Código Civil, en el sentido de que el fiduciario como titular *ad tempus* de un derecho, puede dar en arrendamiento los bienes en que ha sido instituido, pero el arriendo terminará al cumplirse la condición resolutoria del fallecimiento». También puede litigar representando los bienes fideicomitidos (48), por último, escribe LACRUZ (49), el fiduciario responderá limitada o ilimitadamente, según haya aceptado con o sin beneficio de inventario.

2.2. EN EL FIDEICOMISO DE RESIDUO

El fideicomiso de residuo es aquella disposición testamentaria en la que el fiduciario (heredero o legatario), queda autorizado testamentariamente para disponer el todo o parte de la herencia, de modo que el fideicomisario adquiere los bienes que el fiduciario no ha dispuesto (*eo quod supererit*), o lo que resta de ella (*si aliquid supererit*) (50).

(41) RDGRN de 7-5-1974 (RA 1639); 13-1-1965 (RA 184); 29-1-1988 (RA 316).

(42) RDGRN de 5-5-1931 (RA 701).

(43) Cfr. DÍAZ PICAZO Y GULLÓN, *op. cit.*, pág. 403; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 351.

(44) STS de 13-11-1948 (RA 1270).

(45) STS de 19-5-1952 (RA 1231), cfr. LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 351.

(46) RDGRN de 21-3-1950 (RA 701).

(47) (RA 1231).

(48) STS de 6-12-1947 (RA 1097).

(49) *Op. cit.*, pág. 358.

(50) CASTRO LUCINI, «Comentario a la STS de 6-2-2002», en *RCDI*, 2003, pág. 2495.

Sin embargo, la cuestión más importante sobre el fideicomiso de residuo es que no tiene regulación expresa en nuestro Código Civil, pero ha sido asumida por la jurisprudencia (51), tan sólo se alude a él y de modo indirecto en el artículo 783.2 del Código Civil, lo que posiblemente ha generado a su vez dos problemas: uno, si el fideicomiso de residuo es o no una sustitución fideicomisaria, el otro, si el mencionado residuo es o no condicional.

La primera cuestión es de difícil solución, pues por un lado tenemos que la generalidad de la doctrina (52) admite que el fideicomiso de residuo es una sustitución fideicomisaria, en cambio la jurisprudencia manifiesta: «el fideicomiso de residuo no se identifica totalmente con la genuina sustitución fideicomisaria, porque aunque aquélla pudiera considerarse comprendida en el ámbito del último párrafo del artículo 783.2 del Código Civil, se aprecian entre una y otra diferencias (53); por su parte, la SAP de Cuenca de 4-4-2000 (54), estableció: «sabido es que frente a la posición doctrinal de conceptualizar el llamado fideicomiso de residuo como una sustitución fideicomisaria, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha mantenido ininterrumpidamente, en línea que llega hasta la sentencia de 28-2-1999 (55), la diferencia entre ambas figuras, aunque tengan elementos comunes que exijan aplicar en algunos aspectos los preceptos de las genuinas instituciones fideicomisarias».

Por nuestra parte creemos que si se acepta la tesis de que el fideicomiso de residuo es una modalidad de la sustitución fideicomisaria, o como escribe LACRUZ (56), la sustitución fideicomisaria es una especie de fideicomiso de residuo, había que suprimir una de las dos y dejar una bajo la denominación: sustitución fideicomisaria de residuo, para distinguir con base en la voluntad del causante, si estamos ante una sustitución (conservar para después entregar), o ante un residuo con facultad de disponer (*eo quo supererit*), de lo que queda, o *si aliquid supererit* (de si queda). Nótese, no obstante, que seguimos

(51) Las SSTs de 1-12-1951 (RA 2617); 21-11-1956 (RA 3115); 7-1-1959 (RA 119); 20-10-1962 (RA 3980); 25-5-1971 (RA 2951); como también por la DGRN en su Resolución de 16-11-1944 (RA 1384).

(52) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 361; VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, págs. 846-847; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 568; ROCA SASTRE, «Estudios II», *op. cit.*, pág. 77; ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*, 4.^a ed., Barcelona, 1991, págs. 278-279; IRURZU GOICOA, *op. cit.*, págs. 188-189; OSSORIO MORALES, *op. cit.*, págs. 303-304; DIEZ PICAZO Y GULLÓN, *op. cit.*, pág. 409; ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *op. cit.*, pág. 175; SANTOS BRIZ, *op. cit.*, pág. 451; GONZÁLEZ PALOMINO, *op. cit.*, pág. 378; DÍAZ ALABART, *op. cit.*, pág. 212; FONT BOIX, *op. cit.*, pág. 571; LÓPEZ LÓPEZ, *op. cit.*, págs. 784-785.

(53) STS de 13-11-1948 (RA 1270); en igual sentido, las de 1-12-1951 (RA 2617); 22-11-1955 (RA 3116); 21-11-1956 (RA 3830); 20-10-1962 (RA 3980); 13-3-1989 (RA 2039); 22-7-1994 (RA 6578).

(54) (RA 2552).

(55) (RA 1895).

(56) *Op. cit.*, pág. 361.

usando la doble modalidad: sustitución fideicomisaria y fideicomiso de residuo, porque ambas tiene el mismo mecanismo: orden sucesorio u doble llamamiento, en la primera el fiduciario debe entregar la herencia al fideicomisario; en la segunda el fiduciario puede enajenar el todo o parte de la herencia. Lo que ocurre, creemos nosotros, es que el artículo 781 del Código Civil, cuando emplea «se encarga al heredero», parece que se está refiriendo a la sustitución fideicomisaria pura que, como dijera ROSA SASTRE (57), el fiduciario no es heredero sino un encargado, un *maníster*, instituto este que se acerca, en parte, a la fiducia sucesoria (58), en donde el fiduciario es un encargado de la voluntad del causante. Evidentemente, hay que evitar esta confusión, pero sólo es posible a través del legislador.

La otra cuestión es si el fideicomiso de residuo es una condición, y de serlo, si se trata de una condición resolutoria o suspensiva. La doctrina no se ha puesto de acuerdo en este punto, pues de un lado están los llamados condicionalistas (59), que se fundamentan, según DÍAZ ALABART (60), «en que los fideicomisarios no adquieren derecho alguno hasta que la condición se cumpla, que normalmente coincide con el fallecimiento del fiduciario, pues este hecho determina si hay o no residuo» (61). Frente a éstos están los llamados anticondionalistas (62), que se fundamentan en que los bienes que adquiere el fideicomisario sólo son aquellos que el fiduciario no dispuso, o lo que restó, puede, añadimos nosotros, que la condición afecte al fiduciario, pero lo no dispuesto, o lo que reste de la herencia no está sometida a condición (63).

(57) *Estudios sobre sucesiones*, tomo 2.º, Madrid, 1981, pág. 90; PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pág. 27.

(58) Leyes 281 a 295 del Fuero Nuevo de Navarra; artículo 71 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares; artículo 141 del Derecho Civil de Galicia; artículo 124 de la Ley de Sucesiones de Aragón; artículos 148 y 149 del Código de Sucesiones de Cataluña.

(59) CLEMENTE DE DIEGO, *op. cit.*, págs. 109-110; DE BUEN, D., *Anotaciones al Curso elemental de Derecho Civil*, de Colin-Capitant, reimpresión de la 3.ª ed, revisada por P. Marín Pérez, tomo 8.º, Madrid, 1981, pág. 391 y sigs.; DÍAZ CRUZ, «Los Legados», *op. cit.*, pág. 495; VENTURA-TRAVERSE, *op. cit.*, págs. 95 y 191; PUIG PEÑA, *op. cit.*, pág. 740; OSSORIO MORALES, *op. cit.*, pág. 304; FONT BOIX, *op. cit.*, págs. 575, 585 y 586.

(60) *Op. cit.*, págs. 56 y 65.

(61) En esta misma línea, las SSTs de 13-11-1948 (RA 1270); 1-12-1951 (RA 2617); 10-11-1954 (RA 2028); 25-11-1960 (RA 3764); 20-10-1962 (RA 3980); 22-1-1969 (RA 199); 9-12-1970 (RA 5440); 25-5-1971 (RA 2951); 25-4-1981 (RA 2166); 22-7-1944 (RA 6578).

(62) ROCA SASTRE, «Estudios II», *op. cit.*, pág. 83; GONZÁLEZ PALOMINO, *op. cit.*, pág. 387; LACRUZ, *Anotaciones al Derecho de Sucesiones*, J. Binder, Madrid, 1953, pág. 241; IRURZUN GOICOA, *op. cit.*, pág. 189; ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *op. cit.*, pág. 181; DÍAZ ALABART, *op. cit.*, pág. 209; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 570; VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, pág. 846; FONT BOIX, *op. cit.*, pág. 571.

(63) SSTs de 30-3-1955 (RA 1123); 17-5-1962 (RA 2248); 25-4-1983 (RA 2122); RDGRN 4-2-1980 (RA 507).

Tampoco se pone de acuerdo la jurisprudencia sobre qué tipo de condición se está refiriendo, pues en algunos casos la configura como «consustancial a la existencia y naturaleza del fideicomisario», STS de 30-3-1955 (64); en otras se pronuncia como «una condición intrínseca del propio negocio», STS de 17-5-1962 (65); en otras como «una figura análoga o similar a la denominada *conditio iuris*», STS de 5-7-1966 (66); están, por otro lado, las que lo estiman como «condición de sobrevivencia del fideicomisario», STS de 25-5-1971 (67); no obstante, el fallo que resulta más reiterado es aquel que dice: «los fideicomisarios no adquieren derecho alguno hasta que la condición se cumpla, o sea, hasta que fallecido el fiduciario pueda saberse si hay o no residuo, por lo que a la muerte del testador únicamente surge a favor del instituido una expectativa de derecho a adquirir en concepto de herencia».

Nosotros estamos con la doctrina mayoritaria, esto es, aquélla que estima que el fideicomiso de residuo no es una condición. En efecto, la cuestión en estimar si una sustitución fideicomisaria es condicional está en la consideración de que el fiduciario ha de fallecer, es decir, el fallecimiento es un término, pero no sabe cuándo ha de llegar, la incertidumbre añadida al término supone una condición que, como dice ROCA SASTRE (68), ya desde el Derecho romano con base en los textos de Papiniano (D: 35,1,75), *dies incertus conditionem in testamento facit*; y Ulpiano (D: 30,30,4), *dies incertus appellatur conditio*, «el día incierto es llamado condición». Ciertamente, se entiende que el óbito del fiduciario se toma como una condición suspensiva, se sabe que ha de llegar, pero no sabe cuándo, y cuando llegue tiene efectos desde ese momento. No obstante, y como dice DÍAZ ALABART (69): «el fideicomiso de residuo no es una institución sometida a condición de que queden bienes a la muerte del fiduciario», lo que ocurre es que la condición debemos entenderla implícita en el residuo de tal manera que los requisitos *ordo successivos*, por un lado, y tránsito del fiduciario al fideicomisario, por otro, se lleve a cabo *ex lege* (70), el hecho de que esté sometido al fallecimiento del fiduciario para dar tránsito de lo que queda (*eo quod supererit*), o de si queda (*si aliquid supererit*) (71) en sí no es una condición, lo será la institución por

(64) (RA 1123).

(65) (RA 2248).

(66) (RA 3671).

(67) (RA 2951).

(68) «El término incierto implica en los testamentos condición, salvo que pueda colegirse la voluntad contraria del testador», en *RJC*, 1970, pág. 333.

(69) *Op. cit.*, pág. 199.

(70) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 361.

(71) DÍAZ ALABART, «Comentarios», *op. cit.*, pág. 217, al primero se le exime del deber de conservar de aquella parte que fue autorizado a enajenar, el segundo se le exime del deber de conservar el resto, si queda, que será lo que recibe el postheredero.

voluntad del testador de que el fiduciario o fideicomisario cumplan una determinada condición, pero no lo que quede o si queda.

3. LOS FIDEICOMISOS EN EL DERECHO FORAL

3.1. EN LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL DE BALEARES

El artículo 25 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares (72), distingue entre las sustituciones fideicomisarias familiares y no familiares, pero no las define, tan sólo se limita a señalar que en las primeras tendrán eficacia los llamamientos de fideicomisarios a favor de personas que no pasen de la segunda generación, sin limitación de números. Las que no sean familiares sólo podrán hacerse dos llamamientos (73).

Las primeras se rigen por la regla generacional, las segundas por el llamamiento, pero se diferencia en que las sustituciones fideicomisarias familiares grado es generación (74), en concordancia con el artículo 995 del Código Civil, esto es, sólo son válidas las que se mantengan dentro de esos límites, pero las no familiares establece una relación grado-llamamiento (75), que serán de igual modo válidas hasta dos llamamientos o hasta dos sustitutos. Lo que ocurre con el artículo 25 de la Compilación Balear es que sustituye la expresión «grado», por «generación», mientras que en el artículo 781 del Código Civil emplea la expresión «grado» equiparándola a «llamamiento» (76). Con ello, comenta COLL CARRERAS (77), queda resuelto la polémica, pues la generación rige para las sustituciones fideicomisarias familiares, el llamamiento para las demás.

Por su parte, el artículo 26 de la Compilación, dispone: «Las sustituciones fideicomisarias implican siempre la vulgar». Si bien es cierto que ambas son distintas, pues en la vulgar la sustitución se produce «en lugar de», en el

(72) Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, sección 2.^a: «De la sustituciones fideicomisarias»; del Capítulo III: «De la sucesión testada»; Título II: «De la sucesión», artículos 25 a 37, ambos inclusive.

(73) COLL CARRERAS, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo García, tomo XXXI, vol. 1.º, Madrid, 1980, pág. 488, parece que la diferencia y la no definición está en considerar las no familiares como regla general, y las familiares como excepción, así que su validez no debe rebasar el tope del segundo llamamiento.

(74) LANZAS GALVACHE-SELVA SÁNCHEZ, «Sustituciones fideicomisarias, aproximación a dos problemas», *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. 2.º, Madrid, 1988, pág. 776.

(75) ROCA SASTRE, «Estudios II», *op. cit.*, pág. 42.

(76) STS de 24-6-1940 (RA 4494).

(77) *Op. cit.*, pág. 491.

fideicomiso se produce «después de». No obstante, el precepto tiene otro sentido, pues en los casos de premoriencia, incapacidad, repudiación o renuncia se produce *ex lege* la atribución al fideicomisario, evitando, en los casos anteriores el tener que acudir al declaratorio de heredero (78). Pero, donde realmente tiene sentido el precepto que comentamos es cuando se relaciona con el párrafo 2.º del artículo 27, cuando dice: «...Pero el testador puede, para tal supuesto, ordenar a favor de estos una sustitución vulgar en fideicomiso, en cuyo caso ocuparán el lugar que hubiera correspondido al fideicomisario sustituto». Precepto que como comenta COLL CARRERAS (79), no desvirtúa el sentido del artículo 784 del Código Civil, que dispone: «El fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario». Regla asumida por la Resolución de la DGRN de 27-3-1981 (80), y las SSTs de 25-4-1981 (81) y 29-12-1981 (82): «el fideicomisario es heredero del fideicomitante (causante), no del fiduciario», así que en la recta aplicación del precepto, fallecido el fideicomisario antes que el fiduciario, puede el testador establecer una sustitución vulgar donde el designado ocupará el lugar del sustituido.

Todo ello viene porque en la primera parte del artículo 27, establece: «El fideicomisario que muera antes de que la condición se cumpla no transmite derecho a sus sucesores...», es decir, se establece la sustitución fideicomisaria condicional (83), esto es, mientras los bienes estén en poder del fiduciario, el

(78) La RDGRN de 27-3-1981 (RA 1790), consideró que «...ni la doctrina científica ni la jurisprudencia del TS patrocinan de una manera general y decidida la solución de que en la sustitución fideicomisaria, cuando el testador no haya empleado una fórmula de las llamadas compendiosas, se debe considerar sobrentendida la vulgar, con la consecuencia que ello supondría de atribuir la herencia al segundo llamado, si el primero por premoriencia, incapacidad o renuncia, no hubiera podido adquirirla...».

(79) *Op. cit.*, pág. 505.

(80) (RA 1790).

(81) (RA 2166).

(82) (RA 9940).

(83) La STSJ de Baleares, de 21-5-1991 (RA 6828), declaró que «en Derecho romano regía la regla de equiparación del término incierto *certus an incertus quando* a la condición, y así lo recogían dos textos del Digesto. Uno de Papiniano: *dies incertus conditionem in testamento facit* (D: 35,1,75); otro de Ulpiano: *dies incertus appellatur conditio* (D: 30,30,4).

Por ello, en las sustituciones fideicomisarias dispuestas para después de la muerte del fiduciario, el fallecimiento de éste —que necesariamente ocurrirá, aunque no se sabe cuándo— actúa a modo de condición, hasta entonces no tendrá lugar la entrega de los bienes al fideicomisario. La sustitución se entiende, por ello, ordenada bajo condición de sobrevivencia del fideicomisario. Por esto que, en vida del fiduciario, el fideicomisario sólo ostente una mera expectativa insegura a adquirir para el caso de que sobreviva y que si fallece antes, nada transmite a sus herederos.

Este es el criterio seguido de siempre en Mallorca, el que recogieron los sucesivos proyectos de Apéndice y el que inspira al artículo 27 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares, aunque la redacción originaria de dicho precepto —que fue corregida en

fideicomisario sólo tiene una expectativa (84), que se transformará en derecho una vez cumplida la condición de fallecimiento del fiduciario, pero, si fallece el fiduciario en vida del causante no transmite derecho alguno a sus herederos, pero si su óbito ocurre después y está prevista la segunda parte del artículo 27, opera una sustitución vulgar.

Por su parte, el artículo 28 del Derecho Civil balear viene a regular la cláusula de los hijos puesto en condición (85) que, como veremos más adelante, es de análoga redacción al artículo 196 del Código de Sucesiones de Cataluña, que establece el sistema de conjeturas, esto es, «las presunciones del Derecho catalán encaminadas a buscar la presunta voluntad del testador» (86). En el Derecho Civil balear, por el contrario, existe una disposición específica, el artículo 28, que dice: «Los hijos puestos en condición no se entenderán llamados a la herencia si no lo son de modo expreso. Ello no obstante, se les entenderá llamados como sustitutos de su padre si la sustitución fideicomisaria está condicionada al doble evento de que el fiduciario muera sin hijos, y éstos, a su vez, sin hijos».

Precepto que hace referencia a la cláusula *si sine liberi decesserit* de doble condición o de doble evento (87), referida a que los hijos puestos en condición lo están también en sustitución (88), frente a aquella que señala: «los hijos puestos en condición no lo están en sustitución» (art. 198 del CS), que responde al brocardo: *positus in conditione positus in substitutione*; esto es, «el simple hecho de poner en condición a los hijos del heredero llamado demuestra que la voluntad del causante era la de que estos hijos, generalmente, nietos de este causante, fueran los destinatarios de los bienes del difunto» (89), pero en Cataluña rige el principio opuesto, es decir, los hijos puestos en condición no se entienden llamados a la sustitución, salvo disposición en contrario del causante. Tendremos ocasión de volver sobre el tema cuando comentemos el artículo 196 del CS.

la reforma de la Ley 8/1990, de 28 de julio, de suprimir el primitivo adjetivo de «condicional» referido al fideicomisario— pudiera dar lugar al equívoco de entender la norma destinada exclusivamente a las sustituciones fideicomisarias sujetas a verdadera condición».

(84) JORDANO BAREA, J. B., «Pseudusufructo testamentario y sustitución fideicomisaria», en *ADC*, 1957, pág. 1178.

(85) COLL CARRERAS, *op. cit.*, págs. 509-510; STS de 24-10-1964 (RA 4494), dispuso: «los hijos, puestos en simple condición en una sustitución fideicomisaria, pueden ser llamados en disposición cuando el testador no lo ha dicho expresamente, y en consecuencia deben ser desestimados los motivos, ya que la aplicación de aquella disposición fue perfectamente debida y se dio de la misma por la sentencia recurrida, la única posible interpretación que de ella podía hacerse».

(86) STS de 24-10-1964 (RA 4494).

(87) COLL CARRERAS, *op. cit.*, pág. 511.

(88) Véase la STS de 24-10-1964 (RA 4494).

(89) ROCA SASTRE, «Estudios sobre sucesiones», *op. cit.*, pág. 196.

No obstante, la cláusula del artículo 28 de la Compilación balear responde al siguiente ejemplo: «Instituyo heredero a mi hijo A, pero si éste fallece sin hijos, o con hijos que no lleguen a la edad de testar, pasará la herencia a mi hijo B, y si éste fallece sin hijos, o con hijos que no lleguen a la edad de testar, a mi hijo C»; o aquélla que dice: «Instituyo heredero a mi hijo A, pero si fallece sin hijos, y sus hijos sin hijos, será heredero mío mi otro hijo B»; esto es lo que se denomina «doble evento o doble condición», que en nuestra opinión, el segundo ejemplo responde a lo dispuesto en el artículo 28, pues a pesar de establecer que los hijos puestos en condición no se entenderán llamados si no lo es expresamente.

Los artículos 30, 31, 32, 35 y 36 de la Compilación de Baleares hacen referencia a una serie de derechos y obligaciones del fiduciario en relación con la herencia, pero para mejor comprensión debemos examinarlos por separado. El artículo 30, dice: «El fiduciario tendrá el uso y disfrute de los bienes fideicomitidos y sus subrogados y accesiones, con la obligación de satisfacer las legítimas, legados y demás cargas de la herencia a expensas de ésta.

Estará obligado, además, a formar inventario y a garantizar la restitución de los bienes fideicomitidos...». Primeramente, creemos que a pesar de la dicción del precepto comentado que los derechos del fiduciario de usar y disfrutar son iguales a los del usufructuario (art. 467 del Código Civil), supone tan sólo una reminiscencia del pasado donde el fiduciario era, ciertamente, equiparado al usufructuario (90), pero en la actualidad esta teoría ha quedado desfasada (91). Más, creemos que en realidad la equiparación es como propietario, pues los derechos de subrogación y accesiones le son propios, y los de obligarse a satisfacer las legítimas y legados, lo es del fiduciario (heredero). En cuanto a las cargas, las analizaremos más adelante a la vista de los artículos 31 y 32.

No obstante, apreciamos que el segundo párrafo del artículo 30, que contempla la obligación de inventariar, que será con arreglo a lo dispuesto en el artículo 29, aunque puede ser relevado de dicha obligación: *a)* los fiduciarios por el testador, y *b)* los hijos y descendientes del fideicomitante que resulten recíprocamente sustituidos; además, deberá garantizar la restitución de los bienes fideicomitidos, es decir, el derecho de uso, disfrute, subrogados y accesiones, se hallan sometidos a restitución (devolver), salvo los frutos de los mismos.

Como decíamos más arriba, el primer apartado del artículo 30 *in fine* hay que relacionarlo con los artículos 31 y 32, este último dispone: «Los gastos extraordinarios de conservación y refacción serán satisfechos por el fiduciario con cargo a la herencia»; por su parte, el artículo 31 señala: «El fiduciario que

(90) RDGRN de 22-2-1943 (RA 265).

(91) COLL CARRERAS, *op. cit.*, pág. 528.

no se acoja al beneficio de inventario responderá de las deudas y obligaciones del causante, sin perjuicios del derecho a reintegrar con cargo a la herencia». En efecto, el precepto establece la regla general de aceptar la herencia fideicomitida pura y simplemente (92), esto es, el fiduciario responde *ultra vires hereditatis* (93), para evitar dicha consecuencia ha de aceptar a beneficio de inventario (94), por ello, cuando se habla de cargas de la herencia (art. 30, párrafo 1.º, parte final); de gastos de conservación y refacción (art. 32), son con cargo a la herencia por disposición legal, que de no aceptar a beneficio de inventario responderá de las deudas y obligaciones del causante, sin perjuicio del derecho de reintegrarse con cargo a la herencia, es decir, la idea, como dice COLL CARRERAS (95), el fiduciario responde de las deudas hereditarias, pero su pago será a través de los bienes fideicomitidos, de no ser así, y efectuada con los bienes del fiduciario, nace a favor de éste un crédito que podrá computar cuando tenga que restituir los bienes al fideicomisario.

Con todo llegamos al artículo 33 de la Compilación, a cuyo tenor: «El fiduciario podrá, por ministerio de Ley, enajenar y gravar, en concepto de libres, los bienes fideicomitidos:

- a) Mediante el consentimiento de los fideicomisarios.
- b) Para satisfacer de su cuota legítima y de la cuarta trebeliánica, previa notificación a los fideicomisarios conocidos.
- c) Para pagar deudas y cargas de la herencia, legados en metálico y gastos extraordinarios de conservación o refacción de bienes fideicomitidos.

Precepto que admite la alienabilidad de los bienes fideicomitidos por el fiduciario, así como gravarlos, pero subordinados a tres requisitos o, como dice COLL CARRERAS (96), bajo tres excepciones debidamente justificadas, en otras palabras, el fiduciario en los casos previstos en el artículo 33, tiene poder de disposición sobre los bienes fideicomitidos en concepto de libre, salvo las excepciones apuntadas, así que cualquier otra disposición sobre los bienes fideicomitidos hemos de entenderla como ineficaz, es decir, los casos encomendados en el precitado artículo 30, son aquellos que por disposición legal tiene plena eficacia, con ello se pretende evitar que sean burlados los fideicomisarios, además, de respetar la voluntad del testador.

Sin embargo, el artículo 34 de la Compilación añade a la antedicha alienabilidad de bienes fideicomitidos, otra más, pero previa autorización judicial,

(92) COLL CARRERAS, *op. cit.*, págs. 527-528.

(93) En sentido contrario, ROCA SASTRE, «Estudios II», *op. cit.*, pág. 48.

(94) COLL CARRERAS, *op. cit.*, pág. 540.

(95) *Op. cit.*, pág. 548.

(96) *Ibidem*.

y salvo disposición en contrario del testador, consistente en invertir por otros de mayor rentabilidad o utilidad en sustitución de los enajenados. Así que, si bien el artículo 33 autoriza por sí solo al fiduciario para enajenar o gravar, el artículo 34 contempla la posibilidad de invertir previa autorización judicial, además de ser llamados y oídos los fideicomisarios, o en su caso el Ministerio Fiscal de no ser conocidos. Con ello se está haciendo referencia a la regla de la subrogación real, ya que el fiduciario puede enajenar o gravar los bienes e invertir en otros de mayor rentabilidad o utilidad, sustituyéndolos por los enajenados, que es, en definitiva, el sentido de la subrogación real.

Por último, el artículo 37 de la Compilación alude al fideicomiso de residuo, concretamente, de los denominados *eo quod supererit* (97), es decir, fideicomiso de lo quede, que consiste en una sustitución fideicomisaria, pues le es de aplicación el resto del articulado (arts. 25 a 37), donde el fiduciario tiene poderes de disposición *inter vivos*, no por causa de muerte, pues en este último caso estaríamos ante una sustitución preventiva de residuo que no regula la Compilación Civil balear (98).

En definitiva, el precepto admite la posibilidad discrecional de enajenar las tres cuartas partes del caudal fideicomitado, quedando reservado una cuarta parte al fideicomisario, la llamada «cuarta inversa» (99), cuya venta puede ser a título oneroso, debiendo restituir al segundo heredero la cuarta parte, si el testador no le hubiere relevado de tal obligación. No obstante, el último párrafo del precitado artículo 37 admite, en caso de indigencia o extrema necesidad, la posibilidad de enajenarlos fiduciario.

3.2. EN EL CÓDIGO DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE DE CATALUÑA

Es el Código de Sucesiones de Cataluña, la regulación más exquisita y detallada de los fideicomisos, pues dedica el Capítulo VII de la Ley de 30-12-1999, bajo el epígrafe genérico de «Los fideicomisos», subdivididos en seis secciones de las cuales cuatro están dedicadas en su integridad a las sustituciones fideicomisarias (arts. 180 a 242 CS), y las secciones 5.^a y 6.^a (arts. 243 a 249 del CS), al fideicomiso de residuo, sin perjuicio de otras instituciones que aludiremos en este comentario.

La sección primera (arts. 180 a 205), que responde al título: «Los fideicomisos en general, sus clases y su interpretación», distingue siete tipos distintos, como son los llamados universales o de herencia y singulares o de legado (art. 184 CS), cuya nota característica es el objeto que recibe el fideicomisario:

(97) COLL CARRERAS, *op. cit.*, pág. 574.

(98) COLL CARRERAS, *op. cit.*, pág. 584.

(99) COLL CARRERAS, *op. cit.*, págs. 578-579.

la totalidad o cuota de ella, para el primer supuesto; un legado o parte alícuota, en el segundo. El artículo 204 del CS, distingue entre los fideicomisos familiares y no familiares (100), que se caracteriza por: *a)* el parentesco no se determina en relación con el fideicomitante, sino el fideicomisario en relación con el fiduciario; *b)* la relación anterior es en línea recta ascendente, o línea colateral entre hermanos o hijos de éstos, y *c)* fija los límites de los llamamientos (101). Así que estaremos ante un fideicomiso familiar cuando los fideicomisarios son parientes del fiduciario en el grado establecido en artículo 204 del CS, por el contrario serán fideicomisos no familiares aquellos que no son parientes del fiduciario o del primer fideicomisario (102), los límites que sólo afectan a las sustituciones fideicomisarias familiares es de doble generación, salvo que los nombrados estén nacidos o concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión. Por su parte, el artículo 185 del CS regula los fideicomisos a término y bajo condición, es decir, dos formas de ordenar los fideicomisos que recae sobre los sujetos de la institución no sobre el objeto de la sustitución. El término es aquí un evento futuro cierto (*certus an et certus quando*), mientras que la condición es un evento futuro incierto (*incertus an et incertus quando*). Como ha puesto de relieve O'CALLAGHAN (103), la muerte no es un término sino una condición, ahora bien, si el causante fija la muerte como tránsito de la herencia o legado, la sustitución es a término, pero, y como dice el párrafo 2.º del artículo 185: «Los fideicomisos dispuestos para después de fallecido el fiduciario tendrán el carácter de condicionales, salvando voluntad contraria del causante», esta expresión: «para después de fallecido», tiene el carácter de un fideicomiso condicional, a pesar de que la muerte, como decíamos más arriba, sea un término.

El artículo 196 del CS regula la sustitución fideicomisaria de mayor uso en Cataluña, la llamada *si sine liberis decesserit* (104), que general-

(100) O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, pág. 175, comentando el artículo 180 de la Compilación de 1961, antecedente del 204 vigente, señala que el origen de la sustitución familiar está en el *fideicommissum familiae relictum*, cuya característica era la vinculación de la herencia, íntegra o parcial, a través del orden sucesorio, así como la ausencia de la facultad de enajenar. En la edad media fue el origen de las vinculaciones y mayoralazgo, que como sabemos se basaba en la perpetuidad del patrimonio.

(101) VALLS XUFRE, J. M., *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, vol. 2.º, 1.ª ed., Barcelona, 1994, pág. 765; ROCA-SASTRE Y MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, tomo 1.º, *op. cit.*, pág. 470; SAP de Girona de 8-5-1998 (RA 1111).

(102) O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, págs. 177 y 181.

(103) *Op. cit.*, pág. 43, comentando el artículo 163 de la Compilación de 1960, de análoga redacción al artículo 185 vigente; en igual sentido, VALLS XUFRE, *op. cit.*, págs. 722-723.

(104) ROCA SASTRE, «Estudios sobre sucesiones», *op. cit.*, pág. 86; Díez PICAZO Y GULLÓN, «Sistema IV», *op. cit.*, pág. 409; DOMINGO AZNAR, *op. cit.*, pág. 82; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 360; VALLET DE GOYTISOLO, «Estudios de Derecho Sucesorio», *op. cit.*, pág. 155 y sigs.; VALLS XUFRE, *op. cit.*, pág. 746.

mente se suele definir como «aquella sustitución en la que el testador llama a su herencia a una persona y sucesivamente a otra para en el supuesto de que la primera muera sin hijos» (105). Se trata, como ha señalado la STS de 28-6-2002 (106), fideicomiso de doble condición: de una parte el fallecimiento del fiduciario, y por otra que no existan hijos en el momento del fallecimiento, pero también cabe de triple condición (107), fallecimiento del fiduciario, inexistencia de los hijos de éste o habiéndolos no lleguen a la edad de testar. Lo que caracteriza a una sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit*, es que el llamamiento a la totalidad o cuota de herencia, legado o donación, no son de forma simultánea (todos juntos), sino uno después de otro (sucesivos), así que, por su propia naturaleza es una sustitución fideicomisaria condicional, pues sólo grava al sustituto cuando el primer heredero muere sin hijos (*si absque liberis mereretur*). Asimismo recoge el artículo 191 del CS, una variante de la anterior que tiene su origen en el Derecho romano (108), recogida en el artículo 349 del anteproyecto de Compilación de 1959, y posteriormente en el artículo 179 de la Compilación de 1961, consistente en que el causante nombra heredero o legatario a un hijo, al que le impone un gravamen a favor de un no descendiente, y como señala el precitado artículo 197: «...se presume por conjeturas de piedad que el fideicomisario se dispuso bajo condición de fallecer el fiduciario sin dejar hijos o descendientes». Como comenta VALLS XUFRE (109), es fingir que el ascendente llamó tácitamente a un descendiente como si tuviera la convicción de haberlo hecho claramente a favor de quien lo hizo.

Por su parte, el artículo 198 del CS regula el fideicomiso de los hijos puestos en condición, que según dicho precepto no serán considerados sustitutos si no son llamados expresamente (110) como fideicomisarios o susti-

(105) Conocida es aquella definición de la resolución de la DGRN, de 31-3-1950 (RA 701): «el testador instituye heredero al hijo primogénito, y para el caso de que éste fallezca sin hijos o que éstos no alcancen la edad de testar, llama a otro hijo, y así sucesivamente a los demás hermanos, imponiéndoles el mismo gravamen sustitutivo hasta que se purifique la sustitución a favor de alguno o, en su defecto, llegue a corresponder la herencia al último hijo, el cual será heredero libre, con la que se establece una serie encadenada de instituciones cuyo orden prefija el testador dentro de las normas legales».

(106) (RA 5507); en igual sentido, O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, pág. 130.

(107) O'CALLAGHAN MUÑOZ, *ibidem*; VALLS XUFRE, *op. cit.*, pág. 746.

(108) *Lex Cui Avus* (D: 35,1,102); Codex VI-25, se trata, dice el pasaje del Digesto, que un abuelo que instituyó heredero a un hijo y al nieto de otro hijo premuerto, y rogó al nieto que, si moría antes de los treinta años, restituyera la herencia a su tío paterno. El nieto murió antes de llegar a esa edad, además, de dejar descendencia.

(109) *Op. cit.*, pág. 736.

(110) El artículo 187 del CS admite que la sustitución fideicomisaria pueda ser expresa o tácita, también está prevista en el artículo 191.

tutos vulgares (111). Como comenta O'CALLAGHAN (112), si fallece (*deceserit*), el fiduciario sin hijos (*sine liberis*) se produce la delación a favor del fideicomisario; si fallece con hijos (*cum liberis*) se produce la delación a favor de los designados por el causante. El problema, añade, es que si fallece el fiduciario con hijos, si estos son fideicomisarios, o si el fideicomisario no acepta, no quiere o no puede, si sus descendientes son sustitutos vulgares del mismo, el autor sostiene que, si el fiduciario fallece con hijos, éstos son fideicomisarios; si se estima que fallecido el fideicomisario antes que el fiduciario, los hijos puestos con condición ocuparán su lugar (113). No obstante, la doctrina (114) estima que se sigue la tradición catalana de entender que «los hijos puestos en condición no serán considerados sustitutos fideicomisarios si no son llamados expresamente como fideicomisarios o sustitutos vulgares», salvo las cuatro excepciones que prevé el artículo 198, párrafo 2.º, para los hijos puestos en condición se entenderán llamados como sustitutos vulgares en fideicomiso.

La sección segunda (arts. 206 a 228), bajo el epígrafe: «Los efectos del fideicomiso mientras está pendiente», regula, entre otros, la enajenación y gravamen de los bienes fideicomitidos (arts. 217 a 228, 241 y 242 del CS) (115). Así el artículo 217 del Codi establece: «El fiduciario podrá enajenar y gravar los bienes fideicomitidos en concepto de libre, en los casos en que lo permita la ley o lo autorice el testador o los fideicomisarios, de acuerdo con lo que se dispone en los artículos siguientes...». De la dicción del

(111) El artículo 193 prevé una sustitución vulgar en fideicomiso, o sea, sustituir vulgarmente al fideicomisario llamado, para el caso de que éste no llegue a serlo o no pueda o no quiera; si el testador usa el derecho de representación u otro análogo, se presumirá querido disponer una sustitución vulgar en fideicomiso; por último, el sustituto vulgar en fideicomiso no implica por solo, en ningún caso, un fideicomisario.

(112) *Op. cit.*, pág. 141, referido al artículo 171 de la Compilación de 1961, de igual redacción al vigente 198 del CS; en análogos términos, VALLS XIFRÉ, *op. cit.*, págs. 751-752.

(113) Responde aquí al brocardo: *positus in conditione positus in substitutione* o *positus in conditione positus in dispositione*, es decir, si los hijos puestos en condición están llamados o no en sustitución, la regla establecida en Cataluña es que «los hijos puestos en condición no se entiende llamados a una sustitución, salvo disposición en contrario».

(114) O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, pág. 141, comentando el artículo 175 de la Compilación; VALLS XIFRÉ, *op. cit.*, pág. 752, referido al artículo 198 vigente; ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 200; sentencia del Tribunal de Casación de Cataluña, de 8-10-1936; SERRES, P., *Una interpretación del Derecho Civil de Cataluña*, Barcelona, 1948, pág. 198 y sigs., citado por ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 223 y sigs.; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, pág. 142.

(115) PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pág. 149, señala que el artículo 186 de la Compilación habla de enajenar y gravar como de un solo acto, en cambio, los artículos 195 y 196 del mismo Cuerpo legal, como si de actos diferentes se tratara, preceptos referidos a la Compilación de 1960, de análoga redacción a los artículos 217, 223 y 224 del Código de Sucesiones.

precepto se desprende la indisponibilidad de los bienes fideicomitidos, salvo: i) las excepciones previstas en los artículos 218 a 223 del CS, que regula los supuestos previstos en la ley; ii) el artículo 223 del CS, que recoge el supuesto de autorización por el testador, y iii) el artículo 224, que asume el supuesto de consentimiento dado por los fideicomisarios.

i) El artículo 218 del CS, que regula los supuestos *ex lege* para enajenar o gravar en concepto de libre los bienes de la herencia o legado fideicomitidos en los siguientes casos: 1.º Para hacer suyo lo que por legítima le corresponde en la sucesión...; 2.º Para pagar las deudas y cargas hereditarias...; 3.º Para efectuar la detracción de la cuarta trebeliánica; 4.º Para atender a los gastos extraordinarios de conservación y refacción de los bienes del fideicomiso y de mejoras útiles y necesarias; 5.º Para garantizar con prenda o hipoteca el préstamo destinado a obras de construcción, ampliación y mejora de fincas rústicas o urbanas, o a extinguir una deuda hereditaria más gravosa (116). Quedando completado lo anterior con lo dispuesto en el artículo 219 del CS, que le impone las siguientes reglas: 1.ª Sólo cuando la herencia fideicomitada no haya dinero suficiente, el fiduciario estará facultada para disponer de otros bienes...; 2.ª Para dichos actos no será preceptiva la notificación previa (arts. 225 y 226 del CS), y 3.ª Inscripción en el Registro de la Propiedad. No obstante, lo anterior por el artículo 220 del CS, queda el fiduciario facultado, respecto de los bienes fideicomitidos, para actuar por sí y bajo su responsabilidad: 1.º Vender los muebles que no puedan conservarse; 2.º Retrovender bienes comprados a carta de gracia o con pacto de retro, y 3.º Sustituir, las cosas que se desgasten.

Por su parte, el artículo 221 del CS otorga la facultad de enajenar como libre los bienes sujetos al fideicomiso para reemplazarlos por otros, a fin de obtener mayor rendimiento o utilidad, previa autorización judicial, añadiendo el párrafo 2.º del antedicho artículo 221 del CS, que señala: «No procederá esta subrogación real si el fideicomitante lo ha prohibido expresamente o ha dispuesto una especial prohibición de disponer incompatible con la subrogación. Si el fideicomitante hubiera permitido y regulado la subrogación, se atenderá a lo que el dispuso». Alude el precepto a la subrogación real (117), entendida ésta «como una sustitución jurídica de un bien por otro de una

(116) Nótese, no obstante, que el artículo 213 del CS, otorga al fiduciario el derecho de uso y disfrute de los bienes, es decir, no es un mero detentador de bienes, sino poseedor con facultades dominicales, lo que en línea de principio justifica lo dispuesto en el artículo 218, pero además, el artículo 214 del CS, y sin perjuicio del deber de conservar y administrar, le atribuye la facultad de cobrar los créditos, como pagar las deudas, impuestos, pensiones, arrendamientos, etc., que sería con cargo al fiduciario por imperativo del artículo 209 del CS; por último, el artículo 215 del CS autoriza realizar mejoras, aunque el precepto no distingue entre las necesarias, útiles y suntuarias.

(117) BRANCÓS NÚÑEZ, *op. cit.*, pág. 812.

misma persona, de tal manera que el bien nuevo ocupa el lugar del antiguo con el fin de ser sometido al mismo régimen jurídico» (118). Ahora bien, la particularidad que introduce el artículo 221, párrafo 2.º, es que deja al arbitrio del testador la antedicha subrogación real (119), de tal manera que de no producirse dicha manifestación no cabe la subrogación real, pero, en el caso de producirse, creemos que no altera los requisitos de la subrogación, que son: *a)* existencia de una relación de causalidad entre el objeto que sale y el otro que entra en su lugar, y *b)* permanencia de la misma relación jurídica a pesar del cambio producido (120).

ii) El artículo 223 del CS prevé que el fideicomitante podrá autorizar en concepto de libre, todos o algunos de los bienes, aunque a renglón seguido establece que si la facultad es de un fideicomiso de residuo, se atenderá a las normas que lo regulan.

Precepto que, en opinión de BRANCÓS NÚÑEZ (121), está a mitad de camino entre la herencia libre y un fideicomiso de residuo, y es que el artículo 223 del CS asimila la autorización del testador al primer heredero para enajenar y gravar, por actos entre vivos y en concepto de libre de todos o algunos de los bienes a un fideicomiso de residuo, remitiéndose en dicho caso a las normas que lo regulan (arts. 243 y sigs. del CS). Evidentemente que dicha asimilación tiene sentido, porque en el Derecho Civil de Cataluña se diferencian la sustitución fideicomisaria y el fideicomiso de residuo, este último es al que la ley le otorga la posibilidad de enajenar y el fideicomisario recibe aquellos bienes o derechos que no dispuso el fiduciario.

iii) Por último, el artículo 224 del CS es el que autoriza al fiduciario para enajenar mediante consentimiento de futuro, de presente o de pretérito, de todos lo fideicomisarios.

El consentimiento a que se refiere el precepto que comentamos, esto es, el prestado por el fideicomisario al fiduciario para enajenar como libres los bienes fideicomitados, tiene naturaleza jurídica de «renuncia preventiva» (122). Es decir, el fideicomisario mientras no acepte la herencia sólo tiene una expectativa de derechos sobre bienes fideicomitados o, si se quiere, mientras el fiduciario sea heredero y mientras no se produzca el óbito puede el fideicomisario

(118) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *La subrogación real en el Derecho Común español*, Madrid, 2000, págs. 108-109; MARÍN PADILLA, M. L., «La formación del concepto de subrogación real», en *RCDI*, 1975, pág. 1116.

(119) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *op. cit.*, págs. 228-229.

(120) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *op. cit.*, pág. 228 y sigs., en su opinión la cláusula que autorice enajenar debe ser a título oneroso y conmutativo con obligación de subrogar, salvo los supuestos en que el testador autorice a enajenar por causa de necesidad. La obligación de gravar ni es compatible con la subrogación real.

(121) *Op. cit.*, pág. 817.

(122) O'CALLAGHAN MUÑOZ, «Consentimiento de los fideicomisarios a los actos de disposición de bienes fideicomitados. El fideicomiso de elección», *op. cit.*, págs. 835-840.

otorgar consentimiento para que el fiduciario pueda enajenar en concepto de libre los bienes de la herencia, dicho consentimiento tiene carácter de «renuncia preventiva», que conforme a la definición de CARIOTA FERRARA (123), «es un negocio jurídico por el que se hace dejación de un derecho con la consiguiente extinción del mismo negocio», que como añade ALBALADEJO (124), es unilateral y no recepticio. La sustitución fideicomisaria puede estar *sub conditione*, como a término, que dicho consentimiento puede ser prestado, asimismo puede ser otorgado un consentimiento de futuro, presente o pretérito. Por otro lado, la renuncia puede ser onerosa o gratuita, con base a si se renuncia sin hacer contraprestación a favor del fideicomisario, en cuyo caso estamos ante un negocio jurídico gratuito, por el contrario, si se efectúa para obtener una contraprestación será un negocio jurídico oneroso (125).

Por el contrario, si la disposición de bienes fideicomitidos se hace sin consentimiento del fideicomisario, es decir, el supuesto de hecho supone que el fiduciario, que no es titular de los bienes, enajena sin haber sido previamente consentido por los fideicomisarios, dicho negocio, en opinión de O'CALLAGHAN (126), es ineficaz, y entiende por tal «la falta de producción de efectos jurídicos propios del negocio».

En lo referente a los artículos 241 y 242 del CS, señalar que el primero otorga la posibilidad al fideicomisario de impugnar por ineficaces todos los actos de la enajenación y de gravamen que el fiduciario haya efectuado en fraude o perjuicio de la herencia; reivindicar los bienes enajenados o gravados; el segundo precepto admite la compensación de créditos entre los fideicomisarios y fiduciarios, conforme al orden previsto en el artículo 240.

La sección quinta, artículos 243 a 248 del CS, regula el fideicomiso de residuo, cuyo artículo 243 del Codi proporciona un concepto amplio: «En el fideicomiso de residuo el fiduciario, sea plazo o condicional, resulta facultado por el testador para disponer de la herencia o el legado fideicomitido porque así lo autoriza expresamente, o porque establece que aquellos bienes de los cuales no haya dispuesto el fiduciario hagan trámite al fideicomisario». Y un concepto restringido: «También existe el fideicomiso de residuo cuando el testador concreta la sustitución fideicomisaria a los demás bienes que el heredero o el legatario conserven al tiempo de deferirse el fideicomiso, por no haber dispuesto de ellos».

(123) *El negocio jurídico*, traducción y notas de M. ALBALADEJO GARCÍA, Madrid, 1956, pág. 112.

(124) «Notas al negocio jurídico de Cariota Ferrara», *op. cit.*, pág. 120.

(125) Cfr. PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pág. 159 y sigs.

(126) *Op. cit.*, pág. 844.

De ambos conceptos se pueden entresacar tres características: *a)* el testador autoriza al fiduciario para disponer de la herencia o legado; *b)* los bienes no autorizados harán tránsito al fideicomisario, y *c)* el causante concreta los bienes que el heredero conservará al deferir el fideicomiso.

En efecto, comenta a este respecto FOLLIA CAMPS (127), el primero permite al fiduciario enajenar y gravar lo autorizado por el testador, el segundo establece que el fiduciario podrá alienar y gravar, en concepto de libre, por actos entre vivos, todo o parte de los bienes fideicomitidos, añadiendo más adelante, «la esencia de la distinción entre una sustitución fideicomisaria y un fideicomiso de residuo es el poder de disposición, que si es general será para el residuo, si son bienes concretos una sustitución». No obstante, queda reforzado el contenido del precepto anterior cuando el artículo 244 del CS señala: «El heredero o legatario gravados de fideicomiso de residuo, además de las facultades de todo fiduciario sujeto a fideicomiso, podrán realizar, respecto a los bienes de la herencia o legado, los siguientes actos:

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

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

Precepto que concreta en esencia el poder de disposición del fideicomiso de residuo. Sin embargo, el artículo 245 del CS establece las reglas a las que tiene que ajustarse el fiduciario para ejercer las facultades dispositivas, y son:

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

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

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

(127) «Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña», *op. cit.*, pág. 868.

3.^a Si el fideicomiso de residuo fuera de herencia, el fiduciario no podrá enajenar o gravar la cuarta parte de los bienes hereditarios, que quedará reservada para después de su fallecimiento a favor de los fideicomisarios que, a sazón existan, los cuales en vida del fiduciario podrán pedir su determinación, conformemente a las reglas de la reclamación de la cuarta trebeliánica. El fideicomitante podrá eliminar esta limitación.

Se entenderá que la ha eliminado si ha autorizado expresamente al fiduciario para disponer de la totalidad de los bienes fideicomitados o para entregarlos.

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

Del contenido del artículo 245 del CS, destacamos que las limitaciones que en su articulado prevé son establecidas por el testador, por lo que, en principio, éste puede favorecer a alguien, como limitar dicha posibilidad.

Asimismo, resaltamos que el principio de subrogación real, que como comenta FOLLIA CAMPS (128), no tiene precedente en la Compilación de 1960, sino es de nuevo cuño, que define ROCA SASTRE (129) como «situación jurídica que en cierto respecto califica o afecta a una cosa determinada, pasa a calificar o afectar en igual sentido a la otra cosa que haya reemplazado o sustituido a aquélla cuando la misma ha sido objeto de una enajenación o pérdida». En efecto, el sentido del artículo 245 del CS, en su regla 2.^a, es que los bienes fideicomitados sean reemplazados por otros, por efecto de la enajenación o no, con idéntico régimen jurídico.

De igual modo destacamos la regla 3.^a del precitado artículo 245 del CS, en que el fiduciario de herencia tendrá que reservar una cuarta parte (cuarta trebeliánica, art. 229 y sigs. del CS), salvo que el fideicomitante le dispense de dicha limitación, es decir, sólo puede disponer el primer heredero de las tres cuartas partes de la herencia, quedando reservado el resto o una cuarta parte, salvo disposición en contrario, regla que converge perfectamente con lo dispuesto en el artículo 229 del CS.

Por su parte, el artículo 247 del CS define y delimita el fideicomiso de residuo *si quid supererit*, que se caracteriza, en opinión de FOLLIA CAMPS (130), porque juega el principio de subrogación real, y sin límite de la cuarta trebeliánica, salvo lo previsto en el artículo 244, párrafo 1.º del CS, que no es un límite, como hemos visto más arriba, sino un artículo que complementa las fa-

(128) *Op. cit.*, pág. 874.

(129) Estudios varios, *La subrogación real*, Madrid, 1980, pág. 30; FONCILLAS LOS-CERTALES, J. A., *Estudios Jurídicos*, «De la subrogación real», Madrid, 1974, pág. 267 y sigs.

(130) *Op. cit.*, pág. 879.

cultades dispositivas del fideicomiso de residuo, por el contrario, sería un fideicomiso de residuo ordinario o *eo quod supererit* (131), «aquél en que juega el principio de subrogación real y existe, además, el deber del fiduciario de no enajenar ni gravar una cuarta parte de los bienes fideicomitidos» (132).

3.3. LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL FORAL DE NAVARRA

La ley de 224 del FN (133), define las sustituciones fideicomisarias en los términos siguientes: «El disponente puede ordenar que se transmitan a uno o sucesivos fideicomisarios, en tiempo y forma que señale, los bienes que de él haya recibido el fiduciario».

El precepto deja claro que es el fideicomitante quien ordena el fideicomiso para que los bienes recibidos por el heredero hagan tránsito a uno o varios fideicomisarios.

No obstante, plantea MEZQUITA (134) si de las leyes 224 a 238 cabe un fideicomiso puro en el Derecho Civil de Navarra. En su opinión, y con base a las leyes 151, 281 a 288, en particular la ley 228, que establece la presunción: «En la duda de si el disponente ha establecido un fideicomiso o formulado una recomendación o simple ruego, se presumirá esto último», precepto de igual redacción al artículo 190, párrafo 1.º, del Código de Sucesiones de Cataluña, del que ha comentado VALLS XUFRE (135), si la voluntad del testador no es clara hay que pronunciarse contra el fideicomiso (*contra fideicomisum semper est in dubio indicandum*), el fideicomiso no se presume sino que debe quedar expresamente establecido por el causante, si bien en el artículo 180 del Codi habla de que el fideicomiso puede ser expreso o tácito, para este último es preciso que la voluntad del disponente se infiera claramente de las palabras utilizadas por el causante.

(131) FOLLIA CAMPS, *ibídem*.

(132) DÍAZ ALABART, *op. cit.*, pág. 217, distingue entre *si aliquid supererit* (fideicomiso de si queda), y el *eo quod supererit* (fideicomiso de lo que queda), planteando la autora si existen dos fideicomisos distintos, ciertamente, en uno ha de quedar algo, en otro no queda nada. Y esto es así, añade, pues si queda, o si queda algo, no hay diferencia en cuanto a la condicionalidad, pero sí a la relación de bienes que quedan.

(133) Ubicada en el Libro II: «De las donaciones y sucesiones»; Título VIII: «De las sustituciones»; Capítulo III: «De las sustituciones fideicomisarias»; leyes 224 a 238.

(134) *Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dir. por E. Rubio Torrano, Pamplona, 2002, pág. 656; en sentido contrario, ARREGUI GIL, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por Albaladejo García-Díaz Alabart, tomo XXXVII, vol. 1.º, Madrid, 1998, pág. 1005, si bien en el Código Civil queda excluido toda posibilidad de una sustitución fideicomisaria pura (art. 781), como de igual modo en el Código de Sucesiones de Cataluña (Exposición de Motivos de la Ley de 30-12-1991); artículo 25 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares.

(135) *Op. cit.*, pág. 734.

Nosotros creemos que de la ley 224, párrafo 1.º del FN, no se puede deducir la existencia de un fideicomiso puro, aunque pongamos dicho precepto en relación con la ley 228 del mismo Cuerpo legal, pues esta última es una norma interpretativa o, como dice ARREGUI (136), el fideicomiso precisa que la voluntad del disponente aparezca bien determinada, pues de existir dudas, o poco claras las disposiciones, equívocas o inseguras, no puede estimarse ordenada una sustitución fideicomisaria, de ahí, añade, la ley 228 del FN, sigue el precedente romano (D: 32,11,2): «en caso de duda se debe tener por querido el efecto menor», estableciendo la mencionada ley 228 las aclaraciones a modo de presunción: la primera, si se ha establecido «una recomendación o simple ruego», se entiende no gravado el fideicomiso ni considerado como tal; la segunda, si no aparece clara la voluntad de ordenar una sustitución, se entenderá que ésta es vulgar. No obstante, y como ha señalado ROCA SASTRE (137), el fideicomiso puro consiste en un encargo de la que se vale el causante para que una herencia pase del fiduciario al fideicomisario, de ahí que señale ALBALADEJO (138): el fideicomiso puro no está sometido a término ni a condición, sino el fiduciario es un mero *minister* (139) que recibe el encargo de conservar para después entregar a otro una herencia o legado. Por nuestra parte, creemos que no es ese el sentido que ha querido el legislador para la sustitución fideicomisaria en el ley 224, párrafo 1.º del FN, máxime cuando de la expresión «en el tiempo y forma que señale» de la precitada ley 224, deduce ARREGUI (140), la existencia de un fideicomiso a término y bajo condición, si bien, como comenta a este respecto MEZQUITA (141), tanto el término como la condición son eventos futuros ciertos e inciertos, esto es, se sabe que ha de llegar, pero no cuándo, o una incertidumbre que ha de ocurrir, pero se ignora cuándo. Volveremos sobre este punto al comentar la ley 230 del FN.

Por su parte, el párrafo 2.º de la ley 224 del FN establece los límites en los llamamientos cuando dispone: «No existirá limitación de número en los llamamientos de fideicomisarios sucesivos a favor de personas que vivan o al menos estén concebidas al tiempo en que el primer fiduciario adquiera los bienes. Las sustituciones a favor de personas que no existan en ese momento no podrán exceder del cuarto llamamiento; en lo que excedan de ese límite se entenderán por no hechas». El precepto transcrito está orientado a que el testador no quiere que sus bienes salgan de su familia, lo que supone, en cierto modo, una vinculación mientras dicha familia exista o un fideicomiso

(136) *Op. cit.*, pág. 1019.

(137) *Estudios sobre sucesiones*, tomo 2.º, *op. cit.*, pág. 90.

(138) «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», *op. cit.*, pág. 161.

(139) BOIX FONT, *op. cit.*, pág. 567; ROCA SASTRE, *ibidem*.

(140) *Op. cit.*, págs. 1002-1003.

(141) *Op. cit.*, págs. 658-659.

perpetuo, así lo ha establecido el legislador, que si bien el artículo 204 del Código de Sucesiones de Cataluña, como el artículo 781 del Código Civil, el límite está establecido en el segundo llamamiento, pero en Derecho Civil de Navarra se sigue la tradición romana (Novela 115,2 del Código de Justiniano), que estableció precisamente los cuatro llamamientos.

No obstante, la ley 225, párrafo 1.º del FN, viene a establecer la regla de que «Los fideicomisarios, aunque lo sean por llamamientos sucesivos, adquieren siempre del fideicomitante...» (142), cuestión que creemos extensible a los fiduciarios, pues en caso contrario (no sería heredero el fiduciario), tenemos razones de peso para creer que se admite el fideicomiso puro en la legislación de Navarra. Pero, no es así, pues al añadir el párrafo 2.º de la ley 225 que: «Los fiduciarios podrán ser recíprocamente fideicomisarios en la cuota señalada por el fideicomitante y, en su defecto, en proporción a la que adquieran como fiduciarios». De la dicción de esta ley entendemos que los fiduciarios pueden ser nombrados sustitutos entre sí, en caso de no señalarse cuota adquieren proporcionalmente o, como dice MEZQUITA (143), la institución de herederos fideicomisarios serán recíprocamente fiduciarios.

Por su parte, la ley 226, párrafo 1.º del FN, establece: «Toda sustitución fideicomisaria valdrá como sustitución vulgar a favor del fideicomisario cuando el fiduciario no llegue a adquirir los bienes...», la claridad del precepto excusa todo comentario. Sin embargo, el párrafo 2.º de la misma ley 226, dice: «La sustitución vulgar de un fiduciario no se entenderá sustitución fideicomisaria a favor del sustituto vulgar. El sustituto vulgar que llegue a adquirir los bienes queda gravado por el fideicomiso que hubiera gravado el fiduciario a quien sustituyó». Es decir, el sustituto vulgar de un fiduciario no se estimará como sustituto fideicomisario, pero si éste adquiere los bienes del fiduciario, queda en su misma situación. Queriendo ser más explícito y siguiendo el ejemplo de MEZQUITA (144): «el fiduciario que premuere al testa-

(142) STSJ de Navarra, de 17-3-1993 (RA 2562), que estableció: «hallándonos en presencia de una sustitución fideicomisaria, en la que se produce una prohibición de disposición de los bienes recibidos por el heredero fiduciario, salvo que lo hubiere autorizado el disponente (ley 233 del Fuero Nuevo), los herederos fideicomisarios adquieren siempre del fideicomitante, tal como lo expresa la ley 225 de la Compilación de Derecho Civil de Navarra, dicción que encuentra similitud en el Derecho catalán, que contiene prácticamente la misma redacción en el artículo 181 del Código de Sucesiones de Cataluña», en igual sentido, la STSJ de Navarra, de 25-4-1981 (RA 2166).

(143) *Op. cit.*, pág. 661, que plantea el siguiente ejemplo, «el causante instituye herederos a sus tres hijos, y además, ordena que se sustituyan en fideicomiso los unos a los otros, de modo que fallecido uno de ellos, le sustituyan los demás como fideicomisarios. La primera consecuencia es que cada uno de ellos será fiduciario de los demás y estará, por tanto, obligado a conservar mientras viva alguno de sus hermanos, de modo que todos serán fiduciarios y fideicomisarios hasta que el fideicomiso se purifique por no quedar más que un heredero».

(144) *Op. cit.*, pág. 664.

dor será llamado, en primer lugar, el sustituto vulgar del fiduciario nombrado expresamente por el testador, pero si no hizo dicho nombramiento, el fideicomisario será delado como sustituto vulgar». El sentido de la sustitución vulgar, como dice MEZQUITA (145), referido al Fuero Nuevo, es que consiste «en un delado subsidiario llamado por el testador en segundo o posteriores grados, para en el caso de que instituido principal o anterior grado no llegue a ser heredero», es decir, en la legislación civil de Navarra pueden ser sustitutos vulgares el heredero, el legatario, como el donatario, y como señala la ley 223, es una sustitución ordenada por el testador para que en defecto de uno le sustituya otro.

Por su parte, la ley 229 del FN, dispone: «Si de los términos de la disposición no se desprendiera claramente otra cosa, las condiciones que afecten a las sustituciones fideicomisarias como, por ejemplo, la de «no tener hijos» o de que éstos «no lleguen a la edad de testar» u otras similares, se entenderán referidas al momento del fallecimiento del fiduciario». Precepto que está referido a las sustituciones fideicomisarias *si sine liberis decesserit*, que define ROCA SASTRE (146) «como aquella sustitución fideicomisaria condicional cuya efectividad se hace depender del hecho que el instituido muera sin hijos o con hijos que no lleguen a la edad de testar». También denominada sustitución de doble condición (147), pues si fallece el fiduciario sin dejar hijos se da la condición *sine liberis decesserit*, produciéndose la delación a favor del fideicomisario instituido por el testador; también cabe la posibilidad de que el fiduciario fallezca con hijos (*cum et sine liberis decesserit*), éstos son llamados como fideicomisarios y fiduciarios de sus propios hijos de forma sucesiva; en ambos casos lleva como fundamento el conservar los bienes en la familia (148). No obstante, es completado el precepto anterior con la ley 230 del FN, que dice: «Cuando el acto de liberalidad se condicione a la existencia de hijos del adquirente, estos hijos puestos sólo en condición no se tendrán por puestos en disposición ni llamados a adquirir, aunque haya una o muchas conjeturas en su favor, sino cuando expresamente así se establezca». Supuestos que en opinión de GARCÍA GRANERO y ARREGUI (149), está referido a la tradición que formuló la ley 45 de las Cortes de Tudela de 1583,

(145) *Op. cit.*, pág. 650.

(146) «Estudios de Derecho Sucesorio», *op. cit.*, pág. 98.

(147) MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *op. cit.*, pág. 669.

(148) MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *op. cit.*, pág. 670.

(149) *Op. cit.*, págs. 1024-1025, estiman que la teoría de los hijos puestos en condición deriva de la sustitución fideicomisaria *si cum liberis*, y *si sine liberis*. La primera es una condición positiva de cumplimiento o incumplimiento que hace depender que el instituido sea heredero pleno o simple heredero obligado a entregar la herencia; la segunda es una condición negativa (inexistencia de los hijos) que determina la apertura del fideicomiso.

según la cual: «los hijos puestos sólo en condición no se tienen por puestos en disposición», que se corresponde con el brocardo *positi in conditione non positi in dispositione* (150), que supone «los hijos puestos en condición no se considerarán sustitutos fideicomisarios de no ser llamados expresamente como fideicomisarios».

La ley 232 del FN, que en su primer apartado dispone: «Sin otras limitaciones que las establecidas en las leyes siguientes...». Cuyas limitaciones están contempladas en la ley 233 del FN, que regula la enajenación y gravamen; y la ley 234 del mismo Cuerpo legal, que prevé las facultades del fiduciario por sí solo.

Dice la ley 233 del FN: «El fiduciario podrá enajenar y gravar los bienes como libres en los casos y modos siguientes:

1. Por sí solo, cuando el disponente lo hubiere autorizado; en este caso, los bienes adquiridos se subrogarán en lugar de los enajenados.

2. Con el consentimiento de todos los fideicomisarios, cuando el disponente no lo hubiere autorizado, sin prohibirlo expresamente. En defecto del consentimiento de todos los fideicomisarios o cuando alguno de éstos sea persona incierta, futura o actualmente indeterminada, el fiduciario podrá hacerlo con autorización del Juez competente, que la concederá sólo en casos de necesidad o utilidad evidente, en acto de jurisdicción voluntaria y adoptando los medios oportunos para asegurar la subrogación».

De la redacción dada por el anterior precepto, se trae a colación tres cuestiones:

- i) Podrá el fiduciario enajenar por sí solo, pero lo adquirido se subrogará (ley 235 del FN).
- ii) Que el fiduciario obtenga el consentimiento de todos los fideicomisarios (ley 233 del FN).
- iii) Que el fiduciario no cuente con el consentimiento de los fideicomisarios (ley 233 del FN).

i) Partimos de la ley 232, a cuyo tenor: «...el fiduciario tiene todos los derechos que corresponden al propietario, pero habrá de restituir al fideicomisario los bienes recibidos, los subrogados y los incrementos que constituyan accesiones naturales y mejoras inseparables. Respecto a los frutos pendientes y a las impensas realizadas por el fiduciario, tendrá éste los mismos derechos que un usufructuario». Precepto que otorga al fiduciario la cualidad de propietario, salvo las limitaciones previstas en la ley 233 y 234 del FN, esta condición, creemos nosotros, está referida al uso y disfrute de los

(150) (D: 35,1,102) y (D: 28,5,85-86).

bienes fideicomitidos, posiblemente de por vida, ya que el fiduciario, sin perjuicio de su condición de heredero, tiene el deber de restituir (151) al fideicomisario los bienes recibidos, los subrogados, como los incrementos habidos por accesión o mejora (152). Cabe también esta cualidad de propietario cuando ordenada una sustitución fideicomisaria sobre único fiduciario y único fideicomisario, este último renuncia, pues se purifica el fideicomiso en el fiduciario.

No obstante, el encabezado de la ley 232 del FN, dice: «Derechos del fiduciario», lo que nos hace pensar que ello supone tener por superado la tesis del fiduciario como usufructuario para concebirlo como un propietario, más acorde con la realidad del instituto fideicomisario, lo que no impide que podamos decir: el fiduciario es un propietario gravado de restitución (153). Lo expuesto viene a colación con el último párrafo de la ley 232 del FN, que parece, a primera vista, que equipara al fiduciario con usufructuario respecto de los frutos pendientes e impensas realizadas, aquí creemos nosotros tiene sentido por el arraigo que tiene la institución de usufructuario (ley 412 del FN), que le concede facultades dominicales con excepción de disponer de la casa (154).

Analizada la ley 232, entramos en la ley 233: «enajenación y gravamen», que permite realizar por sí solo al fiduciario, si es autorizado por el causante, de lo adquirido (bienes y derechos), se subrogará en lugar de lo alineado, es decir, se regula la enajenación con previa autorización del testador para sustituir lo obtenido por otros donde ocupe el lugar del anterior con el fin de ser sometido al mismo régimen jurídico, y con ello restituir la cosa fideicomitida a los fideicomisarios (155). No obstante, creemos con MEZQUITA (156), a pesar de su omisión por el precepto que analizamos, que existe la posibilidad que el testador dispense al fiduciario de subrogar los bienes del fideicomiso, es decir, si la ley 233 del Derecho Civil navarro establece la obligación de subrogar, si el testador así lo ha autorizado, por el contrario el testador lo libera de dicha obligación y podrá enajenar como libres, pero obviamente estamos en otro supuesto, que es la sustitución de residuo, y que analizaremos más adelante.

(151) ARREGUI, *op. cit.*, pág. 1103.

(152) STSJ de Navarra, de 17-3-1993 (RA 2562).

(153) Cfr. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *op. cit.*, pág. 678.

(154) MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *op. cit.*, pág. 679.

(155) MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *op. cit.*, pág. 689, en su autorizada opinión, las obligaciones de restituir conlleva la prohibición de disponer, así que, añade más adelante, el fiduciario siempre que tenga autorización del causante podrá efectuar mediante subrogación real, esto es, sustituir uno por otro o colocar los bienes adquiridos en lugar de los dispuestos.

(156) *Op. cit.*, pág. 690.

ii) Por lo dispuesto en la ley 233.2 del FN, «Con el consentimiento de todos los fideicomisarios, cuando el disponente no lo hubiere autorizado, sin prohibirlo expresamente...». La STSJ de Navarra, de 17-3-1993 (157), señaló: «las facultades del heredero fiduciario quedan reguladas por las leyes 232, 233 y 234 del Fuero Nuevo, estableciendo la ya citada ley 233 que el fiduciario podrá enajenar y gravar los bienes como libres por sí solo, cuando el disponente lo hubiere autorizado o con el consentimiento de todos los fideicomisarios cuando el fideicomitante no lo hubiere autorizado...».

Creemos, no obstante, que no hay mucha analogía entre la ley 233 del FN, con el artículo 217 y siguientes del Código de Sucesiones de Cataluña, en estos últimos, desde nuestro punto de vista, son más amplias las facultades para disponer de los bienes fideicomitidos, sin quebrar, obviamente, el principio de indisponibilidad de bienes como libres que en ambos casos es de aplicación, además, de la restitución impuesta al fiduciario sobre dichos bienes, lo que implica que no podrá enajenar como libre salvo las excepciones previstas en la ley.

Sin embargo, creemos de igual modo que puede ser de aplicación la naturaleza jurídica del consentimiento prestado por los fideicomisarios al fiduciario consistente en la llamada «renuncia preventiva», como así lo manifestamos para el artículo 224 del Código de Sucesiones de Cataluña, entendido como un negocio jurídico unilateral y no recepticio, consistente en la dejación de un derecho que lo extingue.

iii) Si, por el contrario, no obtiene el fiduciario el consentimiento de los fideicomisarios, añade el párrafo 2.º de la ley 233 del FN: «...En defecto del consentimiento de todos los fideicomisarios o cuando alguno de éstos sea persona incierta, futura o actualmente indeterminada, el fiduciario podrá hacerlo con autorización del Juez competente, que la concederá sólo en casos de necesidad o utilidad evidente, en acto de jurisdicción voluntaria y adoptando las medidas oportunas para asegurar la subrogación».

Distingue MEZQUITA (158), a la luz del precepto transcrito, dos supuestos de disposiciones por el fiduciario: la normal y la de residuo. La primera es el supuesto contemplado en la norma que comentamos, pues por el hecho de que el fiduciario esté obligado a restituir los bienes fideicomitidos está sometido a la máxima de indisponibilidad de bienes, salvo autorización del fideicomitante, o conjuntamente con todos los fideicomisarios, o por vía judicial, de esta última se aplica el precepto en su totalidad (159), esto es, en defecto de ser una enajenación consentida por todos los fideicomisarios, o por perso-

(157) (RA 1993).

(158) *Op. cit.*, págs. 682-683.

(159) MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *op. cit.*, pág. 682.

na incierta, futura o indeterminada, el fiduciario deberá probar en la demanda judicial que actúa en los supuestos mencionados o existen los supuestos de necesidades o utilidad evidente, además, de instar la adopción de las medidas oportunas para asegurar la subrogación, que aquí, evidentemente, tiene plena aplicación, pues se trata de sustituir un bien por otro y ha de regirse por el mismo régimen jurídico.

No obstante, de todo lo anterior, autoriza la ley 234 del FN, en sus apartados 1.º, 2.º, 3.º, 4.º y 5.º, ejercer facultades por sí solo, a título de ejemplo, se puede señalar: pedir y practicar la partición; cancelar créditos hipotecarios y pignoratícios; realizar enajenaciones a que se hubiese obligado el fideicomitente; dar dinero a préstamo y sustituir, sin detrimento del fideicomiso, bienes consumibles o los que se deterioren o desgasten; facultades que completan las establecidas en la ley 232 del FN, al considerar a éste como un propietario.

Por último, la ley 239 del FN, ubicada en el Capítulo IV: «De la sustitución de residuo», único precepto que dedica la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra a este instituto, dice así: «En las sustituciones de residuo, si no se hubiese ordenado otra cosa, el instituido sólo podrá disponer de las bienes por actos *inter vivos* y a título oneroso. Si se le hubiese autorizado para disponer incluso a título lucrativo, se presumirá que está autorizado para disponer por actos *inter vivos* o *mortis causa*.

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

Señala la primera parte de la ley 239 del FN, salvo que se hubiese ordenado lo contrario, el sustituto de residuo puede enajenar por actos *inter vivos* y a título oneroso (160). Se trata, por tanto, de una sustitución de residuo denominada «de lo que queda» o *eo quod supererit* (161), que consiste en disponer de la parte autorizada quedando la otra parte bajo el deber de conservar (162), aunque en opinión de MEZQUITA (163), se trata de un fiduciario

(160) La STS de 8-5-1986 (RA 2670), corrobora lo dicho cuando dice: «...con base en la sustitución de residuo regulada en el artículo 239 de la mencionada Compilación, estableciéndose que, cuando no se hubiese ordenado otra cosa, el instituido sólo podrá disponer por actos *inter vivos* y a título oneroso, y si se le hubiese autorizado para disponer incluso a título lucrativo, se presumirá que está autorizado para disponer por actos *inter vivos* o *mortis causa*, con la consecuencia de que los bienes de que el instituido no hubiese dispuesto válidamente pasarán, en el momento establecido o evento previsto, a la persona o personas designadas para recibirlos...».

(161) ARREGUI, *op. cit.*, pág. 1132, señala que se trata de un fideicomiso de residuo diferente de la sustitución fideicomisaria, pues esta última, como hemos visto, tiene el fiduciario el deber de conservar que el residuo no tiene; en sentido contrario, MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *op. cit.*, pág. 700.

(162) Véase DÍAZ ALABART, «El fideicomiso de residuo», *op. cit.*, pág. 217.

(163) *Op. cit.*, pág. 700.

autorizado a disponer de bienes como libres, pero sólo por actos entre vivos, a título oneroso y con subrogación real. En efecto, el fiduciario dispone, pero tiene al mismo tiempo el deber de restituir lo que queda, por lo que está limitado a ciertos bienes (164), posiblemente por motivos de necesidad que deberá constar en la disposición efectuada por el fiduciario. Con ello creemos que el legislador ha excluido el fideicomiso *si aliquid supererit*, por virtud del cual se le otorga al fiduciario amplios poderes para disponer de los bienes fideicomitidos, de tal manera que el fideicomiso sólo tiene derecho a lo que resta, si queda algo después de la enajenación (165).

Sin embargo, el párrafo 2º de la ley 239 del FN, en nuestra opinión, parece estar referido a la sustitución preventiva de residuo, pues al señalar el precepto que si autoriza a título lucrativo, podrá disponer entre vivos o por causa de muerte, siendo precisamente en la sustitución preventiva de residuo la posibilidad de disponer por causa de muerte como entre vivos y no estar sometida la subrogación real, lo que nos hace pensar que, en efecto, no es una sustitución fideicomisaria ni tampoco un fideicomiso de residuo, aunque pudiera acercarse más este último, que a la anterior, por las llamadas facultades de disposición del fiduciario, pero además, no se da aquí el orden sucesorio, sino por el contrario hay un solo llamado con plenos poderes para disponer, pero queda designado un segundo a título de fideicomisario para en el caso de que no disponga el primero (fiduciario) haciendo tránsito los bienes en dicho caso.

4. LA CESIÓN DE LOS DERECHOS HEREDITARIOS EN EL FIDEICOMISO

4.1. EL ARTÍCULO 228 DEL CÓDIGO DE SUCESIONES DE CATALUÑA

Dispone el artículo 228 del CS: «En las sustituciones fideicomisarias a plazo, el fiduciario podrá anticipar la delación del fideicomiso mediante renuncia de su derecho a favor de fideicomisario inmediatamente llamado, y ceder a terceros, pero no a título de censo, el simple aprovechamiento de los bienes fideicomitidos hasta el vencimiento del plazo, sin quedar exonerado de sus obligaciones, respondiendo de los perjuicios que el fideicomiso sufra por culpa del cesionario.

En las sustituciones fideicomisarias condicionales no se podrá anticipar la delación del fideicomiso, y de renunciar el fiduciario a él a favor del fideicomisario, se entenderá que sólo ha cedido su aprovechamiento.

(164) SAP de Guipúzcoa, de 21-4-1998 (RA 793).

(165) MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *op. cit.*, pág. 702.

No obstante, estará facultado para efectuar dicha cesión a favor de terceros y dar a censo inmueble del fideicomiso, con sujeción a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 217».

Para una mejor comprensión del precepto debemos hacer los siguientes apartados: i) la anticipación de la delación; ii) la cesión a terceros (art. 217 del CS), y iii) la renuncia del fiduciario condicional a favor del fideicomisario.

i) El precepto que examinamos (art. 228 del CS), otorga al fiduciario a término, la posibilidad de anticipar la delación a favor del fideicomisario renunciando a su derecho en el fideicomiso.

No obstante, debemos tener en cuenta que en la sustitución fideicomisaria el segundo heredero adquiere la herencia desde el fallecimiento del fideicomitante (art. 181.2 del CS), lo que ocurre es que su derecho no se hace efectivo hasta que el fiduciario fallezca o, como dispone el artículo 182 del CS: «En la sustitución fideicomisaria, el fiduciario adquirirá la herencia o el legado con el gravamen de que, finalizado el plazo o cumplida la condición, haga tránsito al fideicomisario la totalidad o la cuota fideicomitida de la herencia o el legado». En efecto, el fideicomisario tiene una expectativa de derecho (166) que en principio, adquiere una vez fallecido el fiduciario (supuesto normal), pero si el fiduciario está designado a término, es decir, hasta un plazo determinado, puede, por autorización expresa del párrafo 1.º del artículo 228 del CS, anticipar la delación mediante renuncia de su derecho a favor del fideicomisario.

Esta anticipación de la delación en el régimen del Código Civil no sería del todo exacta, pues cuando se renuncia manifestamos nuestra voluntad de no ser heredero, no pudiendo, por ello, transmitir a los sustitutos. Pero, en el ámbito del Derecho Foral se accede a la herencia por testamento, intestado, heredamiento, contrato o donación, y como todos los derechos son renunciabiles, el primer heredero puede renunciar en el sentido de rehusar la adquisición de una herencia, por ello, no se trata de una repudiación (167), sino de una auténtica renuncia a un derecho (168). Sin embargo, pudiéramos pensar que la mencionada renuncia no tiene mucho sentido en el sistema sucesorio catalán, pues al disponer el artículo 5 del CS, que la aceptación tiene efectos

(166) O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir., por M. Albaladejo García, tomo XXIX, vol. 1.º de la Compilación de Cataluña, Madrid, 1978, pág. 350.

(167) O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, pág. 350.

(168) O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, págs. 349-350, comentando el artículo 197 de la Compilación de 1967, de igual redacción al vigente 228 del CS, señala que la naturaleza jurídica de la renuncia del fiduciario consiste en una dejación de su derecho sobre el fideicomiso, por lo que el segundo heredero adquiere de forma inmediata. No es, pues, una repudiación, pues con ella no se beneficia el fideicomisario, sino de una renuncia, y con ello, adquiere el postheredero.

retroactivos a la muerte del causante, antes de la aceptación nada tiene el heredero. Pero creemos que el supuesto contemplado en el artículo 228.1 del CS, tiene sentido, pues el fideicomisario ostenta un derecho que será efectivo cuando fallece el fiduciario, o cuando el término por el que fue designado se cumple, mientras tanto, el fiduciario, como primer heredero, es titular hereditario y si renuncia lo que realmente hace es anticipar el tránsito de los bienes fideicomitidos al segundo heredero.

ii) En cuanto a la cesión a terceros se podrá efectuar no a título de censo (169), sino de simple aprovechamiento hasta el vencimiento del plazo, lo que en principio parece ser que la cesión podría ser efectuada por el fiduciario a término y se regirá por lo dispuesto en el artículo 217.2 del CS, así que, el precepto deja claro que el fiduciario puede ceder a sujetos distintos del fideicomisario (170), que será hasta el fallecimiento del fiduciario, pero si éste es designado bajo término lo será hasta que el plazo se cumpla, pues estamos ante una titularidad *ex tempus*, y como tal, puede cederse el aprovechamiento, esto es, el uso y disfrute de los bienes fideicomitidos, de sus subrogados y accesiones (art. 213 del CS), llegado el plazo se producirá el tránsito, y con ello, la extinción del aprovechamiento cedido adquiriendo los bienes el fideicomisario.

Efectuada la cesión, el fiduciario no queda exonerado de sus obligaciones, respondiendo de los perjuicios que el fideicomiso sufra por culpa del cesionario.

Por su parte dispone el párrafo 3.º del artículo 228 del CS: «No obstante, estará facultado para efectuar dicha cesión a favor de terceros y dar a censo inmuebles del fideicomiso, con sujeción a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 217.2...», disponiendo dicho precepto: «En las sustituciones fideicomisarias condicionales, de no haber impuesto el fideicomitante una especial prohibición de disponer, el fiduciario podrá realizar válidamente actos de disposición o de gravamen de tales bienes, pero su eficacia estará supeditada a la posible efectividad de dicha sustitución...» (171).

Es decir, por el antedicho artículo 217.2 del CS, el fiduciario queda autorizado a realizar actos de transmisión, modificación o extinción (172), cuya eficacia estará supeditada a la posible efectividad de la sustitución, que como comenta a este respecto O'CALLAGHAN (173), los actos de disposición no son

(169) BRANCÓS NÚÑEZ, E., *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, tomo 2.º, 1.ª ed., Barcelona, 1994, pág. 831; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, pág. 353, sostienen que el significado de la expresión «censo» es que no tiene carácter perpetuo.

(170) BRANCÓS NÚÑEZ, *op. cit.*, pág. 833.

(171) De igual redacción al artículo 186 de la Compilación de 1967.

(172) O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, pág. 234.

(173) *Op. cit.*, pág. 237; LACRUZ, *Anotaciones*, J. Binder, *op. cit.*, pág. 239; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 152.

en concepto de libre, pues con él se destaca la limitación de las facultades de enajenar de los fideicomisarios, o sea, se parte de la base de que el fiduciario no es un titular definitivo (174), y como tal, tiene el deber de dar tránsito al fideicomisario de los bienes fideicomitados, para evitar posibles abusos se limita las facultades dispositivas a la efectividad de la sustitución. El poder de disponer, por tanto, es extraño al fiduciario, sin embargo, el Codi lo regula y aplica al fideicomiso como una excepción (175).

iii) Por último, señalar que el artículo 228.2 del CS, dispone: «En las sustituciones fideicomisarias condicionales no se podrá anticipar la delación del fideicomiso, y de renunciar el fiduciario a él a favor del fideicomisario, se entenderá que sólo ha cedido su aprovechamiento...» Nótese, que la diferencia de este párrafo con el primero, es que éste le está vedada la posibilidad al fideicomisario condicional de anticipar la delación, y esto es así porque el régimen jurídico de ambas condiciones son diferentes, pero si renuncia a su derecho sólo cede el aprovechamiento de los bienes fideicomitados, luego la renuncia como acto expreso en ambos supuestos es igual, pero el fiduciario a término puede anticipar la delación mediante renuncia, el fiduciario bajo condición sólo puede renunciar porque hasta que no se cumpla la condición no puede ofrecer la herencia.

En efecto, el Codi entiende que el fiduciario condicional no puede ser privado de la facultad de renunciar, lo que no puede es anticipar la delación, porque, como ya hemos expuesto, la condición es un evento futuro incierto (incertidumbre), y mientras no se cumpla el fideicomisario no adquiere la herencia o legado, tan sólo tiene un derecho expectante, cuando la condición se cumpla se produce la delación, y con ello, el derecho a adquirir el fideicomiso, mientras este cumplimiento llegue, puede el fiduciario ceder el aprovechamiento.

4.2. LA LEY 237 DEL FUERO NUEVO DE NAVARRA

A tenor de lo dispuesto en la ley 237 del FN: «En las sustituciones fideicomisarias a término, el fiduciario podrá anticipar mediante renuncia la delación del fideicomiso.

Cesión. El fiduciario y el fideicomisario podrán ceder sus respectivos derechos. La cesión por el fiduciario quedará limitada por el cumplimiento de la condición o la llegada del término a los que estuviera sometido el fideicomisario, y la cesión por el fideicomisario surtirá efectos a partir de ese mismo momento. La cesión a favor de tercero no confiere a éste en caso alguno la

(174) O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, pág. 237.

(175) O'CALLAGHAN MUÑOZ, *ibídem*.

cualidad de heredero, y será aplicable lo dispuesto en el Título XIX de este libro para la cesión de herencia».

Precepto de análoga redacción al artículo 228 del Código de Sucesiones de Cataluña. No obstante, y como hemos expuesto en ese lugar, la delación supone una oferta (176), en donde el delado tiene la opción de aceptar o repudiar, pero previa a ella está la vocación, que supone un llamamiento al que ha sido designado. Así que el *iter* sucesorio sería: designación, vocación y delación. Este rigor conceptual no se cumple *strictu sensu* en el Ordenamiento navarro, pero no perturba su concepto y aplicación, pues su facilidad conceptual hace posible una cómoda capacidad de adaptación de este instituto, posiblemente, por la falta de unanimidad en los Ordenamientos a la hora de su regulación.

El orden sucesorio en la sustitución fideicomisaria comienza con el fiduciario, que será heredero mientras viva, fallecido éste pasa al fideicomisario. Este es el supuesto normal, pero cabe la posibilidad que el causante establezca un término para cuando llegue haga tránsito al sustituto fideicomisario, es decir, estaríamos ante una sustitución en la que el primer llamado lo es a un término distinto del de por vida.

Hasta ese momento el fideicomisario tiene una expectativa de delación desde la muerte del fideicomitante, pero no es efectiva hasta que el óbito del fiduciario llegue, o hasta que se cumpla el término. Pero, en el primer párrafo de la ley 237 del FN, el fiduciario puede anticipar la delación mediante renuncia de su derecho a favor del fideicomisario, pues como comenta a este respecto MEZQUITA (177), la renuncia del fiduciario produce el mismo efecto que producirá la muerte. En efecto, el único obstáculo a la renuncia es que se produzca perjuicios a terceros, descartado este hecho debemos entender que se trata de un derecho del fiduciario que no lleva implícita la pérdida de su cualidad de heredero, como tampoco altera la voluntad del causante, pues los bienes pasarán al fideicomisario, pero ante la eventual renuncia del fiduciario la delación queda anticipada (178).

El segundo párrafo de la ley 237 del FN comienza señalando: «El fiduciario y el fideicomisario podrán ceder sus respectivos derechos...». Así que subdividimos la cesión efectuada por el fiduciario y la efectuada por el fideicomisario. En la primera, «la cesión por el fiduciario quedará limitada por el cumplimiento de la condición o la llegada del término a los que estuviere sometido el fideicomisario...». A tenor de lo expuesto se trata de ceder un

(176) JORDANO FRAGA, F., *Los acreedores del llamado a una sucesión mortis causa, ante el ejercicio por éste del ius delationis*, Madrid, 1996, pág. 19; ROSA SASTRE, «La designación, la vocación y la delación sucesoria», en *Estudios sobre sucesiones*, op. cit., pág. 132.

(177) *Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dir. por E. Rubio Torrano, Pamplona, pág. 695.

(178) RDGRN de 22-2-1943 (RA 265).

derecho por parte del fiduciario que de estar designado bajo término o condición puede en dicha situación ceder su derecho, pero no será efectiva hasta que el precitado término o condición se cumpla, producido el evento futuro cierto e incierto se consolida la adquisición (179).

No obstante, traemos a colación el artículo 238, párrafo 2.º del Código de Sucesiones de Cataluña, que precisamente excluye dicha cesión al fiduciario bajo condición, pero de renunciar el fiduciario se entenderá que sólo ha cedido su aprovechamiento. Así que ante dos preceptos de análoga dicción, apreciamos, no obstante, que lo admitido por uno es negado por otro, y queriendo salir del embate, podemos señalar que si el fiduciario está bajo condición resolutoria es posible la cesión (180), ya que la ley 237 del FN no habla de ceder el aprovechamiento, sino en la parte final de la mencionada ley declara aplicable lo dispuesto en el Título XIX para la cesión de herencia (leyes 325 a 330 del FN). Sin embargo, en opinión de MEZQUITA (181), el fiduciario bajo condición podrá ceder su derecho después de haber aceptado la herencia a un tercero o al fideicomisario. En efecto, el fiduciario que acepte la herencia bajo término (evento futuro cierto), o bajo condición (evento futuro incierto), de donde el fiduciario es heredero mientras no se cumpla la condición, por el contrario, cumplida por el fideicomisario será heredero a partir del momento del cumplimiento, si cede su derecho a un tercero se regirá por lo dispuesto en la ley 325 y siguientes del FN, pero si cede al fideicomisario quedará limitado tan sólo al cumplimiento de la condición.

En el segundo supuesto: «...la cesión por el fideicomisario surtirá efectos a partir de ese mismo momento». Comentando este precepto, señala MEZQUITA (182), toda cesión efectuada por el fideicomisario será bajo condición suspensiva, es decir, debe acaecer el evento para realizar actos dispositivos del fideicomisario, que estará, como hemos apuntado, subordinado a la eficacia de dicha condición.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo 10.º, vol. 2.º, Madrid, 1984.
- «Los fideicomisos puros, a término y condicionales, sus límites, aceptabilidad o repudiabilidad, el momento de la delación fideicomisaria y la expansión del derecho del fiduciario o del fideicomisario», en *RDP*, 1979.
- *Anotaciones al negocio jurídico de Cariota Ferrara*, Madrid, 1956.

(179) MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *op. cit.*, pág. 696.

(180) MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *ibidem*.

(181) *Ibidem*.

(182) *Ibidem*.

- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., «La sustitución fideicomisaria de residuo», en *RDP*, 1975.
- ARREGI GIL, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por Albaladejo GARCÍA-DÍAZ Alabart, tomo XXXVII, vol. 1.º, Madrid, 1998.
- BIONDI, B., *Sucesión testamentaria y donación*, trad. de la 2.ª ed., italiana, por M. Fairen, Barcelona, 1960.
- BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho romano*, trad. de la 8.ª ed., italiana por Bocci-Larrosa, 5.ª ed., Madrid, 1979.
- BRANCÓS NÚÑEZ, E., *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, vol. 2.º, 1.ª ed., Barcelona, 1994.
- CLEMENTE DE DIEGO, F., *Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias «de residuo»*, Madrid, 1926.
- COLL CARRERAS, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo GARCÍA, tomo XXXI, vol. 1.º, Madrid, 1980.
- DE BUEN, D., *Anotaciones al Curso Elemental de Derecho Civil de Colín-Capitant*, reimpresión de la 3.ª ed., revisada por P. Marín Pérez, tomo 8.º, Madrid, 1981.
- DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo GARCÍA, tomo 10.º, vol. 2.º, Madrid, 1994.
- *El fideicomiso de residuo*, Barcelona, 1981.
- DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, vol. 4.º, 6.ª ed., Madrid, 1992.
- DOMINGO AZNAR, A., *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Madrid, 1999.
- FOLLIA CAMPS, R., *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, vol. 2.º, 1.ª ed., Barcelona, 1994.
- FONCILLAS LOSCERTALES, J. M., «De la subrogación real», en *Estudios Jurídicos*, Madrid, 1974.
- FONT BOIX, V., «El fideicomiso de residuo *eo quod supererit*», en *Estudios de Derecho Privado II*, dir. por A. de la Esperanza Martínez-Radio, Madrid, 1965.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *La subrogación real en el Derecho Común español*, Madrid, 2000.
- GONZÁLEZ PALOMINO, J., *Estudios de Arte Menor*, vol. 2.º, Pamplona, 1964.
- IGLESIAS, J., *Derecho romano*, 1.ª reimpresión de la 10.ª ed., Barcelona, 1992.
- *En torno al fideicomiso familiar catalán*, Barcelona, 1952.
- IRURZUN GOICOA, D., «El fideicomiso de residuo y la voluntad del testador», en *AAMN*, 1974.
- JORDANO BAREA, J. B., «Pseudousufructo testamentario y sustitución fideicomisaria», en *ADC*, 1957.
- JORDANO FRAGA, F., *Los acreedores del llamado a su sucesión mortis causa, ante el ejercicio por éste del ius delaciones*, Madrid, 1996.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Anotaciones al Derecho de Sucesiones de J. Binder*, Madrid, 1953.
- LACRUZ-SANCHO, *Fundamentos de Derecho Civil-V, Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1988.
- LANZAS GALVACHE-SELVA SÁNCHEZ, «Sustituciones fideicomisarias, aproximación a dos problemas», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. 2.º, Madrid, 1988.

- LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española, 4. Codificación civil*, vol. 2.º, Madrid, 1970.
- LÓPEZ LÓPEZ, J., «La regulación del fideicomiso de residuo en el Código Civil español», en *ACD*, 1955.
- MARÍN PADILLA, M. L., «La formación del concepto de subrogación real», en *RCDI*, 1975.
- MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M. D., *Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dir. por E. Rubio Torrano, Navarra, 2002.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo GARCÍA, tomo XXIX, vol. 1.º de la Compilación de Cataluña, Madrid, 1978.
- «Consentimiento de los fideicomisarios a los actos de disposición de bienes fideicomitidos. El fideicomiso de elección. Comentarios a la STS de 7-10-1969», en *RJC*, 1970.
- OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957.
- PARA MARTÍN, A., «Comentarios a la STS de 11-6-1990», en *CCJC*, núm. 23, 1990.
- PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo 5.º, vol. 2.º, Barcelona, 1977.
- PUIG FERRIOL, L., *El heredero fiduciario*, Barcelona, 1965.
- PUIG PEÑA, F., «Fideicomiso», en *NEJ*, tomo 9.º, 1950.
- ROCA SASTRE, R. M., «La designación, la vocación y la delación sucesorias», en *Estudios sobre sucesiones*, tomo 1.º, Madrid, 1980.
- *Estudios de Derecho Privado II*, Sucesiones, Madrid, 1948.
- *Estudios sobre sucesiones*, tomo 2.º, Madrid, 1981.
- *Estudios varios*, Madrid, 1988.
- *Anotaciones al Derecho de Sucesiones de T. Kipp*, trad. de la 11.ª revisión por H. Coing, tomo 5.º, vol. 1.º, Barcelona, 1976.
- «Término incierto implica en los testamentos condición, salvo que pueda colegirse la voluntad contraria del testador», en *RJC*, 1970.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, tomo 1.º, Barcelona, 1989.
- ROCA Y TRÍAS, E., *Comentarios a la STS de 5-5-1993*, 1993.
- SANTOS BRIZ, J., *Derecho Civil. Teoría y práctica*, tomo 30, Madrid, 1989.
- VALLET DE GOYTISOLO, J., *Estudios de Derecho de Sucesiones*, vol. 1.º, Madrid, 1987.
- *Panorama del Derecho de Sucesiones I*, Fundamento, Madrid, 1982.
- «Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula *sin sine liberis decesserit* en el Derecho histórico de Castilla y en el Código Civil», en *ADC*, 1956.
- VALLS XUFRE, J. M., *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, vol. 2.º, 1.ª ed., Barcelona, 1994.
- VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, A., «La extinción de la sustitución fideicomisaria pura y la condicional y del fideicomiso de residuo», en *RCDI*, 1951.

JUAN-FAUSTINO DOMÍNGUEZ REYES
Investigador

En torno a las facultades del contador-partidor

SUMARIO: INTRODUCCIÓN AL TEMA.—EL CONTADOR-PARTIDOR: SUS FACULTADES Y EL ÁMBITO DE SU PODER: REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.

INTRODUCCIÓN AL TEMA

Nuestro Código Civil, que rechaza, como no podía ser menos, la posibilidad de testar en lugar de otro, vivo o difunto, según el artículo 670, permite, sin embargo, encomendar el causante a un encargado la partición de sus bienes. En este sentido, la función de dividir se atribuye al partidor —contador-partidor—, al paso que la de ejecutar la última voluntad del difunto es misión del denominado albacea.

Según el artículo 1.057 del Código Civil, el contador-partidor tiene la misión de dividir el caudal relicto: «El testador podrá encomendar por acto *inter vivos* o *mortis causa* para después de su muerte, la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos. Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno menor de edad o sujeto a tutela; pero el comisario deberá, en este caso, inventariar los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios».

Este precepto, que, en apariencia, no plantea dificultades, a poco que se profundice en su significado y en su interpretación, requiere de unas matizaciones precisas.

La primera interrogante que me planteo es hasta qué punto un comisario o contador-partidor tiene facultades para llevar a cabo determinadas operaciones que, a lo largo de su mandato, pueden presentarse y, de hecho, se presentan en la práctica con mucha frecuencia.

En función de una Resolución que fue dictada el 18 de mayo del año 2002, que será examinada, me planteo el análisis de las facultades del con-

tador-partidor. ¿Hasta dónde llegan sus atribuciones? ¿Cómo ha de desenvolverse, con arreglo a la normativa legal —del Código Civil— su encargo de partir los bienes relictos?

EL CONTADOR-PARTIDOR: SUS FACULTADES Y EL ÁMBITO DE SU PODER: REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

La figura del contador-partidor, tal como la vemos expuesta en el Código Civil, constituye un cargo de Derecho Privado, que habrá de regularse en aquello que sea procedente, por las normas propias del albaceazgo y, subsidiariamente, como expresan LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (1), por las del mandato, pero cuyo cometido se resuelve en una arbitración, decidiendo, en realidad, ante intereses contrapuestos, cuestiones no litigiosas de apreciación, valoración y distribución.

Albacea y contador-partidor son dos figuras, a mi juicio, independientes, si bien ambas confluyen —o debieran confluir, al menos— en un objetivo común y prioritario: Hacer cumplir la voluntad del testador-causante.

No siempre ha sido pacífica nuestra Jurisprudencia a la hora de distinguir, con nitidez, las figuras del albacea y del contador-partidor. Una sentencia, ya muy antigua, de 24 de febrero de 1905, afirmaba, sorprendentemente, que no podía distinguirse el cargo esencial de contador-partidor a que se refiere el artículo 1.057 del Código Civil del general del albaceazgo, por ser la función de partir una función propia e inherente al mismo, mientras que no sea limitada o excluida por la voluntad del testador.

Otra sentencia, esta vez de 23 de mayo de 1958, especificaba que el cargo de contador-partidor es inherente al albaceazgo, si el testador no ha dispuesto otra cosa.

Una sentencia, de 23 de noviembre de 1974, expresaba que el cargo de contador-partidor guarda cierta analogía con el de albacea y, por tanto, que le son aplicables las disposiciones que regulan éste en cuanto resultan compatibles con la naturaleza de aquél.

Si bien las sentencias hasta ahora mencionadas no contribuyen, en gran medida, a aclarar el panorama de las diferencias existentes entre los cargos de contador-partidor y albacea, sí, en cambio, resultan reveladoras de la existencia de lagunas en la normativa jurídico-civil, por lo que se refiere al cargo de contador-partidor, a sus facultades y a su desenvolvimiento en el marco legal.

(1) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Bosch, Barcelona, 1981.

En efecto, nuestro Código Civil dedica a la figura, sin duda importante, del contador-partidor, un precepto: El artículo 1.057, que ya ha sido transcrito antes. No se disipan, de esta manera, muchas de las dudas e interrogantes que, a este respecto, pueden presentarse en la práctica forense. Son, por tanto, la doctrina y, como en tantas otras ocasiones, la Jurisprudencia, las vías indicadas para ahondar en este tema que, a todas luces, interesa a muchos estudiosos y prácticos del Derecho, generando no pocos conflictos que, quizá, podrían haberse evitado si el precepto civil no fuera tan escueto. Para colmar, por tanto, las lagunas de la disciplina jurídica propia del contador-partidor, es por lo que el Tribunal Supremo razonaba que dicha figura, en cierta medida, podía ser regulada por las disposiciones que establece el Código Civil para la figura del albacea.

Interesante es, sin embargo, la a modo de equiparación que se hace, en ocasiones, entre la figura del contador-partidor y la del mandatario, a la que he hecho alusión anteriormente. En efecto, en algunas sentencias, nuestro Tribunal Supremo presenta al contador-partidor como una suerte de mandatario del testador para realizar la partición. Así lo entendió, por ejemplo, la sentencia de 23 de junio de 1930, e incluso la de 19 de febrero de 1962.

Otras sentencias del Supremo, como las de 25 de abril de 1963 y 11 de abril de 1967, precisaron que la partición realizada por aquél equivale a la hecha por el testador, por ser, en cierto modo, su representante.

Una sentencia de 27 de mayo de 1968 precisó aún más, afirmando que reemplaza *post mortem* a la persona del causante y ostenta sus mismas facultades para partir. Otra sentencia, esta vez de 17 de abril de 1943, declaró que la partición del comisario vale como si fuera hecha por el causante.

La sentencia de 11 de abril de 1967 subrayó el paralelismo entre ambas figuras, señalando, como únicas excepciones, la minoría o la incapacidad de algún coheredero.

Por fin, las sentencias de 3 de junio de 1950 y 2 junio de 1956 estimaron que se trata de un mandato *post mortem*.

A mi juicio, estas Resoluciones citadas hasta el momento abundan en la idea de que la misión del contador-partidor es, ni más ni menos, que cumplir con la voluntad del difunto, expresada en testamento. De ahí que la figura se aproxime, con cierta claridad, a la idea del mandato, siendo el contador-partidor, según esta tesis, un a modo de representante de la voluntad del causante. Esta tesis, que, a primera vista, es impecable, choca, sin embargo, desde mi punto de vista, con un valladar importante: En muchas ocasiones, como he tenido oportunidad de comprobar a lo largo de la práctica forense, los contadores-partidores, amparándose en sus facultades —y en lo ilimitado de éstas— actúan realizando la partición sin tener en cuenta, en todo momento, la voluntad del causante-testador. Si la normativa civil dedicada a este tema fuera más explícita, quizá podrían haberse evitado muchos de los pro-

blemas que, día a día, surgen y que son consecuencia, efectivamente, de una interpretación, sesgada y acomodaticia, realizada por el contador-partidor, de los deseos del testador.

Se ha afirmado, igualmente, que la partición realizada por contador-partidor reúne los caracteres de la denominada «partición por el testador», asignación de bienes concretos que impide la comunidad hereditaria, y de la otorgada por los herederos. Considerarla, sin embargo, como una especie intermedia entre ambas sería, quizá, arriesgado. En cambio, sí podría considerársela como esencialmente distinta de las dos mencionadas, con ciertas semejanzas externas, próxima a una división arbitral de carácter *sui generis*.

Hay que matizar, no obstante, algunas cuestiones, pues el comisario no tiene la facultad de disponer, sólo la de partir los bienes hereditarios. Tampoco es un representante del testador, al no poseer las atribuciones que éste tiene, ya que sólo se le confiere la facultad de hacer la partición, sin facultad de disposición en ningún momento.

Una interesante sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba recientemente, el 15 de febrero de 2002, distinguió la figura del contador-partidor de la del Letrado, al que se encomendó por la parte la dirección del litigio, por cuanto los contadores-partidores nombrados por el testador no se ponían de acuerdo a la hora de la formación del cuaderno particional. La sentencia afirmó que «es cierto que no estamos, en el caso de autos, ante un contrato de arrendamiento de servicios, al modo de la relación que se establece entre el letrado, al que se encomienda por la parte la dirección de un litigio, y que encontraría encaje legal específico en los artículos 1.544 y concordantes del Código Civil, sino que nos encontramos más bien ante un *sui generis* arrendamiento de obra, en el que al contador-partidor se le confía el encargo de confeccionar un cuaderno particional y partir el caudal hereditario...».

Un gran número de sentencias, en nuestro país, declaran que la partición realizada por el contador-partidor equivale a la hecha por el mismo causante. Aquí, sí cabría contradecir esta tesis, por una razón evidente: En muchas ocasiones, el comisario actúa sin tener en cuenta la voluntad del testador, por lo que mal puede afirmarse que la partición así realizada sea equivalente a la hecha por el propio causante.

En cualquier caso, al margen de las objeciones que estoy poniendo de relieve, parece evidente que los Tribunales han de respetar la partición hecha por el comisario, pero siempre que las legítimas queden incólumes.

Todo contador-partidor ha de realizar la partición respetando la última voluntad del causante. No obstante, existe, en esta materia, una cierta confusión. De un lado, hay que estimar que el comisario dispone de libertad de apreciación. En este supuesto, es claro que existirá un margen de error apreciable, permitido, en cualquier caso, pero con una limitación, como no podía

ser menos: No perjudicar en más de un cuarto de su cuota a alguno de los coherederos.

Asimismo, el comisario es libre de asignar los bienes a su prudente arbitrio, siempre y cuando no se demuestre que su criterio distributivo es disparatado o evidentemente parcial. Pensemos en el supuesto de que el comisario quiera beneficiar o perjudicar a cualquiera de los coherederos y, ante el encargo del testador, vea la ocasión propicia para hacerlo.

Si bien las facultades del contador-partidor son amplias —yo diría que son incluso demasiado amplias—, se presume su buena fe, salvo que se demuestre lo contrario. Es, por tanto, una presunción que tiene carácter de *iuris tantum*.

Una cuestión debatida y, sin duda, de gran polémica, la constituye la posibilidad de que el comisario pueda interpretar el testamento del causante. Para cierto sector de nuestra doctrina patria (2), dentro de los límites de su actuación —habría que ponderar, a mi juicio, cuáles son esos límites ante el silencio de la parca normativa al respecto—, esta facultad de interpretación va implícita en el mismo encargo de partir los bienes entre los herederos, en conformidad con las disposiciones testamentarias. Su misión, según este eminente jurista, no puede quedar en suspenso por las dudas que puedan surgir respecto de la voluntad del causante, pues incluso la expresada con absoluta normalidad puede admitir varias interpretaciones.

Una sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 27 de febrero de 1997, es bastante expresiva a este respecto y, por ello, merece ser transcrita literalmente: «Promovida por don J. F. A. D. ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Valencia, demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra doña María Rosa A. T. y otros sobre rescisión de la partición de los bienes relictos de doña Rosa T. B. (...) recayó sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia en la que, revocando la dictada por el referido Juzgado (...) se desestimaba la demanda, sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de Ley y en la que se asientan las siguientes conclusiones: A) Que no es enteramente claro que el contador-partidor haya desacatado la voluntad de su ordenante. En razón a la escasa regulación legal de la figura del contador-partidor, viene la doctrina científica entendiendo que son aplicables a su actuación las normas del albaceazgo (porque, a la postre, el contador no es más que una suerte de ejecutor testamentario, que es precisamente lo que, en su etimología, al waci, significa el término albacea, siquiera con facultades limitadas a la partición —inventario, avalúo, liquidación, reparto, pago de deudas— o bien las del mandato (arts. 892 a 911 y 1.709 a 1.739 del Código Civil, respectivamente), y se

(2) PUIG BRUTAU, citado por LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA en *Elementos de Derecho Civil*, Tomo V: *Derecho de Sucesiones*, citado en nota 1.

suele destacar que una de las principales obligaciones del mandatario —según el art. 1.719 del Código Civil—, es la de arreglarse, en la ejecución del mandato, a las instrucciones del mandante, y aquí las instrucciones de la causante, plasmadas en su último y definitivo testamento, consisten en rogar a los contadores que designaban que, entre otras cosas, pagasen su legítima estricta a don José Francisco exclusivamente en fincas rústicas; sin embargo, es igualmente cierto que se le otorgaban las más amplias facultades, incluida la de interpretar el propio testamento, y se suscita así el problema de si entre aquéllas figuraba también la de calibrar el alcance de los términos de que el disponente se sirvió para regular los detalles de la distribución del haber relicto. Se ha observado que, si bien el artículo 1.061 del Código dispone que en la partición de herencia se ha de guardar la posible igualdad haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie, norma que chocaría con lo aquí mandado por doña Rosa T. Diciendo que a su hijo José Francisco se le pagase su legítima estricta exclusivamente con fincas rústicas (...), el propio testador no está vinculado por tal precepto y la libertad de que, por ello, goza él para efectuar la distribución de sus bienes, no encuentra cortapisa legal para que pueda ser transferida al contador-partidor que, en fin de cuentas, no es más que un delegado suyo al que se encomienda la concreta misión de partir. La legitimidad, pues, del mandato de que se procediese en esa forma —atribuyendo sólo fincas rústicas— queda fuera de toda duda, pero la que subsiste, en cambio, es la de si utilizando ese término de rogar, ha querido la testadora ordenar o disponer algo con carácter imperativo dando forma a su voluntad mediante el uso de un vocablo que la cortesía obliga a preferir al de mandar u ordenar, o si, realmente, lo que ha deseado hacer en esta ocasión ha sido aconsejar o expresar sus preferencias en un determinado sentido, pero sin limitar la actuación del partidor para apartarse de ellas. Rogar es también la palabra que en ese testamento se usa para solicitar de los herederos (forzosos) e instituidos permitan al sobreviviente consorte de la testadora el usufructo universal viudal de los bienes de su herencia (...), pero en esta ocasión se revela claramente el carácter de orden que a la advertencia ha querido imprimirse (con independencia del vocablo utilizado para darle forma) por cuanto, a renglón seguido del ruego, figura la sanción con que se penalizará a quienes contravengan ese deseo de la testadora (...)» (Fundamento de Derecho Primero).

«El motivo segundo (...) sostiene que dada la nulidad que cabe predicar de la partición hecha por el contador-partidor, por no haber respetado la voluntad del testador, ha de atribuirse legitimación al demandante para postular su rescisión, motivo cuya desestimación viene arrastrada por la no estimación del motivo primero, pues si se entiende que la aludida partición respetó la indicada voluntad, interpretada del modo en que lo hace la Sala de las disposi-

ciones testamentarias, es necesario concluir que no puede apoyarse la legitimación activa en una nulidad radical que no se acepta por la resolución recurrida ni se estima por esta Sala de Casación» (Fundamento de Derecho Tercero).

Esta sentencia es expresiva en cuanto a la problemática de la interpretación del testamento hecha por contador-partidor. Al no prever nada el Código Civil a este respecto, hay que concluir en la idea de que la interpretación del contador-partidor no es vinculante. Pero serán los perjudicados —o que se crean perjudicados— los que puedan discutir el asunto ante los Tribunales, decidiendo éstos, en consecuencia, cuál es la interpretación correcta del testamento. En todo caso, la interpretación efectuada por el contador-partidor no prejuzga la cuestión, ni tiene en su favor una presunción *iuris tantum* de certeza. No obstante esta afirmación, la Jurisprudencia ha establecido la concesión de la facultad de interpretar el testamento al comisario, lo que implica que la decisión por él efectuada haya de ser aceptada por el Registro de la Propiedad, mientras no sea impugnada y aceptada su impugnación ante los Tribunales por los interesados, según las sentencias de 12 de diciembre de 1906, 12 de diciembre de 1912, 29 de abril de 1913, 23 de julio de 1925 y 12 de diciembre de 1927, entre otras muchas.

En nuestro país, dada la situación existente, con el vacío en sede normativa, tal como ya ha quedado apuntado anteriormente, hay que entender que las facultades del contador-partidor son muy amplias. La sentencia de 16 de marzo de 1996, dictada por el Supremo, afirmaba que «las operaciones particionales realizadas por el contador-partidor equivalen a las practicadas por los propios testadores, por lo que, según la sentencia de 18 de febrero de 1987, «al haberse hecho por contadores-partidores nombrados por él, tal partición equivale a la hecha por el testador y debe ser respetada —sentencia de 26 de abril de 1963—, no precisando el consentimiento de los interesados al no tener carácter contractual —sentencia de 17 de junio de 1963— a diferencia de la hecha por los coherederos»; por otra parte, dice la sentencia de 25 de abril de 1994, que «las facultades de todo contador-partidor, por muy amplias que sean, quedan agotadas una vez que ha realizado las operaciones particionales y las mismas han sido aceptadas por los herederos interesados, sin que posteriormente pueda modificar la partición, por su exclusiva y unilateral decisión sin contar con el consentimiento unánime de dichos herederos, que habían aceptado plenamente la inicialmente pactada.

Por ello, no teniendo la partición del contador-partidor carácter contractual y careciendo de facultades para modificar, por sí y ante sí, la partición practicada, no cabe aplicar al caso las normas relativas al error en los contratos que, además, serían causa de anulabilidad de la partición, no de rescisión, que es lo que en la demanda se pide. Decae así este tercer motivo».

Es evidente, por tanto, tal como ha quedado reseñado, que la partición realizada por contador-partidor es válida mientras no se impugne judicial-

mente y que sólo los Tribunales de Justicia son competentes para declarar la disconformidad del proceder de los contadores con lo querido por el testador.

En este sentido, una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 24 de marzo de 2001, es muy reveladora a este respecto. Los hechos se reconducen a lo siguiente: «En testamento otorgado el 27 de junio de 1989, ante doña Ana F. T. G., Notaria de Mora, don Manuel Q. Ch. nombró dos albaceas contadores-partidores de sus bienes, los cuales, fallecido el testador, el 23 de noviembre de 1995, aceptaron por acta de 3 de abril de 1996, el cargo y practicaron las operaciones particionales de la herencia, que fueron elevadas a escritura pública con fecha 4 de marzo de 1998, ante el Notario de Consuegra, don Alberto J. M. C. En el Fundamento de Derecho Primero se expresan las disposiciones testamentarias y las operaciones particionales que interesan en este recurso.

»Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Orgaz, fue calificada con la siguiente nota: “Se suspende la inscripción del precedente documento por no comparecer los legitimarios, ni prestar su consentimiento en la presente partición. NO se ha tomado anotación preventiva por no haberse solicitado, Orgaz a 9 de junio de 1998. El Registrador. Firma ilegible”».

«El Procurador de los Tribunales, don Manuel C. P., en representación de doña Felicidad R. V., interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: 1.º Que el artículo 434 del Reglamento Hipotecario hace referencia a la obligación de consignar en la nota de calificación la causa o motivo que ha dado lugar a la suspensión o denegación de la inscripción del título. Que, desconociéndose por falta de mención, el artículo o doctrina vulnerada, se produce una incertidumbre que conduce a la indefensión. 2.º Que el título de que se trata es un cuaderno particional debidamente protocolizado, elaborado por dos albaceas contadores-partidores solidarios, nombrados por el causante en su última disposición testamentaria, para la confección de las operaciones de partición de los bienes dejados a su muerte, contando para ello con las más amplias facultades admitidas en derecho para realizarlas, las cuales se llevan a efecto dentro de plazo. Que la doctrina, tanto legal como científica, de una forma uniforme sostiene que las operaciones particionales llevadas a cabo por el contador-partidor no necesitan del concurso de los herederos. En este sentido, entre otras, las Resoluciones de 12 de diciembre de 1927 y 3 de agosto de 1944, y las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1943 y 27 de mayo de 1968. Que el artículo 1.057 del Código Civil contempla la figura del contador-partidor, pero nada menciona de la necesidad del concurso de voluntades de éste y los legitimarios del causante para que sea válida la partición realizada. Que dicho precepto hay que ponerlo en relación con el artículo 1.056 del mismo cuerpo legal y la jurisprudencia y resoluciones que dicen que la partición realizada por el

contador-partidor equivale a la hecha por el propio testador y, por tanto, presupuesto el encargo realizado por el causante aquella partición se basa sólo en la voluntad unilateral de aquél, sin necesidad del consentimiento o aceptación. Así, el contador está en su derecho de partir él sólo, prescindiendo de los herederos, de modo que éstos no pueden imponerle su intervención. Que el título rechazado es susceptible de inscripción directa en el Registro de la Propiedad sin necesidad de actos complementarios, y ni siquiera es necesario para el acceso del título en el Registro de la Propiedad la aceptación de la herencia por los herederos. Que en este punto se citan las Resoluciones de 5 de octubre de 1880, 19 de junio de 1929 y 3 de agosto de 1944. Que la nota del señor Registrador deja vacío de todo contenido a la figura del contador-partidor testamentario contemplado en el artículo 1.057 del Código Civil. Que su nombramiento se entiende hecho por el testador en beneficio de todos los herederos para eliminar toda posible contienda litigiosa entre ellos en la partición» (Fundamento de Derecho Tercero).

«El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota, informó: 1.º Que la nota de calificación recurrida cumple perfectamente con el artículo 434 del Reglamento Hipotecario. Que no hay precepto legal, sentencia o resolución que exija a la nota de calificación citar un precepto legal concreto o antecedentes jurisprudenciales. Que en este punto hay que tener en cuenta lo que dicen los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 454 del Reglamento Hipotecario y la Resolución de 25 de febrero de 1953. Que la nota recurrida cumple todas las exigencias legales y jurisprudenciales al señalar el defecto observado. 2.º Que es principio fundamental de nuestro derecho que el testamento es la Ley de la sucesión. Que el contador-partidor nombrado en el testamento por el causante debe proceder a realizar lo acordado por él y en la forma en que lo estableció, siempre que sea posible y dejando a salvo las legítimas. Que debe realizar todas las operaciones necesarias que conduzcan primero a la partición y luego a la adjudicación de los bienes hereditarios, respetando siempre la voluntad del testador manifestada en su testamento. En este caso concreto, dos de las fincas que se asignan a los hijos, según el testador, estaban tituladas fiduciariamente a nombre de su hija, pero que eran de su propiedad, no obstante se encuentran inscritas a nombre de su hija. Esta cuestión la dan por buena los contadores partidores sin tener en cuenta la opinión del titular registral, que es una de las herederas legítimas y no sólo no la consideran, sino que actúan contra su expresa voluntad, que tuvo ocasión de dar a conocer en el requerimiento que les hizo la Notaria de Mora, el 30 de abril de 1996. Que se acompaña con los títulos objeto de calificación. Que, por tanto, se plantea una cuestión litigiosa que corresponde resolver a los Tribunales, pues sin su consentimiento será imposible inscribir en el Registro esas fincas a favor de otros titulares. Que es objeto de calificación la forma en que los contadores-partidores, excediéndose de su función, no

cumplieron la voluntad del testador, sin contar con el consentimiento de los legitimarios herederos, cuya participación lo hubiese subsanado. Que aun después de otorgar testamento, el testador contrajo matrimonio con la legataria, pero no modificó aquél, y a las disposiciones testamentarias, en las que le concede el usufructo de una determinada vivienda, debe añadirse su cuota legitimaria como viuda, que al concurrir con descendientes se reduce al usufructo del tercio de mejora. Que con las operaciones que se exponen en el Fundamento de Derecho Primero, en las que no se adjudica la quinta parte de todos los bienes a la esposa, los contadores-partidores modificaron la voluntad del testador expresada en su testamento y por tanto se excedieron en su función y, por ello, para que sea válida, es necesario el concurso de los herederos y el Registrador en el ejercicio de su facultad calificadora, recogida en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria suspendió la inscripción de la partición, por no concurrir el consentimiento de los legitimarios (...)» (Fundamento de Derecho Cuarto).

El Fundamento de Derecho Quinto declara, de forma rotunda, que los contadores-partidores se habían extralimitado a la hora de hacer la partición, así como en la entrega de legados, pues no estaban facultados para ello.

Sobre este importante punto hay que resaltar que, en muchas ocasiones, tal como he tenido oportunidad de comprobar a lo largo de la práctica en el ámbito notarial, en los testamentos aparece incorporada, de manera generalizada, una cláusula en la que se otorga a los contadores-partidores nombrados testamentariamente la facultad de la entrega de legados, e incluso se especifica que son nombrados por el testador «gozando de las más amplias facultades».

Esta práctica, a mi juicio, es contraproducente, pues conduce a que los contadores-partidores gocen de unas facultades o, por mejor decir, unos poderes ilimitados, actuando sin contar con el concurso, que siempre y en todo caso debería ser requisito imprescindible de los herederos.

El Fundamento de Derecho Sexto declaró que «el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha consideró convalidado el defecto de la falta de motivación de la nota del Registrador por el traslado que se dio a la parte recurrente en las actuaciones, y habiendo aceptado ésta la imposibilidad de inscripción de los bienes de propiedad fiduciaria, por la falta de intervención en la partición del titular registral, la cuestión controvertida se reduce a determinar si, a los efectos de acceso del título al Registro de la Propiedad, los contadores-partidores testamentarios necesitan el consentimiento de los herederos para realizar el encargo recibido del causante y en cuanto a ello revocó la nota del Registrador, fundándose en que en nuestra legislación vigente no se establece la necesidad del concurso de voluntades del contador-partidor y los herederos del causante para que la partición realizada por aquél sea válida. Que, conforme a lo establecido por el artículo 1.057 del Código Civil, la partición del contador es semejante a la realizada por el

propio testador, según la jurisprudencia, debiendo ser respetada mientras las legítimas queden incólumes. Que a pesar de que el Registrador entienda que el cuaderno particional no menoscaba las cuotas legitimarias, considera que los contadores se exceden en sus funciones y hay que señalar que los Tribunales de Justicia son los competentes para declarar la disconformidad del proceder de los contadores con lo querido por el testador (...)» (Fundamento de Derecho Sexto).

«(...) Que en cuanto a la afirmación que hace al auto respecto a que el recurso se reduce a determinar si los contadores partidores testamentarios necesitan el consentimiento para poder realizar el encargo recibido del causante, hay que remitirse a la nota recurrida. Que en cuanto a la afirmación que se atribuye al Registrador de que el cuaderno particional no menoscaba las cuotas legitimarias, se decía en el informe que la necesidad de concurrir los legitimarios se debía a que los contadores-partidores se habían excedido en sus facultades desvirtuando las disposiciones testamentarias. En este punto hay que considerar lo que dice la Resolución de 14 de septiembre de 1964. Que la mayoría de la doctrina mantiene la necesidad de la intervención de los legitimarios que ha confirmado la Resolución de 19 de julio de 1962, fundándose en el principio de intangibilidad de las legítimas. Que, además, en el caso que se estudia, el causante no concedió a los albaceas contadores-partidores facultades especiales para entregar los bienes hereditarios por sí solos. 3. Que la afirmación del auto de que el Registrador no puede entrar en la calificación de los actos realizados por los contadores, atribuyendo esa facultad a los Tribunales de Justicia con exclusividad, choca con el texto del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y con la Resolución de 22 de enero de 1927. Que conforme al artículo 14 de la Ley Hipotecaria, el título de la sucesión hereditaria a los efectos del Registro es el testamento; por lo tanto, la calificación registral debe recaer necesariamente en el examen del testamento y en la escritura de partición (...)».

Esta Resolución es, sin duda, reveladora de hasta qué punto, en nuestro país, las facultades del contador-partidor son muy amplias. Hay, efectivamente, una presunción *iuris tantum* de validez de la partición realizada por el comisario (o comisarios). Mientras la partición no se impugna judicialmente, se presume que el comisario ha actuado, al realizar la partición, en armonía con lo querido por el testador, es decir, cumpliendo su última voluntad. Sólo los Tribunales de Justicia son competentes para declarar la disconformidad del proceder de los contadores-partidores con lo querido por el testador. Por lo tanto, la interpretación que éstos hagan del testamento, en un principio, se presume válida, salvo prueba en contrario. De ahí que los herederos hayan de pasar por la partición, salvo en un supuesto: Cuando ésta perjudique la legítima de los herederos forzosos y altere los derechos que se derivan del testamento.

La presunción de validez de la partición efectuada por comisario —presunción *iuris tantum*, como ha quedado expuesto— comporta que, en caso de desacuerdo, sean los herederos los que deben impugnarla, demostrando que han sido perjudicados. ¿Qué sucede respecto al viudo o viuda del causante?

Veamos, a este respecto, una interesante sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de octubre de 1993: «Doña Cira Delia G. R. y sus hijos don Guillermo, don Agustín, don Antonio Andrés, don Esteban, doña Ana María y doña María de las Mercedes Q. G. (habidos de su matrimonio con don Eugenio Q. R.), promovieron juicio declarativo de nulidad o rescisión de partición de bienes hereditarios y otros extremos, contra doña María Eugenia y doña Josefa Delia Q. R. (hijos del primer matrimonio que el referido don Eugenio contrajo con doña Irene R. V.) y contra don Francisco A. R., pretendiéndose, en primer lugar, la declaración de nulidad del negocio jurídico contenido en el cuaderno particional de los bienes quedados al fallecimiento de don Eugenio Q. R. y hecho por el contador-partidor testamentario don Francisco A. R., de fecha 3 de enero de 1983 y protocolizado en 21 del mismo mes y año, y ello con todas sus consecuencias, como: devolución de los frutos percibidos y recibidos por las dos demandadas a virtud de la partición, reintegro a los actores de los gastos satisfechos a consecuencia del otorgamiento y protocolización del cuaderno particional, y nulidad y cancelación de las inscripciones hechas en los Registros de la Propiedad a consecuencia de las adjudicaciones de inmuebles hechas, o en el Registro Mercantil, y, con carácter subsidario, la declaración de nulidad de la cláusula final tercera del mencionado cuaderno, con la consecuente declaración respecto a que la viuda del causante, como titular de un derecho de usufructo universal y vitalicio durante el período de indivisión, no tiene que rendir ni liquidar cuentas, y con declaración, asimismo, de la pérdida por doña María Eugenia Q. R., por haber reclamado su participación en la herencia paterna, de cuanto le correspondería en los tercios de libre disposición y mejora, con adjudicación sólo de su participación en el tercio de legítima estricta y, en defecto de las declaraciones de nulidad solicitadas, se pretendía la rescisión de la partición por los graves daños irrogados a los actores a fijar su cuantía en ejecución de sentencia, y la devolución por las demandadas de cualesquiera cantidades percibidas indebidamente, con fijación de su cuantía en la fase de ejecución. Las pretensiones así ejercitadas fueron desestimadas por el Juzgado de Primera Instancia, número 4, de Las Palmas de Gran Canaria, en sentencia de 6 de junio de 1990, en la que se declaró la plena validez y eficacia de la liquidación de la sociedad de gananciales y particiones hereditarias del causante don Eugenio Q. R., contenidas en la escritura pública de fecha 21 de enero de 1983, y se condenó a la parte actora al cumplimiento de sus cláusulas, con la consecuente absolución de los demandados de los pedimentos contenidos en la demanda, pero dicha sentencia fue revocada por la dictada en 30 de junio

de 1992, por la Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Las Palmas, en el sentido de declarar la nulidad del negocio jurídico contenido en el cuaderno particional de los bienes quedados al fallecimiento de don Eugenio Q. R., hecho por el contador-partidor testamentario don Francisco A. R., el 3 de enero de 1983 y protocolizado el 21 del mismo mes y año, cuya escritura de protocolización también se declara nula, y, asimismo, se acordó: dejar sin efecto lo ejecutado en virtud de la partición, la restitución de cuantos frutos se hubieren percibido y la cancelación en el Registro de la Propiedad de todas las inscripciones efectuadas, y, por último, se desestimó la demanda en cuanto a la declaración de perder doña María Eugenia Q. R. lo que le corresponda en los tercios de libre disposición y mejora en la herencia paterna, como consecuencia de la reclamación de su participación en ella. Y es esta segunda resolución la recurrida en casación por doña María Eugenia Q. R. (...)».

El Fundamento de Derecho Segundo de esta sentencia señaló que, efectivamente, la liquidación de la sociedad de gananciales es un requisito previo a la partición de la herencia, pero, para realizar la misma, el contador-partidor no precisa del consentimiento expreso del cónyuge supérstite.

En el supuesto examinado, hay que resaltar que el contador-partidor no practicó por sí solo la liquidación de la sociedad de gananciales, ya que se basó, precisamente, en la relación de bienes gananciales y privativos que la viuda presentó tanto en la Delegación de Hacienda como, más tarde, en la diligencia de inventario practicada en el juicio voluntario de testamentaría, en el que se personaron todos los recurridos, no siendo impugnada dicha diligencia por ninguna de las partes personadas. Al presentar esa relación de bienes en el juicio voluntario de testamentaría, se entiende que la viuda otorga un a modo de «consentimiento tácito», para que el contador-partidor lleve a cabo la partición de la herencia. Asimismo, la viuda había liquidado el Impuesto de Sucesiones en Hacienda y, para ello, había presentado la citada relación de bienes.

La tesis del «consentimiento tácito» es confirmada en muchas sentencias del Tribunal Supremo. Citemos las de fecha más reciente: 26 de mayo de 1986 y 19 de diciembre de 1990.

En el cuaderno particional, según declaró el Supremo, se había respetado cada uno de los bienes que la viuda había incluido, así como la valoración de los mismos, por lo que era evidente, en este supuesto, que la parte recurrida no podía ir en contra de sus propios actos.

Reconoce el Supremo, asimismo, que la partición realizada por contador-partidor es válida, siempre que se efectúe de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1.057 del Código Civil —este precepto, que ya ha quedado examinado anteriormente, es parco, y de él no puede extraerse una norma de interpretación—, constituyendo la partición, en consecuencia, un acto válido que obliga

a los herederos a pasar por ella, salvo cuando perjudique la legítima de los herederos forzosos y/o altere los derechos derivados del testamento.

El Fundamento de Derecho Cuarto de la referida sentencia estimó que «si bien es cierto que una vez disuelta la sociedad de gananciales se procederá a su liquidación, que se comenzará por un inventario del activo y pasivo de la misma, artículo 1.396 del Código Civil, y que la liquidación es un proceso complejo hasta conseguir que los bienes que constituyen la liquidación se integran en otros patrimonios diferentes, lo que supone, en principio, la intervención del cónyuge supérstite, no lo es menos que en el caso concreto de autos, el contador-partidor don Francisco A. R. efectuó las operaciones particionales con base en el inventario de bienes confeccionado por la viuda respecto a los que quedaron al fallecer el causante y presentado a Hacienda, primero, y, después, en el juicio de testamentaría, al igual que es cierto que con arreglo a dicho inventario el contador practicó la liquidación de la extinta sociedad de gananciales, y dividió el haber resultante del modo expresado en el artículo 1.404 del Código Civil y a tenor de las cláusulas testamentarias. Todo ello permite entender que la referida liquidación no cabe calificarla cual un negocio jurídico unilateral en sentido estricto al estar fundamentado en su totalidad en la relación de bienes que la viuda realizó y presentó, lo que significa que, por medio de tales actos, contribuyó y cooperó indirectamente, de modo decisivo, en la operación liquidatoria de la sociedad de gananciales. No obsta a lo expuesto la circunstancia de que la presentación inicial de la mentada relación tuviera una finalidad puramente fiscal, pues fue seguida de la tenida lugar en el juicio de testamentaría, y, desde luego, no es óbice, tampoco, para que la repetida relación de bienes deba ser estimada como inequívoca declaración o manifestación de voluntad de la viuda acerca del haber patrimonial a tener en cuenta en las futuras operaciones particionales, entre ellas, las de liquidación de la sociedad de gananciales».

Las consideraciones efectuadas en el Fundamento de Derecho anterior llevaron al Supremo a estimar que existió una implícita intervención de la viuda en la liquidación de la sociedad de gananciales llevada a cabo por el contador-partidor, el cual había sido nombrado por el testador, «(...) la dicción del artículo 1.057 del Código Civil autoriza a equiparar la partición hecha por aquél a la realizada por el testador, y esto así, procede concluir que la partición cuestionada no perdió su validez y eficacia por la falta de intervención directa y explícita de doña Cira Delia G. R. en la liquidación de la sociedad de gananciales, lo que conduce, por tanto, a estimar que el Tribunal *a quo* vino a infringir la doctrina jurisprudencial citada en el motivo del recurso acerca del consentimiento tácito y de los actos propios, y a casar, consecuentemente, la sentencia recurrida».

Es evidente, a través de la Jurisprudencia examinada, así como de la práctica, que el contador-partidor puede liquidar la comunidad conyugal con

el concurso del cónyuge superviviente y sin la concurrencia de los herederos. Según exponían VALVERDE y CASTÁN (3), la liquidación de los gananciales deben hacerla el cónyuge viudo y los herederos del premuerto actuando por unanimidad, pudiendo, a lo más, dar intervención al comisario en representación del causante, si bien hay que tener en cuenta que el encargo del testador sólo alcanza a partir la herencia y no la comunidad conyugal.

Sin embargo, tal como exponen LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (4), los inconvenientes prácticos de esta regulación son graves y, como en último término, es de suponer que el causante debería igualmente encargar al comisario esta gestión previa, la mayor parte de la doctrina aprueba la Jurisprudencia, aunque para ello haya de dar de lado a dos fuertes objeciones: 1.^a Que no cabe presumir en el causante, a partir del encargo de dividir entre sus herederos, la colación de una facultad distinta y de disposición, cual es la determinación, frente a otra persona, de la masa partible; y 2.^a Que, con arreglo al artículo 1.057, el causante no podría conferir al comisario una posibilidad de actuar que exceda de la mera facultad de hacer la partición.

Hay que resaltar que, en nuestro Ordenamiento Jurídico existe un espíritu favorable a la conservación de la partición realizada por comisario. En este sentido, es interesante la lectura de algunas de las sentencias que se han referido, más o menos directamente, a este tema. Así, una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, el 15 de octubre de 1991: «(...) el valor de un cuaderno particional hecho por contador-partidor único, que actúa con libertad en su apreciación de los bienes y puede asignarlos a su prudente arbitrio mientras no se demuestre que lo hace parcialmente, tiene, *prima facie*, a su favor una presunción *iuris tantum* de acierto, porque ha observado lo que interesa en toda partición, la debida proporcionalidad entre los partícipes (sentencias de 24 de noviembre de 1960 y 25 de febrero de 1969), destacándose que el espíritu del legislador es conservar en lo posible la partición hecha, validez que se mantiene en el presente litigio, puesto que no se ha probado por el actor que el contador-partidor único haya obrado en ignorancia de este criterio de proporcionalidad e igualdad al redactar el cuaderno particional impugnado que el Juez *a quo* califica de exacto, imparcial, detallado y cumplido».

Como puede observarse, las facultades del contador-partidor, a la vista de lo examinado, son tan numerosas, tan sumamente amplias que, en realidad, la presunción *iuris tantum* de validez de la partición por él efectuada conduce a que, en caso de no ajustarse a las disposiciones testamentarias, sean los herederos lo que deban impugnar aquélla, probando, fehacientemente, que han sido perjudicados en sus derechos sucesorios.

(3) CASTÁN, JOSÉ, *Derecho Civil español: Derecho de Sucesiones*, 1980.

(4) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones*, citado.

Hay, no obstante, una cuestión importante que me parece oportuno, a modo de conclusión, reseñar: No está el contador-partidor facultado o, en otras palabras, no tiene atribuciones para transformar en adjudicaciones en pleno dominio las adjudicaciones en usufructo y nuda propiedad ordenadas por el testador. Así lo declaró una Resolución de la Dirección General de los Registros de la Propiedad de Madrid, de 18 de mayo de 2002. En consecuencia, se denegó la inscripción porque la partición realizada no se ajustaba a lo dispuesto en el testamento, según el cual el usufructo universal debía adjudicarse a la viuda y la nuda propiedad a los dos hijos.

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA
Doctora en Derecho
Abogada

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL BOE

POR JUAN JOSÉ JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

POR JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO

Resolución de 25-11-2003

(BOE 13-1-2004)

Registro de la Propiedad de Puerto del Arrecife

OBRA NUEVA. GARANTÍAS EXIGIDAS POR LA LEY 38/1999, DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN.

Es inscribible una escritura de declaración de obra nueva terminada de una vivienda unifamiliar, en la que no se acreditan las garantías exigidas por la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, por ser la solicitud de licencia anterior a la entrada en vigor de dicha Ley y, además, dado el principio de «retroactividad tácita», porque la Ley 53/2002, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, modificó la Disposición Adicional 2.^a de dicha Ley de Ordenación de la Edificación respecto de tal exigencia en relación con las viviendas unifamiliares.

Resolución de 26-11-2003

(BOE 10-1-2004)

Registro de la Propiedad de Purchena

COMPRAVENTA. POR CONSEJERO-DELEGADO DE UNA SOCIEDAD LIMITADA CARECIENDO DE FACULTADES.

No es inscribible una escritura de compraventa en la que una sociedad compra representada por su Consejero-Delegado y a la que se incorpora una certificación relativa a un acuerdo de su Junta Universal por el que se le faculta expresamente a aquél para la adquisición de la finca en cuestión, y ello porque dicho Consejero-Delegado carece de facultades para el acto en que interviene, por pertenecer dichas facultades al Consejo de Administración, y no a la Junta General, de la sociedad adquirente.

Resolución de 27-11-2003

(BOE de 13-1-2004)

Registro de la Propiedad de Alicante número 3

HERENCIA. EXTRANJEROS. INNECESARIEDAD DE ACREDITAR EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DEL CAUSANTE EXTRANJERO CUANDO COMPARECEN EN LA ESCRITURA TODOS LOS INTERESADOS EN LA SUCESIÓN.

Es inscribible una escritura de liquidación de gananciales y herencia otorgada por la viuda e hija, como únicos interesados en la sucesión del causante que había adquirido la finca con arreglo a la legislación de su país, pues siendo sus dos únicas herederas mayores de edad y teniendo plena capacidad, engloban todos los intereses concurrentes para la realización de los negocios efectuados en la escritura.

Resolución de 28-11-2003

(BOE 13-1-2004)

Registro de la Propiedad de Murcia, número 6

HERENCIA. PROHIBICIÓN DE DISPONER IMPUESTA EN TESTAMENTO. INMATRICULACIÓN.

En la inscripción de inmatriculación de una finca consta que el transmitente adquirió la finca por legado de una tía, resultando de la escritura de partición que todos los bienes legados al mismo quedaron afectos a la prohibición de que ni el legatario ni sus hijos pudieran venderlos.

Fallecido dicho legatario, se adjudica la finca, por mitades indivisas, a los dos hijos del mismo, a favor de los cuales se practica la inscripción «con la prohibición expresada».

Por la inscripción siguiente, y por fallecimiento de uno de los hijos de aquel legatario, se inscribe su mitad indivisa, por partes iguales, a favor de sus cuatro hijos y con sujeción a la prohibición anteriormente expresada.

Luego se inscribe la donación que la otra hija del legatario, soltera y sin hijos, hace a sus sobrinos —los mismos cuatro hijos de su hermano, que era el otro hijo de expresado legatario— de su mitad indivisa.

Se presenta en el Registro escritura de compraventa por la que los cuatro señores titulares de la finca venden la misma. El Registrador inscribe la venta en cuanto a la mitad indivisa procedente del hijo de aquel legatario, denegando la inscripción de la venta de la otra mitad por entender el Registrador que persiste la prohibición de vender mientras viva la otra hija de tan referido legatario.

Resuelve la Dirección General que las prohibiciones de disponer son de interpretación restrictiva, debiendo interpretarse la voluntad de la testadora que estableció la prohibición en el sentido de que la finca permaneciera dentro de su familia durante dos generaciones —máximo de duración de la prohibición establecido en el art. 785.2.º del Código Civil—. Y habida cuenta de que la hija del legatario —hija que se encuentra dentro de la segunda generación—, no puede vender, no podrá obviarse dicha prohibición a través de un mecanismo consistente en una donación intermedia realizada sólo tres meses antes de la venta.

Resolución de 29-11-2003

(BOE 13-1-2004)

Registro de la Propiedad de Jerez de los Caballeros

DONACIÓN. DE NUDA PROPIEDAD, CONSTANDO INSCRITO SÓLO EL USUFRUCTO.

Inscrita una finca a favor de una persona, en una cuarta parte en pleno dominio, con carácter ganancial, y las otras tres cuartas partes —que fueron adquiridas por legado—, en usufructo, con la indicación de que «al fallecimiento del usufructuario, la finca pasaría en pleno dominio a sus descendientes legítimos, y si falleciese sin descendientes, dicha finca acrecería, en pleno dominio a la herencia del testador», y presentada una escritura otorgada por el titular registral, su esposa y todos sus hijos, en la que el mismo divide el inmueble y dona dos de las resultantes de la división a dos de sus hijos, en nuda propiedad, «consolidable con el usufructo vitalicio, conjunto y sucesivo que expresamente se reservan los donantes», acompañándose acta de notoriedad, de la que resulta el fallecimiento del titular registral que donó, y que los herederos fideicomisarios son los mismos que en su día otorgaron la escritura de donación que ahora se pretende inscribir, entiende la Dirección General que el donante es únicamente titular registral del usufructo pero no del pleno dominio como fiduciario, pues cuando hizo tal donación no tenía facultades para donar la nuda propiedad; ello sin perjuicio de que por la doctrina del *favor negotii* pueda mantenerse la validez de otros actos de naturaleza particional contenidos en la escritura, pero, en este caso, el título de adquisición de los hijos sería válido, no ya como donatarios, sino como fideicomisarios o nudo propietarios.

Resolución de 2-12-2003

(BOE 13-1-2004)

Registro de la Propiedad de Herrera del Duque

HERENCIA. GANANCIALES. SU LIQUIDACIÓN POR CONTADOR PARTIDOR.

Siendo necesario para determinar el haber hereditario, liquidar previamente la sociedad de gananciales, el contador-partidor designado por el testador carece de facultades, por sí solo, para realizar tal liquidación, sin consentimiento del cónyuge superstite, máxime como ocurre en el presente caso, en el que hay que incluir en el inventario créditos que ostentaba el causante frente a la comunidad hereditaria y en la que se precisa determinar el valor del caudal para la determinación de la legítima de la madre del causante y la validez de los legados.

Nota.—No se entiende por qué la Dirección General no entra en el fondo de los otros defectos, por el simple hecho de haber confirmado el defecto antes analizado. ¿Y si se subsana el mismo? ¿Otro nuevo recurso habrá que interponer?

Resolución de 3-12-2003

(BOE 13-01-2004)

Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina, número 1

COMPRAVENTA. CONFLICTO DE INTERESES. DEFENSOR JUDICIAL.

Vendida una finca, que consta inscrita a favor de una viuda y de sus hijos; uno de ellos declarado incapaz, por todos los expresados titulares, interviniendo la viuda en su propio nombre y en representación del incapaz, acompañando autorización judicial facultando para la venta, entiende la Dirección General que es inscribible dicha escritura de venta, pues la única contraposición de intereses que podría plantearse está en la apreciación de la conveniencia de vender, pero tal conveniencia queda obviada porque el Juez ha dado la autorización para la venta, en cuya solicitud para tal autorización se había expresado el proindiviso existente sobre la finca.

Resolución de 4-12-2003

(BOE 7-2-2004)

Registro de la Propiedad de Portugalete

ANOTACIÓN PREVENTIVA. DE EMBARGO. AMPLIACIÓN DE LAS CANTIDADES INICIALMENTE GARANTIZADAS. SU CONSTANCIA POR NOTA MARGINAL. PRIORIDAD REGISTRAL.

Reitera la Resolución de 26 de septiembre de 2003.

El exceso devengado por intereses y costas durante la tramitación del procedimiento ejecutivo ordinario, respecto de las cantidades inicialmente anotadas, debe hacerse constar por nota al margen de la anotación preventiva de embargo practicada y que sea registralmente la base de la ejecución, y ello a pesar de que existan otras anotaciones de embargo posteriores, pues la cantidad que consta en la anotación de embargo no es límite de responsabilidad del bien trabado, sino que todo él queda afecto por la traba al íntegro pago del crédito perseguido en el proceso en que se decreta el primer embargo. Sólo la suma que consta en la anotación es límite de responsabilidad del bien embargado en beneficio de quien haya adquirido el bien trabado en otra ejecución, quedando excluidos los terceros poseedores adquirentes voluntariamente del deudor embargado, afectando, incluso, a los adquirentes en enajenación forzosa las variaciones de las cantidades que por nota al margen de la anotación de embargo que sirva de soporte registral a la ejecución, se hayan hecho constar por nota al margen de la misma, antes de la inscripción de su adquisición en enajenación forzosa.

Tal constancia por nota al margen de la anotación de embargo que sirve de base registral para la ejecución, no implica la pérdida de su prioridad registral, mientras la misma continúe vigente.

No obstante, la Dirección General en el presente supuesto matiza que para que pudiera «anotarse» la ampliación en el presente supuesto se precisaría que el principal se restringiera al que se pudiera hacer valer en el mismo procedimiento de ejecución (v.gr., a vencimientos posteriores de la misma obligación), lo que así debe resultar del propio mandamiento.

Resolución de 5-12-2003

(BOE 6-2-2004)

Registro de la Propiedad de Alfaro

HERENCIA LEGADO. IDENTIDAD DEL BIEN LEGADO.

No es inscribible una escritura de aceptación unilateral de legado por existir duda en cuanto a la identidad de la finca legada, debiendo ser los propios interesados en la herencia o quienes legalmente tengan facultades interpretativas del testamento, los que resuelvan tal discrepancia sin perjuicio de que, si no media acuerdo, quede abierta la vía judicial.

Resolución de 9-12-2003

(BOE 7-2-2004)

Registro de la Propiedad de Algeciras, número 1

USUFRUCTO. TEMPORAL: SU CANCELACIÓN.

Constituido en su día un usufructo con carácter temporal a favor del Estado, el mismo es cancelable, pues dicho derecho no puede constituirse por más de 30 años y expresado plazo ha transcurrido ya, y todo derecho inscrito se extingue en virtud de lo establecido en el propio título constitutivo y por efectos de la propia Ley, pudiendo practicarse la cancelación en virtud de simple solicitud, como así sucede en el presente caso.

Resolución de 10-12-2003

(BOE 13-1-2004)

Registro de la Propiedad de San Lorenzo de El Escorial, número 3

LICENCIA. DE SEGREGACIÓN O DIVISIÓN. DIVISIÓN HORIZONTAL TUMBADA. COMPLEJOS INMOBILIARIOS PRIVADOS.

Dividida horizontalmente una parcela de terreno, sita en Madrid, en la que existen dos edificaciones independientes, en dos elementos privativos y configurado como anejo el uso y disfrute exclusivo de una zona de terreno, la exigencia de licencia de división o segregación a que se refiere el artículo 53 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, debe ponerse en relación con la correspondiente normativa autonómica, entendiéndose, en el presente caso, por aplicación de la ley vigente en la Comunidad de Madrid, que no es necesaria tal licencia por tratarse aquí de una verdadera propiedad horizontal en la que las fincas resultantes siguen teniendo en común el suelo y el vuelo de toda la finca.

Cuestión distinta sería el supuesto de los complejos inmobiliarios privados, que no tienen propiamente la naturaleza de una propiedad horizontal, pues el suelo y el vuelo son privativos de las parcelas que integran el conjunto, teniendo sólo en común los elementos accesorios que se encuentran vinculados *ob rem*, siendo, pues, preciso la pertinente licencia de parcelación.

Resolución de 11-12-2003

(BOE 6-2-2004)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 6

COMPRAVENTA. DE UN PISO EN PROPIEDAD HORIZONTAL. INNECESARIEDAD PARA LA PRÁCTICA DE LA INSCRIPCIÓN DE LA EXIGENCIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 9.1.e) DE LA LPH.

La necesidad de reflejar en la escritura de transmisión los gastos de comunidad (art. 9.1.e de la Ley de Propiedad Horizontal) va dirigida al Notario autorizante, pero dicha obligación no afecta a la validez del contrato, siempre y cuando éste reúna todos los requisitos esenciales para su validez.

Resolución de 12-12-2003

(BOE 7-2-2004)

Registro de la Propiedad de San Roque

DERECHO DE OPCIÓN. CANCELACIÓN DEL MISMO CONSTANDO EN EL ASIENTO SU EJERCICIO.

Inscrito un derecho de opción de compra y reseñándose en la misma inscripción que tal derecho se ejercitó en su día con la conformidad del concedente previa la notificación y requerimiento hecho al mismo, no cabe cancelar dicho derecho de opción al amparo del artículo 177 del Reglamento Hipotecario, dada la constancia registral de su ejercicio.

Resolución de 13-12-2003

(BOE 6-2-2004)

Registro de la Propiedad de Benidorm, número 2

ANOTACIÓN DE EMBARGO. CANCELACIÓN POR CADUCIDAD. PRESENTACIÓN: LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR EL ASIENTO DE PRESENTACIÓN.

La caducidad de las anotaciones preventivas opera *ipso iure*, por lo que, caducada la anotación correspondiente, no cabe su prórroga y no puede surtir efecto registral alguno.

No corresponde al liquidador del impuesto solicitar del Registro la práctica del asiento correspondiente, por no tener obligación ni estar legitimado para ello.

Resolución de 15-12-2003

(BOE 6-2-2004)

Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo, número 1

ANOTACIÓN DE DEMANDA. PROCEDENCIA DE LA DERIVADA DEL EJERCICIO DE UNA ACCIÓN REAL.

Procede la práctica de una anotación de demanda cuando se trata del ejercicio de una acción conducente a la demolición y clausura de determina-

das obras efectuadas en un local comercial que forma parte de un edificio en propiedad horizontal, por tener dicha acción trascendencia real.

Resolución de 16-12-2003

(BOE 6-2-2004)

Registro de la Propiedad de Torrejón de Ardoz, número 2

TRACTO SUCESIVO. LEGITIMACIÓN.

Es improcedente la inscripción de una sentencia judicial firme cuando la finca consta inscrita a nombre de un tercero que no ha sido parte en el procedimiento.

Resolución de 17-12-2003

(BOE 7-2-2004)

Registro de la Propiedad de Alicante, número 3

SEGREGACIÓN. FINCA MATRIZ: SUPERFICIE REGISTRALMENTE DISTINTA DE LA DEL TÍTULO. ACREDITACIÓN DE SU CARÁCTER DE URBANA. DESCRIPCIÓN DEL RESTO. LICENCIA DE PARCELACIÓN. IMPUESTO: JUSTIFICACIÓN DE LA PRESENTACIÓN AL PAGO DEL MISMO.

Presentada una escritura de elevación a público de documento privado de segregación y compraventa, el Registrador suspende la inscripción por los siguientes defectos: *a)* Tener la finca matriz registralmente distinta superficie que la que resulta del título; *b)* no acreditarse mediante certificación municipal que dicha finca matriz es ahora urbana y no rústica, como figura en el Registro; *c)* no especificar la licencia de parcelación la superficie de las parcelas segregadas; *d)* no describirse el resto; *e)* falta de liquidación del impuesto correspondiente.

La Dirección General revoca todos los defectos recurridos por lo siguiente:

A) Es irrelevante la diferencia de superficie de la finca matriz, si ésta se halla perfectamente identificada y existe aún superficie para la segregación.

B) No es necesario acreditar el cambio de rústica a urbana, cuando la finca consta ya inscrita como calle en otra finca de la misma urbanización.

C) Sí resulta de la documentación presentada la superficie de las parcelas segregadas.

D) Cabe practicar la segregación, aunque no se describa el resto, bastando con la constancia registral del resto de superficie que quede.

E) La nota al pie del título expresiva de la presentación al pago del impuesto es suficiente para la práctica del asiento.

Resolución de 18-12-2003

(BOE 6-2-2004)

Registro de la Propiedad de Jávea

CALIFICACIÓN. DE UN DOCUMENTO QUE SE APORTA POR PRIMERA VEZ PARA SUBSANAR EL DEFECTO QUE DIO LUGAR EN SU DÍA AL RECURSO GUBERNATIVO.

Es calificable el título que se aporta por primera vez y que no se aportó junto con la documentación recogida en el expediente del recurso gubernativo, porque precisamente el defecto surge del documento que se realiza como consecuencia de tal recurso.

El acta de notoriedad complementaria en el supuesto de inmatriculación, ha de referirse a que el transmitente es tenido por dueño, no a que la parte adquirente lo sea (precisamente en virtud del título que se pretende inmatricular). Además, el acta no puede apartarse del título al que complementa, como así sucede en este caso, en el que se pretende rectificar, como error material, la medida superficial y la configuración perimetral de la finca, pues se requiere para ello el consentimiento de todos los interesados.

Resolución de 19-12-2003

(BOE 7-2-2004)

Registro de la Propiedad de Torreveja, número 1

COMPRAVENTA. EXTRANJEROS. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.

Presentada una escritura de compraventa por la que unos cónyuges de nacionalidad británica adquieren una finca con arreglo a su régimen económico matrimonial y calificado dicho documento por el Registrador, bajo su responsabilidad, por conocer suficientemente la legislación extranjera aplicable, es exigible que la escritura exprese la cuota indivisa correspondiente a cada uno de los adquirentes, pues por afirmación del Registrador, en el Derecho británico la adquisición es como en un sistema de separación.

Resolución de 22-12-2003

(BOE 7-2-2004)

Registro de la Propiedad de Granada, número 6

COMPRAVENTA. ADJUDICACIÓN DE PARTICIPACIONES INDIVISAS MEDIANTE EXPRESIÓN EN NÚMEROS PERIÓDICOS PUROS.

Presentada una escritura de elevación a público de documento privado de compraventa, en la que se contiene una adjudicación de participaciones indivisas de determinada finca expresadas mediante números periódicos puros, habiendo suspendido el Registrador su despacho por no sumar las mismas cien y entender que deben expresarse en fracciones, revoca la Dirección General la nota de calificación porque aritméticamente equivale a cien la suma de las cantidades que expresan indicadas participaciones, adjudicadas mediante números periódicos puros en su representación decimal.

Es extemporánea la rectificación de la calificación registral por haber transcurrido el plazo de cinco días previsto en el párrafo sexto del artículo 327 de la LH, aunque se haya notificado tal decisión al Notario fuera de dicho plazo.

Resolución de 2-1-2004

(BOE 18-2-2004)

Registro de la Propiedad de San Javier, número 2

COMUNIDAD: SU EXTINCIÓN. MEDIANTE ADJUDICACIÓN CONFORME A LOS ARTÍCULOS 404 Y 1.062 DEL CÓDIGO CIVIL: SU NATURALEZA.

Es inscribible, sin necesidad de autorización judicial, una escritura de extinción de condominio en la que se adjudica la única finca, por ser indivisible, a uno de los condueños, con el consentimiento de todos los demás —entre los que se encuentra un menor de catorce años representado legalmente por su madre, al que no se adjudica el bien—, pues dicha adjudicación no envuelve una transmisión del dominio de unos coherederos a otros, sino del causante al adjudicatario, con la eficacia declarativa propia de toda partición, no constituyendo un acto dispositivo cuando existen menores interesados en el acto en cuestión.

Resolución de 7-1-2004

(BOE 17-2-2004)

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 10

HIPOTECA. DISTRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA EN VIRTUD DE DOCUMENTO PRIVADO.

A juicio del Centro Directivo, es posible distribuir la total responsabilidad hipotecaria de la finca matriz entre las resultantes de la división, en virtud de simple documento privado, aunque algunas de las fincas queden liberadas de la total responsabilidad, pues así resulta del artículo 216 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 9-1-2004

(BOE 18-2-2004)

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 11

COMPRAVENTA. POR TUTOR. AUTOCONTRATACIÓN.

La fehaciencia por fallecimiento de uno de los intervinientes en un documento privado (art. 1.227 del Código Civil), no es susceptible de alegarse ante el Registro de la Propiedad, sin perjuicio de que ello pueda demostrarse judicialmente.

No justificada la fehaciencia de la fecha del documento privado y habiendo sido la vendedora declarada incapaz en tal fecha, la compra hecha por su propia tutora incurre en la prohibición del artículo 1.459 del Código Civil.

Registro Mercantil

Por Ana M.^a del Valle Hernández

Resolución de 1-12-2003

(BOE 13-1-2004)

Registro Mercantil de Ciudad Real

ACCIONES. VALORACION. AUDITOR A SOLICITUD DE MINORITARIOS.

Fuera de los supuestos en que la ley establece que la valoración de las acciones sea efectuada necesariamente por un auditor de cuentas distinto al de la sociedad, como ocurre en las transmisiones *mortis causa*, no existe obstáculo en atribuir al auditor de la sociedad la fijación del valor razonable de las acciones, en la regulación estatutaria de las restricciones a la transmisión voluntaria *inter vivos* de las mismas.

El derecho de los accionistas minoritarios al nombramiento de auditor está regulado imperativamente en los artículos 205.2 LSA y 359 RRM, por lo que no es admisible el pacto estatutario que atribuye al administrador la competencia para nombrar al auditor; el que exige la expresión de la causa de la solicitud; el que exige que las cuentas no estén aprobadas, y el que imponga el gasto de la auditoría al solicitante.

Resoluciones de 4-12-2003 y 9-12-2003

(BOE 13-1-2004)

Registro Mercantil de A Coruña

AUMENTO DE CAPITAL. AUMENTO CON CARGO A RESERVAS.

A diferencia del derecho de asunción o suscripción preferente, el derecho de asignación gratuita en un aumento de capital con cargo a reservas, no puede ser excluido, ni ser objeto de limitación alguna, porque ello sería contrario al derecho básico a los beneficios sociales que la ley reconoce al socio.

Resoluciones de 20-12-2003 y 5-1-2004

(BOE 7 y 18-2-2004)

Registro de Bienes Muebles de Barcelona

IDENTIFICACIÓN DEL BIEN OBJETO DE INSCRIPCIÓN.

Para practicar operaciones registrales sobre vehículos, basta con que queden identificados por medio de la matrícula o del número de bastidor de forma alternativa, a menos que el Registrador tuviera dudas fundadas sobre la identidad de aquél; aunque, siendo conocidos ambos datos, sería conveniente consignarlos para evitar dobles inmatriculaciones o el acceso al Registro de titularidades incompatibles.

Resolución de 23-12-2003

(BOE 7-2-2004)

Registro de Bienes Muebles de Barcelona

CALIFICACIÓN. NOTIFICACIÓN AL NOTARIO. CUADRO DE AMORTIZACIÓN.

Reitera resoluciones anteriores en el sentido de que en un contrato de arrendamiento financiero el cuadro de amortización debe constar con claridad en el propio contrato o en el anexo, pero diferenciando siempre cuota de entrada que no es susceptible de amortización, ni devengo de intereses, y las cuotas con carga financiera.

El contrato de arrendamiento financiero formalizado en modelo oficial intervenido por Notario, tiene el valor de documento público y, por tanto, debe notificarse al Notario la calificación recaída.

Resolución de 3-1-2004

(BOE 18-2-2004)

Registro Mercantil de Barcelona, número V

JUNTA GENERAL. CALIFICACIÓN.

Los cargos de Presidente y de Secretario de la Junta de Accionistas pueden recaer en una misma persona cuando todos los socios asistentes estén de acuerdo en ello.

La nota de calificación debe expresar los defectos observados, así como la íntegra motivación de los mismos con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer los fundamentos de derecho en que se basa. El informe a que se refiere el artículo 327 de la LH ha de referirse tan sólo a cuestiones de mero trámite.

Resolución de 14-1-2004

(BOE 26-2-2004)

Registro de Bienes Muebles de Barcelona

IDENTIFICACIÓN DEL BIEN OBJETO DE INSCRIPCIÓN.

Reitera doctrina de anteriores resoluciones en el sentido de que para practicar operaciones registrales sobre vehículos, basta con que queden identificados por medio de la matrícula o del número de bastidor de forma alternativa, a menos que el Registrador tuviera dudas fundadas sobre la identidad de aquél; aunque, siendo conocidos ambos datos, sería conveniente consignarlos para evitar dobles inmatriculaciones o el acceso al Registro de titularidades incompatibles.

COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

DERECHO AL HONOR PREVALENTE FRENTE AL DE INFORMACIÓN. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE OCTUBRE DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Antecedentes.—Calificación de un periodista como «un nazi de toda la vida» por parte de un entrevistado. En la publicación del fin de semana «Magazine» de *El Mundo*, correspondiente al sábado 9/domingo 10 de septiembre de 1995, se publicó una entrevista al coapelante D. R. A., en la que, en un marco de opiniones vertidas en su condición de entrenador del equipo de fútbol de la primera división, Club Atlético de Madrid y sobre el conflicto bélico de la antigua Yugoslavia, el referido entrevistado y en este último contexto, criticando la actitud internacional y de los medios de comunicación sobre el conflicto, responde literalmente a la pregunta de la entrevistadora consistente en «Antes me decía usted que la culpa también la tienen los medios de comunicación», que «Claro —*sic*—. “Se sabe perfectamente que Croacia ha pagado mucho dinero a la CNN para que defienda su postura. Eso no me lo invento yo, es un hecho. También es un hecho que H. T., un nazi de toda la vida, escribe contra Serbia porque su familia tiene intereses en Croacia y necesita hacer creer que los croatas son buenos y los serbios malos. Ya que, es muy difícil, pero a mí me gustaría que la gente reflexionara por sí misma tratando de no dejarse manipular”».

Doctrina.—Imputación no amparada por el derecho a la libertad ideológica del autor de las declaraciones. La personalidad de los contendientes y los actos previos del aludido no pueden justificar ni tolerar una ofensa tan rotundamente condenada por la moderna sociedad, en donde cualquier atisbo de asunción o complicidad racista conlleva un juicio condenatorio. Aplicación de la teoría del reportaje neutral. Exención de responsabilidad a la entrevistadora, al director y a la empresa editora. Respuesta literal a la pregunta formulada.

COMENTARIO

Con carácter previo al comentario de esta sentencia debemos tener en cuenta la línea doctrinal y jurisprudencial existente en torno a este tema.

La *libertad de expresión* es un derecho constitucional esencial en un sistema de libertades democráticas, que consagra el derecho a opinar, que es libre. Sin embargo, este derecho y aquella libertad no alcanzan a las expresiones insultantes, injuriosas o vejatorias: *la libertad de expresión no comprende el derecho a insultar*. Ahora bien, todo derecho, por muy importante que sea, no puede devenir en un derecho absoluto e ilimitado, pues ello llevaría a difuminar totalmente la idea de libertad y la de democracia. Por ello, la propia Constitución en su artículo 20.4, establece que la libertad de expresión y la de información tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen. Limitación de nuestro Texto constitucional totalmente de acuerdo con las establecidas en el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado por el Consejo de Europa en Roma, el 4 de noviembre de 1950, que establece que el derecho a la libertad de expresión e información podrá ser sometido a ciertas restricciones, como la protección de la reputación y fama de las personas. Sin embargo, cuando surge la colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y expresión, de un lado, y el derecho fundamental al honor, de otro, la jurisprudencia de esta Sala, así como la del Tribunal Constitucional, se ha decantado por el seguimiento de las siguientes directrices: «a) que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos; b) que la tarea de ponderación o proporcionalidad ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad, del artículo 18 de la Constitución Española, ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información (1).

En definitiva, se trata de delimitar *la libertad de expresión y el derecho al honor* y, como se dice desde el principio, comprobar si se ha atentado verdaderamente a éste (2). Por otro lado, el derecho a la *libertad de expresión* deberá

(1) Ver sentencias de 30 de enero de 2001 (La Ley 1616/2001), la sentencia de 8 de Marzo de 2002 (La Ley 3588/2002), sentencias de 6 de junio de 2003 (La Ley 2448/2003).

(2) Ver sobre un litigio semejante, la sentencia de 17 de enero de 2000 (La Ley 4012/2000), donde se afirma que «...no se trata de propias expresiones de ideas, pensamientos, ni siquiera opiniones, pues se da un componente claro y decididamente vejatorio de la persona y prestigio profesional del demandante, con trascendencia en el desmerecimiento público y social. Ha de destacarse la carga negativa y de desprestigio que en estos tiempos tiene tachar a una persona de racista —dejando atrás el concepto tradicional de racismo jerárquico—, y que viene a ser el móvil rechazable de actuaciones de grupos violentos, que, sin respetar la Constitución que proclama que no puede prevalecer discriminación alguna por razón de la raza, hacen del componente racista, por excluyente, un totalitarismo no conciliable con elementales principios democráticos y que, al ser básicamente diferenciador, enturbia la armonía de la convivencia pacífica y acercamientos culturales diversos, por lo que el discurso racista se presenta como racismo desigualitario al atender y resaltar las diferencias entre las personas, estableciendo quienes son superiores y quienes no lo son por inferiores y con ello acatarlo por la imposición que se les hace... La doctrina constitucional ha declarado que los derechos constitucionales no son ilimitados, pues ninguno lo es (sentencia de 6 de diciembre de 1986) y no se reconoce el pretendido derecho de insultos».

Y también las sentencias de 8 de junio de 1988 (La Ley 3675), la de 12 de enero de 1998 (La Ley 1107/1998), la de 14 de octubre de 1999 (La Ley 11908/1999) y la de 25

ejercitarse, sin que en caso alguno se contengan alusiones que pudieran ser vejatorias o injuriosas para nadie (3).

La *libertad de expresión* no puede amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimiento de hostilidad contra grupos étnicos, religiosos o sociales y, en el caso de que se trata, no ejercitó acción alguna el demandado, limitándose a realizar las imputaciones sin base indicadas al principio, no tratando en sus artículos el actor de informaciones u opiniones que menosprecien al pueblo serbio sino de comentarios y versiones referidos a una política determinada que, como es notoriamente conocido, ha motivado la propia intervención de las Naciones Unidas, de la OTAN y de la entera (*sic*) Comunidad Internacional.

Cualquiera que sean tanto la personalidad de los contendientes y su respectiva actividad pública y los aludidos actos previos del actor, jamás justifican ni pueden tolerar ofensas tan rotundamente condenadas en la moderna y vigente sociedad, en donde cualquier atisbo de asunción o complicidad racista —y el calificativo de nazi lo ostenta en plenitud reprochable— conllevan a un ineludible juicio condenatorio (4).

Otro tema interesante se introduce de las propias alegaciones surgidas del recurso por haberse eximido de *responsabilidad al periodista, director y empresa editorial* de la vulneración del derecho al honor producida con divulgación en medios de comunicación, por aplicación de la denominada teoría de la información o *reportaje neutral*.

Recordemos que el *reportaje neutral* se caracteriza por la comunicación de hechos o investigaciones de sucesos que efectivamente han acontecido, aunque complementariamente se hagan aportaciones propias que no alcanzan la condición de juicios de valor ni opiniones difamantes para los interesados, tratándose siempre de información veraz, suficientemente constatada (5). En relación con el llamado «reportaje neutral», la sentencia de esta Sala, de 20 de febrero de 1997, puntualiza que en él «predomina y ha de atenderse a la

de octubre de 1999 (La Ley 1014/2000), las cuales afirman que «lo que de la protección constitucional que otorga el artículo 20 están excluidas las actuaciones absolutamente vejatorias, es decir, las que en las circunstancias del caso y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas, resultando impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate».

(3) Como así lo ponen de manifiesto las sentencias del TS de 5 de octubre de 1992 (La Ley 2796-JF/0000), de 12 de diciembre de 1995 (La Ley 875/1996), y 14 de marzo 1996 (3963/1996) y 18 de diciembre de 2002 (672/2003), entre otras.

(4) Y así lo pone de manifiesto la STS de 21 de julio de 1993 (La Ley 22904-JF/0000) al señalar que «...la atribución del actor de una ideología o actitud racista tal “que de haber vivido en la Alemania nazi hubiera desempeñado como mínimo el cargo de lugarteniente de Hitler”, ha de considerarse como vejatoria y atentatoria del honor del ofendido, pues no otro sentido pueden tener tales expresiones, dado que el racismo nacionalsocialista, basado en la pureza de sangre, perseguía como objetivo el exterminio de todas las razas consideradas impuras, y el afirmar de una persona que está cualificada para ser lugarteniente de quien puso en práctica tales ideas, con los resultados que históricamente han sido comprobados, es claro que entraña una grave e ilegítima intromisión en el honor de la persona así calificada...».

(5) La situación denominada «teoría del reportaje neutral» o «información neutral» se basa en el derecho jurisprudencial norteamericano del «neutral report doctrine», que parte de la base de un reportaje que recoge unos datos y que se plasman en unos artículos periodísticos en los que no se hace valoración más gravosa por opiniones en ellos vertidas.

exacta transcripción de lo dicho por otro sin apostillas ni valoraciones de aportación propia, tratándose de hechos noticiables por su interés público y que trascienden a la comunidad» (6).

La Sala, en el caso objeto de comentario, no acepta el motivo en base a que el *factum* de partida habla de que el entrevistado respondió «literalmente» (adverbio utilizado en el FJ 1.º de la recurrida) a la pregunta de la entrevistadora y, se respeta la doctrina sobre esa figura de varias sentencias de esta Sala en torno al repetido reportaje neutral (7).

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

1.2. Derecho de familia

RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL. NATURALEZA GANANCIAL DE UN BIEN. FARMACIA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE MAYO DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Antecedentes.—Tras la separación de los cónyuges se inicia un juicio sobre liquidación de gananciales a instancia de la esposa, quien pretende que se declaren como gananciales los bienes que a continuación se exponen y consecuentemente se concrete el valor de cada uno de ellos. Entre tales bienes se encuentran: *a)* el importe del derecho de traspaso de la farmacia que montaron en Calpe ambos cónyuges y de la que es titular el esposo oficialmente; *b)* los ingresos que se han motivado por tales bienes, y los que se motiven hasta el momento de la liquidación y adjudicación que se produzca de dicha sociedad de gananciales; *c)* la obligación del esposo de rendir cuentas de los ingresos y gastos de la farmacia; *d)* las cargas o débitos que resulten al día de practicarse la liquidación y adjudicación a cada cónyuge de los bienes correspondientes y corresponda afrontar a dichos esposos.

Doctrina.—Dentro del negocio de farmacia hay que distinguir dos facetas. La primera está constituida por los elementos no patrimoniales respecto a los cuales sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios. La segunda faceta está constituida por la denominada base económica de la farmacia, que comprende el local del negocio en el que se asienta físicamente, las existencias, la clientela, el derecho de traspaso y demás elementos físico-económicos que configuran los elementos accesorios de la actividad negocial de la farmacia. Esta segunda faceta puede constituir un bien ganancial, siempre que se den los requisitos especificados en el artículo 1.347 del Código Civil.

(6) Todo ello ha sido corroborado por la reciente STC de 15 de julio de 1999.

(7) Vid. sentencias del TS de 26 de julio de 2000 (La Ley 10545/2000), 27 de septiembre de 2000 (la Ley 11092/2000) y 11 de abril de 2002 (La Ley 4541/2002).

COMENTARIO

El núcleo de la presente contienda judicial consiste en determinar si la farmacia, sita en Calpe, en la Avenida de la Marina Española, puede tener o no la *naturaleza de bien ganancial*. Para ello, es necesario determinar, en primer lugar, la *naturaleza del determinado negocio de farmacia*.

Distingue la Sala Primera dos facetas de este concreto negocio:

La *primera* viene determinada en el Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, cuando en él se dice que la oficina de farmacia tiene unos elementos no patrimoniales respecto a los cuales el traspaso y autorización administrativa están regulados por dicho Decreto que desarrolla la Base decimosexta de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional. Pues bien, en dicho Real Decreto se establece con carácter taxativo que «sólo los farmacéuticos, individual o asociados en las formas que se autoricen, podrán ser los propietarios de las oficinas de farmacia». Al igual que la Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986, que en su artículo 103 define las oficinas de farmacia abiertas al público como establecimientos sanitarios y prescribe en su párrafo cuarto que sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público (1).

Pero lo que a nosotros más nos interesa es la *segunda faceta*, pues está constituida por la denominada *base económica de la farmacia*, que comprende el local del negocio en el que se asienta físicamente, las existencias, la clientela, el derecho de traspaso y demás elementos físico-económicos que configuran los elementos accesorios de la actividad negocial de la farmacia.

Pues bien, esta segunda faceta es la que perfectamente puede ser considerada con posibilidad de constituir un bien ganancial, siempre que se den los requisitos para ser enclavados en alguno de los tipos especificados en el artículo 1.347 del Código Civil.

Y puede ser considerada como bien ganancial, ya que constituye una empresa o establecimiento fundado durante la vigencia de la sociedad de gananciales que regía el aspecto patrimonial del matrimonio, cuyos elementos personales son ahora las partes procesales. Y en el presente caso, no sólo se puede estimar tal farmacia como bien ganancial, sino que así debe ser considerado, ya que aparte de ser un dato incontrovertido la naturaleza de bien adquirido en constante matrimonio, el aspecto o faceta de base económica del negocio de dicha farmacia debe ser catalogado y enclavado como bien ganancial.

Como he señalado con anterioridad, las reglas fundamentales de determinación del carácter ganancial de los bienes se contienen en el artículo 1.347 del Código Civil, y el caso que nos ocupa se incluye en su regla número 5, la cual expresamente señala que serán gananciales *las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes*.

Se prefiere calificar como privativa o ganancial a la *universitas* o conjunto y no a cada uno de los elementos que pueden componerle, con un criterio progresivo que se introduce tras la reforma de 1981. Es indiferente que la

(1) Todo ello aparece concretado en la sentencia de esta Sala, de 17 de octubre de 1987 (LA LEY JURIS. 59501-JF/0000), que dice que el Real Decreto 909/1978 es «una norma puramente administrativa, sin posible incidencia en el derecho patrimonial y limitada a regular la titularidad de aquella índole de las licencias para farmacia».

fundación se realice por uno solo de los cónyuges o por los dos conjuntamente (aunque en el caso que nos ocupa incluso los dos esposos «montaron la farmacia»).

La concurrencia de *capital privativo y capital común en la fundación de la empresa se rige por lo dispuesto en el artículo 1.354 del Código Civil*. El trabajo de los cónyuges debe ser considerado como aportación no privativa de ellos, sino como común (art. 1.359, por analogía).

Como afirman Díez-PICAZO y GULLÓN, «la reforma de 1981 ha introducido en esta materia una terminología sin precisar su significado exacto. En efecto habla de empresa, de explotación, de establecimiento mercantil, e incluso de negocios. Parece que la idea dominante no es la de identificar la empresa con su base física, que es el establecimiento, sino la consideración de la empresa como *universitas*, es decir, como conjunto de elementos organizados con vistas a la producción de bienes o servicios. Entre aquellos elementos figura desde luego el establecimiento, pero como uno más. Obsérvese, además, que el precepto habla de establecimientos fundados, que es la idea vulgar de creación de la empresa porque el establecimiento como base física está ahí, no se funda» (2).

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

1.3. Derechos reales

DERECHO DE PROPIEDAD. ACCION REIVINDICATORIA. REQUISITOS: NECESIDAD DE IDENTIDAD DEL OBJETO REIVINDICADO.—ES NECESARIA LA IDENTIFICACIÓN TOPOGRÁFICA DE LA FINCA REIVINDICADA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JUNIO DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don C. Pedro González.

Antecedentes.—El Ayuntamiento de Chiva interpuso acción reivindicatoria, formulando demanda de juicio declarativo de menor cuantía por la que se solicitaba que se declarase a su favor la propiedad y posesión de la finca en cuestión (parcela 144-a del polígono 6 del plano parcelario y catastral del término municipal de Chiva), y que se adicionara en el Registro de la Propiedad la inscripción de la finca registral número 10.400, al tomo 170, libro 50, folio 24, inscripción primera, que dicha finca se corresponde con la parcela catastral número 144, subparcela a del polígono seis.

El Juzgado de Primera Instancia, apreciando la excepción formulada por uno de los demandados (falta de legitimación pasiva), desestima la demanda y absuelve a los demandados, declarando la propiedad a favor de los actuales poseedores (demandados). Recurrida la sentencia, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento y revocó parte de la sentencia apelada en cuanto desestima

(2) Díez-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. II/2, Derecho de familia, 2.^a ed., 1998, Tecnos, Madrid, pág. 118.

la excepción de falta de legitimación y considera que no ha lugar a declarar que la propiedad de la finca controvertida pertenece a los restantes demandados, entrando a conocer sobre la titularidad y la identidad de la finca.

El Ayuntamiento interpone recurso de casación, y el primer motivo se acoge al artículo 1692.3 LEC, denunciando infracción de los artículos 359 y 408 LEC y de la doctrina jurisprudencial de prohibición de la *reformatio in peius*. En concreto, considera el recurrente que en la apelación no se discute la titularidad ni la identidad de la finca, cuestiones que quedaron firmes en primera instancia, al no apelarse por los demandados, y que sin embargo, la Audiencia entra a conocer.

Sin embargo, en la sentencia de Instancia se recoge en su cuarto fundamento jurídico: «Ahora el hecho de que a nuestro entender se trate de la misma finca, no significa que esté plenamente identificada, con todos los elementos de identidad que la jurisprudencia exige para que la acción reivindicatoria prospere: linderos, cabida, extensión, deslinde. Del reconocimiento judicial efectuado se revela que *in situ* no se identifica la finca reclamada y ello porque el terreno ha sufrido una modificación debido a la extracción de áridos que hace imposible o dificulta enormemente esta labor...».

Teniendo en cuenta este hecho, y la adquisición por usucapión de la finca en litigio por los demandados, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto.

Doctrina.—El Tribunal Supremo, con respecto al primer motivo alegado (único que entramos a examinar en este comentario) lo desestima, ya que entiende que no se ha infringido la prohibición de la *reformatio in peius*, cuando en apelación se entra a examinar si concurre o no el requisito de la identificación de la finca, pues en la sentencia de primera instancia no puede afirmarse que se tenga por cumplido el requisito de la finca reivindicada, y que no hubiese cuestión sobre este requisito. A continuación, recoge la doctrina de la sentencia, de 1 de diciembre de 1992, sobre la necesidad de identificar la finca reivindicada: «la identificación no se logra con la exposición que figura en el título presentado con la demanda, ni con la descripción registral, sino que requiere que la finca se determine sobre el terreno por sus cuatro puntos cardinales, debiendo estos concretarse con toda precisión y siendo requisito esencial para que pueda prosperar cualquiera de las acciones que derivan del artículo 348 del Código Civil».

Y es esta identificación topográfica la que la sentencia de primera instancia niega que se dé; por ello, no se incurre en la prohibición de la *reformatio in peius*, pues la Audiencia entra a examinar ese requisito necesario para que prospere la acción reivindicatoria, que no ha quedado probado conforme recoge la sentencia de instancia.

COMENTARIO

Prescindiendo en este comentario del motivo procesal de casación que se alega, sobre infracción de los artículos 359 y 408, y la prohibición de la *reformatio in peius*, que son los que fundamentan este recurso de casación, pues de otra forma, y al ser la identificación de la finca una cuestión de hecho, sería imposible su revisión en casación, correspondiendo apreciarla al

Tribunal de Instancia (1), voy a centrarme, únicamente, en examinar lo que subyace bajo el motivo de casación expuesto, que pone de relieve el Tribunal Supremo acertadamente, como requisito necesario para que prospere una acción reivindicatoria.

El problema que subyace, y por el que no podría prosperar la reivindicatoria planteada en ningún caso, es porque la finca reivindicada no se ha identificado plenamente, no existe una identificación topográfica, que es siempre necesaria. Esto es lo que nos dice el Supremo, y sobre lo que va a versar este breve comentario.

NECESIDAD DE IDENTIFICACIÓN DE LA FINCA COMO REQUISITO DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

En efecto, la jurisprudencia ha repetido continuamente que son tres los requisitos necesarios para que prospere la acción reivindicatoria, a saber: *a)* prueba del dominio del demandante; *b)* posesión indebida y actual del demandado; *c)* identidad o identificación de la cosa reivindicada. En este sentido, y entre muchas otras, podemos citar las SSTs de 15 de febrero de 1990, 21 de noviembre de 1991, 24 de enero de 1992, 11 de diciembre de 1992, 28 de enero de 1994, 25 de junio de 1998, 23 de octubre de 1998, 28 de septiembre de 1999 y 15 de febrero de 2000.

En este caso es, precisamente, el tercero de ellos (la identificación de la finca) el que no consideraba probado de manera cierta el Tribunal de Instancia. Para el mismo, y tal y como se deduce del párrafo transcrito en los antecedentes, no se había conseguido identificar plenamente la finca, y por tanto, como se ha encargado de subrayar la jurisprudencia (2), no debería prosperar la reivindicatoria a favor del demandante, pues la acción reivindicatoria sólo procede para reclamar una cosa señalada, concreta y determinada.

Es necesario, por tanto, identificar la finca, pero, ¿qué supone o qué implica la identificación de la finca? ¿Cómo se lleva a cabo esa identificación?

Se podría pensar que la finca queda plena o suficientemente identificada si aparece perfectamente descrita en el título de propiedad que se presenta o en la certificación registral correspondiente, donde siempre aparece su descripción; una identificación documental. Sin embargo, la jurisprudencia afirma que no basta esa identificación registral o contenida en el título, como confirma, por ejemplo, la STS de 4 de noviembre de 1993, al afirmar que «el requisito de la identificación de la finca no deviene de la inscripción registral de las fincas adquiridas por don Miguel M. S., y que aparecen tituladas a su favor, pues el Registro cede ante sus discrepancias con las realidades extrarregistrales y de tal manera que, no concurriendo prueba identificadora suficiente y capaz respecto a la cosa reivindicada como parte integrante que

(1) En este sentido, véanse las SSTs: 9 de julio de 1996, 27 de noviembre de 2000, 5 de junio de 2000, 1 de febrero de 2000, 7 de febrero de 1998, 16 de julio de 1996, 25 de septiembre de 1991 y 18 de febrero de 1987, entre otras.

(2) Sobre la necesidad específica de identificar la finca reivindicada, véanse las siguientes SSTs: 21 de diciembre de 1908, 20 de diciembre de 1920, 3 de marzo de 1943, 14 de noviembre de 1950, 1 de marzo de 1954, 31 de octubre de 1983 y 25 de noviembre de 1991.

afecta al título del que se pretende deducir la atribución del dominio, la acción resulta improsperable». En el mismo sentido, afirmando la insuficiencia de los títulos o de la identificación registral, les siguen otras sentencias como, por ejemplo: 7 de mayo de 1975, 26 de abril de 1976, 21 de marzo de 1985, 29 de octubre de 1992.

Comparto esta idea mantenida por la jurisprudencia pues, obviamente, la descripción en el título no basta para identificar la finca, ya que ha podido variar en la realidad, o, simplemente, no corresponderse con lo que allí se describe. Igualmente con respecto a la descripción registral, hay que recordar que la presunción de exactitud del principio de legitimación registral, en principio, no se extiende a los datos de hecho, por lo que no afectaría a la descripción física de la finca contenida siempre en el asiento (3).

Luego, tal y como mantienen otras sentencias, la plena identificación de la finca implica obviamente su identificación topográfica, es decir, su comprobación y medición sobre el terreno, a fin de constatar que coincide con la descrita en el título o certificación aportado. Así, la STS de 12 de noviembre de 1964 matiza el doble aspecto en que consiste la identificación de la finca, afirmando que por una parte debe fijarse con claridad y precisión la situación, cabida, y linderos de la finca, de modo que no quepa duda de cuál es la finca que se reclama. Se trata, dice la sentencia, de una identificación documental expresada en la demanda, consecuente con los títulos en los que la acción se basa. Por otra parte, continúa, será necesario acreditar de modo práctico en el juicio que el terreno reclamado es aquél al que se refiere el primer aspecto de la identificación. En el mismo sentido, la STS de 6 de mayo de 1994 mantiene que «la identificación de la finca ha de hacerse de forma que no ofrezca duda cuál sea la que se reclama, fijando con la debida precisión su cabida, situación y linderos, y demostrando con cumplida probanza, que el predio reclamado es aquél al que se refieren los títulos y los demás medios probatorios en los que el actor funda su derecho, identificación que exige un juicio comparativo entre la finca real contemplada y la que conste en los títulos, lo que, como cuestión de hecho es de la soberana apreciación de los Tribunales de Instancia». Igualmente, la STS de 25 de mayo de 2000 sostiene que «es doctrina jurisprudencial que no ha de confiarse a un necesario juicio de deslinde la determinación de la finca, si es condición *sine qua non* la identidad inequívoca de la finca a reivindicar, lo que comprendería que la finca se determine sobre el terreno por sus cuatro puntos cardinales, debiendo éstos concretarse con toda precisión, y siendo este requisito identificativo esencial para que pueda prosperar cualquiera de las acciones que se derivan del 348 del Código Civil». Confirmando esta doctrina, encontramos otras sentencias como son: 9 de junio de 1982, 20 de diciembre de 1982, 16 de julio de 1990, 5 de marzo de 1991, 1 de diciembre de 1993, 20 de octubre de 1994 y 5 de abril de 1994.

(3) En este sentido encontramos las sentencias de 7 de febrero de 1998, 13 de marzo de 1989, 23 de octubre y 3 de noviembre de 1987, 21 de marzo de 1985, 23 de junio de 1902, 27 de noviembre de 1912, 22 de diciembre de 1915, 5 de junio de 1928, 8 de noviembre de 1930 y otras. Aunque este supuesto es discutido, y existe jurisprudencia contraria, proclive a considerar que la legitimación registral debe extenderse a la extensión superficial o cabida de la finca, así como a sus linderos, por ser expresión de la extensión del derecho real inscrito. STS de 7 de abril de 1981 y 31 de diciembre de 1999.

En consecuencia, compartimos plenamente la defensa del TS, entiendo que no se ha cumplido el requisito de identificación de la finca, pues mientras no se haga topográficamente, de manera práctica e *in situ*, no se puede dar por bien cumplido. Y creemos conveniente subrayar, una vez más, la necesidad de identificar la finca en sus dos vertientes: documental y topográfica.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

CANCELACIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES.—CANCELACIÓN AUTOMÁTICA DE LA INSCRIPCIÓN DE UN DERECHO DE USUFRUCTO POR EXTINCIÓN DEL MISMO EN VIRTUD DE LA LEY. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 9 DE DICIEMBRE DE 2003.)

Antecedentes.—El Ayuntamiento de Algeciras solicita la cancelación de la inscripción de un derecho de usufructo otorgado a favor del Ministerio de Defensa, sobre una finca de su propiedad por entender que, transcurridos más de 30 años desde su constitución, éste se ha extinguido en virtud del artículo 515 del Código Civil. Y por lo tanto, puede cancelarse el asiento que lo contiene de manera automática, tal y como recoge el artículo 82.2 LH.

El Registrador de la Propiedad deniega la cancelación solicitada por entender que en el título constitutivo del usufructo no se señalaba plazo máximo alguno de duración del mismo. En la escritura se hacía constar: «Esta cesión se hace temporal y gratuitamente, y sólo para el objeto indicado, por todo el tiempo que lo necesite el referido Ramo de Guerra...». Por ello, considera el Registrador que será necesario para cancelar este asiento el consentimiento del titular registral del derecho, o en su defecto resolución judicial que lo ordene, tal y como se requiere en el artículo 82.1 LH, que establece la regla general para practicar cancelaciones.

Se recurre la calificación del Registrador, y la DGRN estima el recurso estableciendo la siguiente

Doctrina.—La DGRN entiende que procede cancelar de manera automática el asiento de usufructo, pues, si bien la regla general de cancelación exige el consentimiento del titular del derecho reflejado en el asiento, o bien la correspondiente resolución judicial supletoria, no es menos cierto que dicha regla tiene excepciones y una de ellas es cuando el derecho inscrito se haya extinguido por imperativo del propio título constitutivo e inscrito, o por efecto de la ley. Y esto, precisamente, es lo que ocurre en el supuesto que se debate; ya que, conforme al artículo 515 del Código Civil, el usufructo no puede constituirse a favor de personas jurídicas por más de treinta años.

COMENTARIO

En esta resolución breve y clara se aborda, de nuevo, el tema de la cancelación automática de asientos, como excepción a esa forma o regla general de llevarla a cabo (1).

(1) Mediante el consentimiento del titular registral a la cancelación, o resolución judicial que la ordene (art. 82.1 LH).

Es conveniente señalar y poner de relieve que el carácter excepcional de la cancelación automática del 82.2 LH exige que solamente proceda en los casos previstos en ese precepto. Y estos supuestos no son sino la posibilidad de cancelar inscripciones practicadas en virtud de escritura pública cuando la extinción del derecho inscrito se produzca directamente por la Ley, o bien, resulte su extinción porque así la han pactado las partes en el título constitutivo del derecho (generalmente derechos sometidos a plazos determinados, o a una condición resolutoria, etc.).

Hay que ver, por tanto, si nos encontramos ante uno de esos supuestos excepcionales: ¿se ha producido la extinción del usufructo pactado por efecto de la Ley o del propio título constitutivo? En éste, desde luego, no se pactaba un plazo determinado de duración, por lo que el transcurso de más de cien años no sería en principio causa de extinción convencional del mismo, pues se pactó «por todo el tiempo que lo necesite el referido Ramo de Guerra».

Sin embargo, esa duración indefinida debe verse reducida al límite legal establecido por la ley, en virtud del citado artículo 515 del Código Civil. En efecto, este artículo establece que los usufructos establecidos a favor de personas jurídicas no podrán tener una duración superior a treinta años. Pasado ese tiempo, el usufructo se extingue por efecto de la ley, aunque las partes hubiesen querido un plazo mayor de duración. En este sentido, pueden verse las SSTs de 8 de enero de 1968, y 15 de abril de 1988, que consideran extinguido el usufructo por virtud de la ley, al transcurrir más de treinta años desde su constitución.

Y esta última añade que la duración de treinta años del usufructo a favor de personas jurídicas es de carácter imperativo y su contravención provocará la nulidad parcial del usufructo, quedando éste reducido al término legal. Opera como causa extintiva.

No hay duda, entonces, de la extinción por efecto de la Ley del usufructo inscrito. Consecuentemente, es posible cancelarlo directamente, sin necesidad de consentimiento del titular o resolución, pues es uno de los casos excepcionales previstos en el artículo 82.2 LH, en los que cabe la llamada cancelación automática.

Considero acertada la decisión de la DGRN, pues se trata de un supuesto de cancelación automática, y en este sentido, considero interesante aprovechar este comentario para repasar esta figura de carácter excepcional.

LA CANCELACIÓN AUTOMÁTICA

La regla general de la cancelación es la establecida en el artículo 82.1 LH, a la que ya hemos hecho referencia, y así se estableció en la primera Ley Hipotecaria de 1861, que la recogía en el mismo artículo. Sin embargo, el legislador, consciente de la necesidad de una forma más sencilla de cancelar que facilitara esa operación registral sin necesidad de recabar el consentimiento cancelatorio del titular (a veces muy difícil de conseguir), propuso una nueva forma de cancelar sin ese requisito para los casos en que no hubiera duda de que el derecho se había extinguido (por establecerse en su propio título inscrito o por determinarlo la ley).

Fue el Real Decreto de 20 de mayo de 1880 el que recogió por primera vez la posibilidad de la cancelación automática. Este Real Decreto surgió como respuesta a las nuevas necesidades demandadas ya, tanto por la doctrina

como por la jurisprudencia (2), en el sentido de flexibilizar el rígido régimen cancelatorio.

La extensa Exposición de Motivos de este Decreto contrasta con la brevedad de su articulado (tan sólo tres artículos); y en ella se justifica el mismo como necesario para poner fin a la contradicción existente sobre todo entre los artículos 107 LH 1869 (3) y 72 RH 1870 (4), que contemplaban supuestos de cancelaciones directas, con el artículo 82 LH 1869, que exigía, en todo caso, la necesidad de consentimiento cancelatorio o providencia judicial para cancelar asientos registrales practicados en virtud de escritura pública.

Con este nuevo Decreto, el artículo 72.2 RH quedaba plenamente justificado, pues el Real Decreto no hacía sino recoger lo que este artículo ya había adelantado, y daba plena vigencia al artículo 107 LH, pues el supuesto que recogía entraba de lleno en el ámbito de la cancelación automática. En concreto, en la Exposición de Motivos se afirmaba que con este Decreto «se fija la verdadera inteligencia del artículo 82 LH, que, si bien está redactado en términos generales, no puede ni debe aplicarse, a todos los casos que se solicite la cancelación de inscripciones: porque resultaría contradictorio al artículo 107 de la misma ley, que por su propia virtud, sin tener en cuenta para nada la voluntad del interesado en una inscripción, declara extinguido el derecho inscrito».

En definitiva, el Real Decreto de 1880 vino a poner fin a estas contradicciones entre los preceptos legales y reglamentarios, haciéndose eco de la necesidad, y ya posibilidad (según esos preceptos y cierta jurisprudencia), de cancelar automáticamente determinadas inscripciones hechas en virtud de escritura pública, siempre y cuando el derecho inscrito se hubiera extinguido sin intervención de la voluntad de las partes. Así se solucionaban también muchos conflictos y pleitos indebidos ocasionados porque los titulares de los derechos inscritos, sabiendo que dependía de ellos únicamente la cancelación, podían negarse a otorgar la escritura de cancelación, dificultándose enormemente las cancelaciones registrales, y entorpeciendo la propia finalidad de publicidad registral.

Por lo tanto, y como resumen podemos decir que este Decreto estableció una nueva forma de cancelación (más rápida y fácil, pero excepcional), que es la cancelación sin consentimiento del titular inscrito; que es necesaria cuando el derecho se extingue sin voluntad de las partes; que enumera una serie de supuestos en los que cabe esta cancelación directa o automática (art. 2), si bien, hay muchos más (confusión de derechos, caducidad y prescripción, extinción legal del usufructo); y que todo ello surgió para hacer frente a las nuevas necesidades que ya había puesto de relieve la jurisprudencia.

(2) Véase, por ejemplo, la sentencia 6 de diciembre de 1876, o la Resolución de 25 de diciembre de 1962. En ambas se permite la cancelación de inscripciones por haberse extinguido los derechos que se publican, en virtud de ejecuciones anteriores, o por haber éstos caducado.

(3) El artículo 107 LH de 1869 contemplaba la posibilidad de cancelar hipotecas directamente por causas ajenas a la voluntad de los titulares (vgr., consolidación de derechos).

(4) El artículo 72.2 RH de 1870 establecía la posibilidad de cancelar créditos hipotecarios presentando la misma escritura en cuya virtud se había hecho la inscripción, si de ella, o de otro documento fehaciente, resultara la extinción de esa obligación.

El contenido de este Decreto, y en consecuencia la posibilidad de cancelar automáticamente asientos se incorporó, más tarde, en el Reglamento Hipotecario de 1915, en su artículo 150.

A partir de la entrada en vigor del Decreto, y su posterior recepción en el Reglamento Hipotecario, se sucedieron las Resoluciones a favor de este tipo de cancelación: por ejemplo, RRDGRN de 13 de noviembre de 1880, 22 de diciembre de 1882, 18 de julio de 1893, 19 de enero de 1914, 23 de abril de 1917, 29 de diciembre de 1920.

Aunque, también, hubo Resoluciones en contra de su admisión, pues ya se empezaba a perfilar el carácter excepcional de este tipo de cancelación, sólo admisible cuando realmente el derecho inscrito se hubiese extinguido por la Ley o dedujera del propio título de constitución. En este sentido, se pueden ver las RRDGRN de 16 de mayo de 1881, 21 de junio de 1899, 11 de agosto de 1900, 23 de agosto de 1900, 22 de noviembre de 1905, 24 de abril de 1936, esta última subraya, por ejemplo, que la cancelación automática sólo procederá cuando la extinción del derecho tenga lugar de «un modo manifiesto y automático», y que no podrá aplicarse cuando la subsistencia del derecho sea «dudosa o controvertida».

Por fin, con la nueva Ley Hipotecaria de 1944 se otorga rango legal a la cancelación automática, que pasa a formar el párrafo segundo del artículo 82 LH, tal y como lo conocemos hoy en día, estableciéndose en el artículo 175 RH casos concretos de aplicación.

Hoy no se cuestiona la admisión de este tipo de cancelación, pero sí es cierto que la jurisprudencia ha ido reafirmando el carácter excepcional de este tipo de cancelación, que sólo puede usarse en los casos previstos, y cuando no quede duda de la extinción no voluntaria del derecho inscrito en el Registro a través de una escritura pública.

Como ya se ha dicho en los primeros párrafos, en el caso que se comenta, está perfectamente comprobada la extinción del usufructo en virtud del 515 del Código Civil. Al pasar más de treinta años, se ha producido una extinción del derecho inscrito por efecto de la ley, sin voluntad de las partes interesadas, y por tanto, es uno de los supuestos del 82.2 LH, y considero acertada la posición de la DGRN, aunque son comprensibles las dudas del Registrador por tratar de aplicar e interpretar de manera restrictiva el artículo 82.2 LH, como supuesto excepcional que es, tal y como se ha confirmado una y otra vez por la jurisprudencia registral.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

1.4. Sucesiones

NULIDAD DE CLÁUSULA TESTAMENTARIA DE DESHEREDACIÓN DE LA ESPOSA. ARTÍCULO 855.1.º DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

Antecedentes.—Ante el Juzgado de Primera Instancia interpuso demanda la viuda del causante (segunda esposa del mismo y sin descendencia común) en la que solicitaba:

- La declaración de la nulidad de la causa de desheredación contenida en el testamento de su difunto marido otorgado en abril del 94.
- La declaración de la nulidad de la institución de herederos contenida en dicho testamento en lo que perjudicaba a la viuda en sus derechos en la herencia del que fue su esposo.
- La condena al pago de las costas procesales del procedimiento.

La cláusula testamentaria de desheredación literalmente decía: «Deshereda a su esposa por incumplimiento de los deberes conyugales».

Los demandados se opusieron a la demanda y el Juzgado los absolvió e impuso a la actora las costas.

La demandante recurrió dicha sentencia ante la Audiencia que declaró nula, ineficaz y que se tuviera por no puesta la cláusula de desheredación contenida en el testamento notarial otorgado por su marido y declarando, asimismo, nula la institución de herederos contenida en dicho testamento, en lo que perjudicaba a los derechos de la viuda en la herencia de su esposo. Condenó a los demandados al pago de las costas procesales de la primera instancia sin pronunciarse respecto a las de la alzada.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo anuló la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y confirmó en toda su integridad la del Juez de Primera Instancia. No hizo declaración expresa de las costas de apelación ni del recurso de apelación.

El esposo testador interpuso demanda de separación el año 94. Quedó entonces demostrado que las relaciones entre los cónyuges no eran buenas y que la esposa-demandante regresó a España el año 92, dejando a su marido en Venezuela. Él sufría un cáncer maligno que hizo que se le practicaran dos intervenciones quirúrgicas, una en mayo del 93 y otra en mayo del 94. Posteriormente regresó a España, donde falleció en casa de sus hijos en enero del 95. El testador afrontó solo dicha enfermedad. No consta que la esposa fuese a Venezuela a atenderlo.

Doctrina.—La desheredación viene regulada en los artículos 848 y siguientes del Código Civil, que imponen que tenga lugar por alguna de las causas expresamente determinadas en la ley, que se haga en testamento y se exprese en él la causa legal en que se funde.

Procede examinar si se da en el caso de autos el supuesto legal de desheredación del cónyuge previsto en el artículo 855.1.º: «Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales».

Entre los deberes conyugales se encuentran el «ayudarse» (art. 67 del Código Civil) y el «socorrerse mutuamente» (art. 68 del Código Civil).

Por otra parte, los derechos del cónyuge viudo vienen contemplados en el artículo 834 y siguientes del Código Civil.

COMENTARIO

El núcleo de la sentencia ha de centrarse en analizar si se ha producido el supuesto legal de desheredación del cónyuge previsto en el artículo 855.1.º por haber incumplido la esposa de forma grave o reiterada sus deberes conyugales. Parece que hubo una total omisión por parte de la misma de su deber de ayudar a su marido en esos momentos tan duros y de tal gravedad. Como dice

el Supremo, debería haber prestado «asistencia... moral, física, apoyo, comprensión... a lo que estaba obligada conforme disponen los artículos 67 del Código Civil... y 68».

El efectivo incumplimiento grave y reiterado no queda desvirtuado, según el Supremo, por el hecho de haberse promovido demanda de separación, por lo que añade, que los derechos del cónyuge viudo se mantienen de conformidad con el artículo 834.

Un punto interesante es el de determinar si es necesario detallar en el propio testamento los hechos que provocan la desheredación, ya que en el presente caso el relato fáctico contenido en la demanda de separación sirve de base para demostrar el incumplimiento de los deberes conyugales. El hecho de que las relaciones entre los cónyuges no fuesen buenas, resulta intrascendente, pero el que no prestara la esposa asistencia alguna a su marido, habiéndosele diagnosticado una enfermedad grave constituye, desde luego, un claro incumplimiento de sus deberes conyugales. Sirve la demanda de separación para explicar y explicitar en qué consistió el citado incumplimiento.

En el testamento quedaba perfectamente expresada la causa de la desheredación, con lo que se cumplía la exigencia del artículo 849 del Código Civil, sin que, como dice el Supremo, «sea preciso relatar y menos detallar los hechos que provocan la desheredación, presentándose la voluntad de desheredar como decidida y suficientemente patente, lo que aquí sucede».

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL

1.5. Obligaciones y contratos

INCUMPLIMIENTO. INCUMPLIMIENTO DE LA OBRA CONTRATADA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE ENERO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

Antecedentes.—El objeto principal de la litis halla su origen en el arrendamiento de la obra contratada que tiene por base la realización de una máquina con destino a la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre de Burgos. La discrepancia entre las partes versa sobre si se produjo o no incumplimiento de las obligaciones por parte de la actora y recurrida, y, para ello, debe atenderse a cuál fue el objeto del contrato. En tanto que la actora manifiesta que cumplió con aquello a lo que se comprometió: la fabricación de la máquina, según diseño de la demandada, por lo que fallando un equipo de vacío en el que no tuvo participación, y realizando la obra según lo instruido, procede el pago íntegro de lo por ella ejecutado al no poder responsabilizarse de un error de diseño, ni poder garantizar su resultado; la parte demandada sostiene, por su parte, que se limitó a exponer las nociones básicas de aquello que necesitaba, por lo que acometiendo la actora la fabricación de la máquina y habiendo resultado inservible, procede reconocer el incumplimiento por aquélla del contrato, no habiendo lugar a pago alguno.

Doctrina.—Se ampara la doctrina en que, con carácter excepcional, aplica la Sala la revisión a los supuestos en que la valoración de la prueba sea contraria

en sus conclusiones a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica. La excepcionalidad del remedio se pone de relieve, con toda claridad, en sentencia como la del Tribunal Supremo, de 13 de julio de 1995, al especificar que sólo cabe la revisión de esta prueba, «si el proceso de apreciación y fijación de sus resultados como determinantes del fallo a pronunciar, resulta viciado por arbitrariedad, incoherencia, contradicciones y omisiones manifiestas, que lo presenten plenamente ilógico y atentatorio frontal a los elementales principios que rigen los procesos deductivos». Además se pone de relieve también que el principio jurídico procesal de la congruencia en las sentencias significa o supone una relación sustancial de conformidad o concordancia entre el fallo de las mismas y las pretensiones oportunamente deducidas en la súplica de los escritos rectores del proceso, y no con relación a los razonamientos o fundamentaciones que se hagan de ellos, determinando que la sentencia decida todas las cuestiones controvertidas.

COMENTARIO

En nuestra litis lo que hace el recurrente es atacar, sin bases de razonamiento que demuestren contradicción, el resultado de la prueba pericial y sus conclusiones que, como expresa la parte recurrida, en su escrito de impugnación, trata de contraponer a los propios criterios del recurrente, todo ello, con invocaciones a aspectos parciales de la prueba documental e incluso a respuestas dadas por los testigos con lo que, en realidad, lo que la parte intenta es realizar una revisión probatoria en su conjunto, tarea claramente vedada por la casación, que nunca puede convertirse, según reiteradamente expresa esta Sala, en una «tercera instancia».

NEGLIGENCIA CONTRACTUAL: NO PUEDE DEJARSE PARA LA FASE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE ENERO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Antecedentes.—El porteador de determinadas mercancías no las pudo hacer llegar en el tiempo debido aunque las señas estaban concretadas de una manera expresa y terminante.

Doctrina.—Afirma la presente litis que aunque la determinación del cumplimiento o no de una concreta relación contractual entra de lleno, en principio, dentro de la soberanía del Tribunal de instancia, y por lo tanto, también en principio, queda fuera del área casacional, sin embargo, es doctrina jurisprudencial constante y consolidada, la que establece que toda actividad hermenéutica que lleve a unas conclusiones ilógicas, irracionales o absurdas, puede y debe ser corregida casacionalmente.

COMENTARIO

La declaración de negligencia en relación al transportista supone únicamente un presupuesto para poder ejercer una pretensión resarcitoria, puesto

que al no cumplir lo que se le obliga será responsable de los perjuicios de su conducta.

COMRAVENTA: VICIOS OCULTOS EN LA MISMA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE ENERO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Antonio Gullón Ballesteros.

Antecedentes.—Doña Milagros Lahera Peña demanda por los trámites del juicio de menor cuantía a los cónyuges don Juan Andrés Serrano Domínguez y doña María del Carmen Casal Dasgoas, solicitando una rebaja en el precio del contrato de compraventa por el que había adquirido de los mismos un piso.

Doctrina.—La fundamentación de la misma se dirige a combatir la sentencia recurrida en cuanto que conceptúa como plazo de caducidad el consignado en el artículo 1.490 del Código Civil, siendo de prescripción que la parte recurrente interrumpió mediante acto de conciliación. Ha de mantenerse la *ratio decidendi* del fallo que consiste en negar que haya lugar a la reducción del precio de la compraventa pretendida por la parte actora ante la discordancia de la extensión de la vivienda, según su descripción registral con la realidad porque se vendió como cuerpo cierto por un precio alzado y también se mantiene que no hay vicio oculto en la venta. Y es que la descripción de la vivienda en la oferta pública de venta y en el contrato privado redactado por la agencia de intermediación y la que se consignó en la escritura pública no coinciden, y en la de ésta es muy superior la superficie a la real, puesto que el desván de la casa se describió como un elemento común de los dos pisos que la componen y quisieron adquirirlo los compradores de su propiedad exclusiva.

COMENTARIO

Ante todo se determinan una serie de razones que huelgan las referencias a lo que se pretendió en la presente litis objeto de análisis: 1.º) No se ha ejercitado ninguna acción, pretendiendo la nulidad del contrato por vicio del consentimiento, sino sólo una petición de rebaja del precio; 2.º) No tiene sentido que se quiera imponer a la contraparte la interpretación del contrato como si fuese voluntad común de los contratantes; 3.º) Que la vivienda tenga menos metros que los consignados en su descripción, no es ningún vicio oculto pues estaba a la vista su verdadera superficie y pudo ser perfectamente comprobada además de que los compradores conocían ya lo que adquirirían por haberlo visitado; 4.º) Tampoco es vicio oculto que el desván de la casa sea elemento común y no privativo del piso que se adquiría, como tal elemento común consta en su descripción y la misma es aceptada por los compradores de forma tal que de su otorgamiento los vendedores lo ocultaron, es un hecho que nada tiene que ver con un vicio oculto sino con el proceso formativo de la voluntad contractual de los compradores que estuvieron conformes con lo que se les vendía.

COMPRAVENTA DE COSA AJENA Y OBLIGACIÓN DEL VENDEDOR DE ENTREGAR EL VALOR DE LA COSA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE FEBRERO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Marín Castán.

Antecedentes.—Por contrato privado, el actor compra a Turinsa, S. A., la Gran Suit situada en planta séptima, habitación número 707 del Hotel Meliá Sierra Nevada, situado en Pradollano —Monachil (Granada)— por un precio que fue completamente satisfecho, pero como sobre todo el inmueble pesa una hipoteca en garantía del crédito concedido a Turinsa, S. A., hipoteca que por tanto afectaba a la habitación número 707, entre las partes se celebró nuevo contrato de compraventa en virtud del cual doña Ana Gosálbez García adquiere la habitación número 706 del Hotel Meliá Sierra Nevada, para lo que entrega una determinada cantidad y se subroga en dos hipotecas, sin embargo, al final de dicho contrato se recoge un «pacto especial para hacer constar que el comprador acepta desde este momento, que la presente compraventa inmobiliaria se convierta en una compraventa de acciones de Turinsa que representan en el total capital escriturado de la misma una participación idéntica a la que en la Comunidad de Propietarios le correspondería a la habitación objeto de este contrato», cláusula que firman las partes.

Pero este pacto no solamente afectaba al contrato que tenía por objeto la habitación número 706, sino también al que tenía por objeto la habitación número 707, por ello Turinsa, S. A., entrega a la compradora, señora Gosálbez García los títulos provisionales del paquete de acciones número 706, y además el título provisional del paquete de acciones número 707, «aunque los títulos definitivos de estas últimas acciones sí que le fueron debidamente entregados por Turinsa a la compradora, y lo que precisamente pretende la actora con la demanda es que se le entreguen los títulos definitivos de las acciones correspondientes a la habitación número 706, de conformidad, ni más ni menos, con lo pactado».

Doctrina.—El Juez de Primera Instancia, estimando íntegramente la demanda desde la perspectiva de la validez de la venta de cosa ajena condena a la demandada a entregar a la parte actora el título definitivo del paquete de acciones correspondiente a la habitación número 706 —objeto de venta— o, caso de ser imposible, un paquete de acciones de la misma clase o el valor de dicho paquete. Y paralelamente el Tribunal de Segunda Instancia aprecia que se ha producido una novación en la compraventa sustituyendo su primitivo objeto, habitación del hotel, por acciones de la empresa, y aun cuando estas acciones no fueran de la titularidad de la sociedad vendedora al celebrarse el contrato, por pertenecer a los accionistas, ni tampoco al tiempo de interponerse la demanda, por haber sido transmitidas, la parte demandada-apelante vendría en cualquier caso obligada al cumplimiento por equivalencia y reconoce que la compradora está cumpliendo aquello a lo que se había obligado.

En su exposición argumental, la parte recurrente viene a decir que, habiéndose acreditado mediante los documentos públicos aportados por ella con su contestación a la demanda que las acciones del paquete número 706 nunca habían sido titularidad de la propia sociedad anónima sino de los mismos accionistas que en su día fundaron la sociedad y luego habían suscrito las acciones representativas de un aumento del capital social, era imposible que

el controvertido «pacto esencial» añadido al contrato fuera en realidad una suscripción de acciones como entiende la sentencia recurrida, y para comprobarlo basta con leer la misma en su integridad, pues en ella se razona como ni la falta de titularidad de las acciones del paquete número 706 a nombre de la sociedad, ni los límites legales que a dicha titularidad impondría el artículo 47 de la LSA de 1951, ni la posterior transmisión de las acciones a determinadas personas jurídicas, constituirían óbice al cumplimiento reclamado en la demanda por cuanto siempre acabaría siendo posible en último extremo el cumplimiento por equivalencia, y es que el problema litigioso no consistía en si las acciones del paquete número 706 eran o no de la sociedad demandada-recurrente sino en si ésta podía ser condenada al cumplimiento de lo pactado bien en forma específica bien por equivalencia. Y es que en su muy difuso desarrollo argumental la parte recurrente acude al desafortunado término «suscripción» de acciones de la sentencia recurrida y parece querer decir que la novación objetiva de la compraventa habría supuesto al propio tiempo una novación subjetiva a consecuencia de la cual la propia entidad recurrente habría quedado desvinculada del contrato y obligaría así a quien firmó en su nombre, a lo que aún se añade por la recurrente una referencia a la nulidad de pleno derecho de lo pactado. Es, pues, inevitable destacar la muy defectuosa formulación del recurso, manifestada por la cita de las normas presuntamente infringidas mediante una fórmula genérica que viene siendo reiteradamente rechazada por la doctrina de la Sala como constitutiva de inobservancia del artículo 1.707 de la LEC, causa a su vez de inadmisión del recurso de casación, según el artículo 1710.1-2.º de la misma Ley. De otro lado, la referencia a la nulidad de lo pactado es una cuestión totalmente nueva y por tanto inadmisibile en casación, ya que nada se pidió al respecto por la parte demandada hoy recurrente al contestar a la demanda.

COMENTARIO

Actualmente se reconoce la validez de la venta de cosa ajena en virtud de la naturaleza consensual u obligacional del contrato de compraventa, según aparece regulado en nuestro Código Civil, a cuyo tenor el vendedor no transmite la propiedad de la cosa por el simple contrato sino que se obliga a entregarla, así, salvo determinados casos de engaño que desembocan en la anulabilidad por dolo, se recalca que la venta de cosa no propia del vendedor no hace objetivamente imposible o nula la obligación, sustituible por el interés equivalente del comprador como efecto típico de cualquier incumplimiento. Y es que siempre se ha de reconocer el derecho del comprador a exigir el cumplimiento salvo que opte por la resolución fundada en el incumplimiento del vendedor o por anulación del negocio fundada en error o dolo. En realidad en la presente litis el controvertido «pacto especial» autorizó a la vendedora a sustituir la habitación de hotel vendida por un paquete de acciones equivalente, pero en modo alguno dejando al margen a la vendedora como obligada a ello o sin que tal autorización de cambio de objeto comportara la de un cambio de deudor mediante sustitución de la vendedora contratante por quienes en aquel tiempo fueron titulares de las acciones representativas de la participación atribuida a la habitación vendida y también porque respecto del paquete de acciones número 707, la transferencia de las acciones a favor de la demandante compradora se hizo sin ningún problema pese a que tampoco

eran titularidad de la propia sociedad anónima vendedora y, finalmente, porque el carácter netamente familiar de la sociedad anónima vendedora reconocido por ésta en el propio recurso de casación era un elemento claramente indicativo de la posibilidad de cumplimiento de la obligación del vendedor.

TERCERÍA DE DOMINIO Y ALZAMIENTO DE EMBARGO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE MARZO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

Antecedentes.—«Frigoríficos Andaluces de Conservas de Carne, S. A.», formula demanda de tercería de dominio con la pretensión de alzar el embargo sobre una serie de jamones que se hallaban en posesión de la codemandada «Los Perniles de María, S. A.», entidad ejecutada y embargada en juicio ejecutivo instado por la también codemandada «Maresme Escorxador, S. A.». El planteamiento se centra en que los jamones habían sido depositados en la sociedad ejecutada en virtud de contratos de depósito de los mismos, con el objeto de que se curaran y se añadía la opción de compra por un precio cierto a favor de la misma sociedad depositaria, estando identificados los jamones, la demanda de tercería pretendía el alzamiento del embargo, ya que seguían siendo propiedad de la sociedad tercerista.

Doctrina.—La cuestión que se plantea en la tercería de dominio es el título de propiedad de la sociedad tercerista y la identificación de la cosa embargada. En realidad, las sentencias resuelven la cuestión de que, ante el embargo de un bien, el tercero que alega ser propietario —y que no lo es el demandado embargado— la interpone para que declare que él es el titular verdadero del derecho de propiedad y se alce el embargo trabado sobre su cosa. Además se había mantenido que la tercería de dominio era una acción reivindicatoria en la que se sustituía la recuperación de la posesión por el alzamiento del embargo, pero realmente, la verdadera naturaleza de la tercería de dominio es de acción declarativa de propiedad cuyo objeto es la declaración de propiedad a favor del demandante-tercerista y el levantamiento del embargo trabado a instancia de un codemandado sobre un bien que aparentemente era del otro codemandado.

COMENTARIO

En nuestra litis la interpretación y la calificación de los contratos, no como de depósito, sino de compraventa, es lógica, correcta y ajustada a derecho, y la sentencia de instancia se ha basado no en el elemento literal, sino en una serie de razones (facturas, constancia en libros contables, etc...) que relaciona reafirmando lo expresado en la sentencia de primera instancia, pese a que ésta desestimó la reconvención, lo que no fue objeto de apelación y es preciso recordar que la sentencia de instancia objeto del recurso de casación es la de la Audiencia Provincial. De forma tal que interpretados y calificados los contratos como compraventas que se produjeron, mediante la *traditio*, la transmisión de la propiedad produce la infracción que contempla el contrato de depósito mercantil, ni la de la doctrina jurisprudencial que se refiere al pre-contrato de opción. Además de la acción de tercería de dominio que se debate

decir que no puede ser identificada con la reivindicatoria aunque presente ciertas analogías con ella, la misma tiene por finalidad principal, no ya la obtención o recuperación del bien, que generalmente posee el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo.

ISABEL MORATILLA GALÁN

1.6. Responsabilidad civil

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. MUERTE EN ACCIDENTE LABORAL.—CARGA DE LA PRUEBA, CUMPLIDO EN EL CASO DE AUTOS AL ENTENDER ACREDITADO QUE EL ACCIDENTE SE PRODUJO PORQUE LOS DOS SUPERVISORES DE LOS TRABAJOS REALIZADOS POR LA EMPRESA EN LA QUE TRABAJABA LA PERSONA QUE FALLECIÓ NO CUMPLIERON CON LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. PARA LOS SUPERVISORES, RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL ARTÍCULO 1.902, Y PARA LA EMPRESA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE UN TERCERO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE JULIO DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don José de Asís Garrote.

Antecedentes.—Se interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad en concepto de indemnización por el fallecimiento del hijo y hermano de los demandantes.

Los hechos que causaron el fallecimiento, según se desprende de los Fundamentos de la sentencia, ocurrieron de la siguiente forma: el fallecido trabajaba para la empresa de instalaciones de fontanería y electricidad «C.B.E., S. L.», la cual realizaba trabajos en el ámbito de su competencia; además de esta empresa, realizaban trabajos en la obra la empresa contratista «P., S. A.», y otra de aluminios. El suceso ocurrió cuando el fallecido accedió al patio desde donde se procedía a la subida de materiales a las distintas partes de la obra, encontrándose en ese momento el aparato elevador en marcha, esto es, subiendo material, lo que ocasionó la caída de un ladrillo al vacío dando en la cabeza al operario, produciéndole el fallecimiento, al no llevar puesto el casco de protección que le preservara de los golpes. El lugar en donde se produjo el accidente no se encontraba acordonado, ni había señal alguna que prohibiera el paso, pese a ser de riesgo patente la zona.

La demanda se interpone contra la empresa contratista de la obra «P., S. A.», el arquitecto técnico «D.SSA», representante legal de la empresa «C.B.E., S. L.» donde trabajaba el operario fallecido, la empresa de aluminios; y contra D.MPB, D.JDG, D.VCS, D.MSG, D.MSN y D.MDL.

El Juzgado de Primera Instancia número uno de Ribeira estima parcialmente la demanda y condena al pago de 2.000.000 de pesetas a la empresa «P., S. A.», contratista de la obra, y al arquitecto técnico de forma solidaria, absolviendo al resto de demandados.

Se interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de A Coruña por la representación de la familia del fallecido, estimando también parcialmente el interpuesto por la empresa contratista «P., S. A.» y rechazando

el interpuesto por la representación del arquitecto técnico «D.AQS». Se condena a D.VCS y a D.SSA (en su calidad de supervisores de la obra), a la empresa donde trabajaba el fallecido «C.B.E., S. L.» y al arquitecto técnico a que indemnicen de forma solidaria a la parte actora en la suma de 7.500.000 pesetas, y absuelven al resto de los demandados.

Doctrina.—El recurso de casación se interpone por la empresa de fontanería donde trabajaba el fallecido «C.B.E., S. L.», al amparo del artículo 1692.4.º de la derogada LEC, apoyado en tres motivos: por vulneración del artículo 1.214 del Código Civil; por vulneración de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, y por vulneración del contenido del artículo 1.902 del Código Civil.

Respecto del primero de los motivos, alega la Sala que: «Con arreglo del principio de la carga de la prueba establecido en el precepto del Código Civil, que se cita por la parte como vulnerado, corresponde en el ejercicio de la acción por culpa extracontractual, la prueba de que el causante del daño actuó con negligencia o imprudencia a la parte que reclama la indemnización, esto sea dicho de forma general, prueba que en los autos del que dimana el presente recurso ha practicado la parte actora, pese a que la sentencia recurrida en su Fundamento de Derecho segundo entiende que en aquellos supuestos en el que el daño es consecuencia del riesgo que crean las empresas en el ejercicio de actividades que en principio pueden ser lícitas, pero en razón del riesgo que generan terceros y las ventajas que obtienen por el uso de esa tecnología las propias empresas, en los casos que se produzca un daño, hay que aplicar la doctrina señalada en las citadas sentencias, en las que aparece recogida el principio de inversión de la carga de la prueba, correspondiendo al autor del daño acreditar que al realizar las operaciones que ocasionaron los mismos había empleado la diligencia exigible, y no a la parte perjudicada que reclama la indemnización».

Respecto del segundo de los motivos, que también es desestimado, señala la Sala citando la sentencia de 29 de mayo de 2001 que, «Las sentencias absolutorias de la jurisdicción penal no vinculan a los tribunales civiles, salvo que se haya declarado la inexistencia del hecho enjuiciado».

El tercero de los motivos, basado en la vulneración del contenido del artículo 1.902 del Código Civil, es desestimado «fundamentalmente porque la parte recurrente hace cuestión de los hechos probados en la instancia, según han sido recogidos en la sentencia de apelación y que han sido expuestos en el fundamento de derecho anterior, que han consistido en la omisión por parte de los encargados de las obras de fontanería que desarrollaba la mercantil «E.S.A.» (empresa donde trabajaba el fallecido), de adoptar y exigir a sus empleados las medidas de seguridad, consistentes, como se ha dicho, en vallar la zona destinada a la elevación de materiales de obra y herramientas donde estaba instalado el «maquinillo», prohibiendo su paso, y al no exigir el uso del casco en las obras a sus empleados, conducta de los encargados que han fundamentado la responsabilidad civil, compatible en todo caso con la laboral, no sólo porque así lo tiene declarado la jurisprudencia, sino por haberlo establecido así el artículo 97.3 de la Ley General de la Seguridad Social».

COMENTARIO

Si nos centramos en el tercero de los motivos que fundamentan el recurso de casación, se pueden hacer varias apreciaciones. En primer lugar, que el juzgado de instancia condenó exclusivamente a la empresa contratista de la obra, encargada de los trabajos de albañilería y al arquitecto técnico, absolviendo al resto de los codemandados, entre ellos, a la empresa en la que estaba contratado el fallecido. La Audiencia Provincial, por el contrario en el recurso de apelación, absuelve a la citada empresa y mantiene la responsabilidad del arquitecto técnico solidariamente con la empresa que tenía contratado al trabajador fallecido y a otro codemandado que junto con el arquitecto técnico eran los supervisores de la obra. Esta circunstancia, unida a que el último párrafo del fundamento tercero de la sentencia afirma que «no se pueden cuestionar los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, si no se invoca error de derecho en la apreciación de la prueba», hace presumir que hubo error en la valoración de los hechos. Desde mi punto de vista, tendrían que responder solidariamente no sólo los condenados por la Audiencia, sino también la empresa contratista, a quien condenó el juzgado de instancia por haber incurrido en culpa *in omittendo*, modalidad eminentemente normativa, la cual se caracteriza por la inacción, por la pasividad o por la abstención o inactividad, hechos estos que se dan en el supuesto tratado, puesto que si esta empresa era la que realizaba los trabajos de albañilería, y por lo tanto la que utilizaba el maquinillo para desplazar los ladrillos, uno de los cuales fue el causante de la muerte del trabajador, se establece un nexo de causalidad entre el comportamiento de la empresa y el hecho ocurrido, como afirma la sentencia de 15 de octubre de 1987: «Dicha omisión ha de ser voluntaria aunque no maliciosa y haber producido un resultado lesivo o dañoso, teniendo necesariamente que mediar una relación de causalidad o nexo causal entre la omisión y el resultado, de tal forma que sea aquélla la generante o determinante de éste».

Pero además cabe preguntarse incluso si no se puede atribuir culpa a la víctima, porque aunque afirma la sentencia que la empresa no exigía el uso del casco en las obras a sus empleados, habría que matizar la cuestión y diferenciar si la empresa «C.B.E., S. L.», que tenía contratada a la víctima, puso a su disposición el equipo adecuado, incluyendo el casco, o si no fue así y además de no exigir el cumplimiento de la normativa tampoco lo proporcionó a sus empleados.

Si estamos ante la primera opción, habría exoneración parcial de responsabilidad de la empresa por culpa de la víctima, exoneración que no podría extenderse a la empresa contratista, quien no tuvo la diligencia normal dentro de la *lex artis* y de la normativa específica en prevención de riesgos laborales, y digo parcial, pues sí habría incurrido en responsabilidad por negligencia al no haber exigido las medidas de seguridad necesarias. Sin embargo no creo que exista responsabilidad por hecho ajeno, ya que como establecen las sentencias de 18 de junio de 1979, 4 de enero de 1982 y 26 de junio de 1984, entre otras, «la responsabilidad por hecho ajeno tipificada en el párrafo cuarto del artículo 1.903 del Código Civil se basa en una relación de dependencia o subordinación entre el causante material del daño y el empresario demandado, además de que el acto antijurídico y lesivo haya sido realizado en la esfera de actividad del responsable, siempre con posibilidad de acción directa contra el titular de la empresa». Y según se desprende de los hechos, se trata de dos

empresas autónomas en su organización y en sus medios, y por lo tanto con asunción de los riesgos inherentes a los cometidos que desempeñan.

Pero aún en el supuesto de no haber puesto a disposición del trabajador los medios preventivos mínimos, habría que considerar en estos casos lo establecido en el artículo 29 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, que en su apartado 1 determina que *Corresponde a cada trabajador velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo...*», en este supuesto exigiendo a la empresa el equipamiento oportuno.

El hecho de poder imputar parte de culpa a la víctima no significa que se vaya a exonerar de responsabilidad a los agentes causantes del suceso, ya que ésta existe, en unos casos por culpa *in vigilando*, como sería la de los supervisores; en otros por omisión del deber de diligencia, culpa *in omittendo*, de la empresa contratista, en el caso del arquitecto técnico, por no tomar las medidas oportunas ante la falta de seguridad en el trabajo, como es la paralización de la obra y en el de la empresa a la que pertenecía el fallecido por no exigir el cumplimiento al trabajador de la utilización del casco, porque para que la culpa de la víctima exonere a los agentes intervinientes de responsabilidad ha de ser el fundamento exclusivo del resultado o tener acusado relieve de intensidad para absorber toda aquella que pueda ser concurrente, no teniendo más alcance en todo caso que la moderación de la pena.

En el ámbito de la construcción se deberían adoptar todas las prevenciones posibles para el cumplimiento de las medidas de seguridad, exigiendo la asunción de las mismas, incluso de índole coercitivo, si fuesen necesarias, para subsanar las carencias que puedan acontecer en materia de seguridad, pero no sólo a las empresas sino también a los trabajadores que en gran medida incumplen la normativa voluntariamente y no utilizan los instrumentos que las empresas ponen a su disposición, por hacerles más incómodo su trabajo.

JUANA RUIZ JIMÉNEZ

2. DERECHO MERCANTIL

PROPIEDAD INDUSTRIAL. MARCAS.—EJERCICIO DE ACCIÓN DE INFRACCIÓN DE MARCA, DE CESACIÓN, E INDEMNIZACIÓN. LÍMITES AL DERECHO DE MARCA DEL TITULAR (ABUSO DE DERECHO). (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE FEBRERO DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Marín Castán.

Antecedentes.—Se solicita, por el titular de la marca «TRANSPORTE LA GALAICA», el cese en el uso de ésta, por parte de quienes hasta una determinada fecha habían venido usando en el tráfico el citado signo distintivo con su consentimiento. El titular de la marca solicita también una indemnización económica por el daño causado por quienes han utilizado la marca, así como la publicación de la sentencia condenatoria.

Doctrina.—El TS ha considerado que el requerimiento de los titulares de una marca, a quienes venían utilizando el citado signo distintivo en el tráfico con su consentimiento para que cesen en tal uso, no constituye un supuesto de abuso de derecho, como alegaban los recurridos. Tal planteamiento se apoya en la circunstancia de que el requerimiento por parte de los titulares sólo se produjo una vez que los recurrentes les notificaron su decisión de dar por finalizadas las relaciones comerciales que hasta la fecha venía manteniendo; en ese momento, y no antes, los titulares de la marca deciden requerir a los ahora recurridos para que cesen en el uso del signo distintivo, lo que, a juicio del TS, no supone un abuso del derecho que sobre la marca detentan los recurrentes, sino un uso legítimo derivado del derecho de marca del que son titulares.

Hechos.—En 1961 se constituye la sociedad «TRANSPORTES LA GALAICA», solicitando don D. E. Domínguez la marca «Transportes la Galaica» ante la OEPM en 1967, como signo distintivo de agencia de transportes por carretera. Don D. E. fallece, otorgando testamento en el que instituye herederos a sus siete hijos, constituyéndose un usufructo en favor de su esposa doña A. S., titular de la marca «LA GALAICA», para transporte por carretera de mercancías, quien autoriza el uso del citado signo, para los servicios indicados, a sus siete hijos. Desde tal fecha, sus hijos vienen usando en el tráfico el signo «LA GALAICA», en relación a diferentes sociedades, y de mutuo acuerdo entre ellos y con el consentimiento de la madre; así, por ejemplo, en 1978 se constituyó «Transportes Galaica Bilbao», en 1982 «Transportes La Galaica Guipúzcoa y Navarra», y en 1986 «Transportes Galaica Vigo».

Con posterioridad, la titular del signo lo transmite a los recurrentes en la sentencia de casación que comentamos en estas líneas. Desde entonces, los titulares de la marca, en virtud del vínculo familiar que les une con los restantes usuarios del signo distintivo «La Galaica», consienten en que éstos continúen usando el citado signo; de esta forma, durante ese período de tiempo, mantienen relaciones comerciales. No obstante, con fecha 7 de enero de 1994, los recurridos en casación comunican a los titulares de la marca que con tal fecha desean poner fin a las relaciones comerciales hasta entonces mantenidas, respecto de la ruta Irún-Vigo. Esta circunstancia provoca que los titulares de la marca requieran a los ahora recurridos para que cesen en el uso del signo desde tal momento.

Ante tal requerimiento, los recurridos consideran que tal solicitud es en realidad un supuesto de abuso de derecho por parte de los titulares del signo, alegando en defensa de sus pretensiones (continuar usando el signo) que el cese en el uso del signo supondría la pérdida de la clientela que, como consecuencia de la labor desarrollada a lo largo de los años, han logrado afianzar.

Por el contrario, los titulares del signo estiman que no se trata de un ejercicio abusivo del derecho de marca, sino de un uso legítimo que deriva del derecho de marca, en la medida que sólo lo han ejercitado una vez que los demandados les comunicaron su deseo de poner fin a las relaciones comerciales que venían manteniendo.

Presentada demanda en primera instancia, los demandantes (titulares de la marca) no obtienen éxito en sus pretensiones —ante la argumentación del Tribunal de que «resultaría contrario a las exigencias de la buena fe privar a la demandada del uso de una marca de la que había venido disfrutando durante más de trece años, constituyéndose su propia clientela» (fundamento primero)—, por lo que recurren en apelación, confirmando la AP la sentencia de instancia. Finalmente, presentan los titulares de la marca recurso de casación ante el TS quien, finalmente, estima parcialmente sus pretensiones.

COMENTARIO

1. La sentencia comentada en estas líneas, que se enmarca en el ámbito del Derecho de la Competencia, aborda una de las cuestiones centrales —y también más complejas— de este sector jurídico, y, en particular, del Derecho de la Propiedad Industrial. Se trata de la ya clásica temática del ejercicio de los derechos conforme a la buena fe ex artículo 7.1 del Código Civil (CC), sin que medie abuso del derecho (art. 7.2), temática que tiene además importantes implicaciones o conexiones con el ámbito tuitivo del Derecho de la Competencia.

Es sobradamente conocido que «la buena fe» hace referencia al principio general informador del ordenamiento jurídico, que presenta además un carácter o naturaleza subjetiva, en el sentido de que se trata de una situación o estado de obrar que sólo conoce, en principio, la persona en particular. Pese al carácter subjetivo, ello no ha sido impedimento para que el legislador español, siguiendo en este aspecto al helvético —quien utiliza el criterio de la «buena fe objetiva» en el marco de la Ley federal de competencia desleal—, haya asumido en algunas ocasiones la «buena fe objetiva»; así, la Ley de competencia desleal española de 1991 (LCD), en el artículo 5, con ocasión de la cláusula general de deslealtad, se refiere al acto desleal como «todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe objetiva».

En el ánimo de precisar qué debemos entender por «buena fe objetiva», se ha señalado que es «la confianza que legítimamente tienen todos los que participan en el mercado en que todos los que actúan en él tendrán una conducta correcta» (1). De esta forma, el ejercicio de un derecho, siguiendo el sentido concedido a la «buena fe objetiva», debe realizarse conforme a los criterios o parámetros que todos esperamos, por constituir el uso o ejercicio estimado razonable, «conforme a un estándar o modelo ideal de conducta

(1) Vid. BERCOVITZ, A., «La competencia desleal», *Derecho de los Negocios*, 1991, pág. 8.

social» (2), es decir, conforme a un ejercicio que no implique un abuso del derecho del que se es titular. Desde esta perspectiva, la buena fe operaría como un límite al ejercicio de los derechos subjetivos (3).

Aunque han sido muy numerosos los planteamientos propuestos para dotar de contenido «la buena fe», los planteamientos imperantes en este aspecto aconsejan asumir como criterio integrador de la buena fe objetiva un fundamento económico, en especial los valores constitucionalmente tutelados (libertad e igualdad de los operadores en el marco de una economía de mercado) (4). Con fundamento en lo anterior, la buena fe objetiva implica el ejercicio de un derecho conforme al principio de eficiencia o competencia por las prestaciones, lo que implica que la ventaja concurrencial frente a otros operadores en el mercado se obtenga con fundamento en el propio esfuerzo competitivo.

Por lo que se refiere al ámbito tuitivo del Derecho de la Competencia —segundo aspecto relacionado con los hechos que dieron lugar a la sentencia por nosotros en estos momentos comentada—, conforme a los modernos planteamientos asumidos por éste, es sabido que, en primera instancia, este sector jurídico pretende la tutela del correcto funcionamiento del mercado, y de forma refleja o indirecta, la tutela de los participantes en él (consumidor y competidores), como se desprende del propio artículo 1 de la LCD. Y es que se estima que sólo tutelando el interés general —cifrado en el mantenimiento de un orden concurrencial saneado—, podrán tutelarse los otros intereses en juego en el mercado. Conforme a tal planteamiento, no se trata de situar en un segundo plano, por ejemplo, el interés privado del titular de la marca —que no olvidemos que es un interés directamente tutelado por las normas que regulan el régimen jurídico de los signos distintivos, como hace la LM—, sino de tutelar el interés individual (el interés del titular de la marca) a través de la tutela del correcto funcionamiento del mercado, circunstancia por la que se impiden aquellos comportamientos realizados por terceros (no autorizados) que sean idóneos para poner en entredicho la función esencial de la marca (función distintiva e indicadora del origen empresarial del producto/servicio distinguido).

2. En los hechos que dieron origen a la sentencia que comentamos en estas líneas, la cuestión central se planteaba en torno al posible ejercicio abusivo del derecho de marca por los titulares de la marca «LA GALAICA». Se trataba de determinar si, tal y como alegaban los recurridos, el requerimiento realizado por los titulares para que se cesara en el uso del signo, constituía un ejercicio abusivo del derecho de marca. Alegaban los recurridos, para fundamentar su planteamiento, que, puesto que durante más de trece años habían venido usando el signo en cuestión en relación al transporte de mercancías en el área Vigo-Irún, captando y afianzando con el transcurso del tiempo una considerable clientela, el cese en el uso del signo supondría imposibilitar a los recurridos para el ejercicio de su actividad profesional (transporte de mercancías en carretera) (fundamento primero), además de la consiguiente pérdida de clientela.

(2) Vid. Díez Pícazo, L., en el Prólogo a Wieacker, F., «El principio general de la buena fe», 2.^a ed., de *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1982, pág. 13.

(3) Vid. Díez-Pícazo, L., en Prólogo, Wieacker, F., «El principio...», *op. cit.*, pág. 21.

(4) Vid. Molina Blázquez, C., «La función de la Ley de Competencia Desleal en la normativa española de la Competencia», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1/1992, págs. 29-44.

Son varias las consideraciones que debemos realizar al respecto:

a) La primera está relacionada con el efecto que el uso de la marca «LA GALAICA» por los recurridos tendría en el mercado en su conjunto —en particular desde que ponen fin a las relaciones comerciales que les vinculaban con los titulares del signo— puesto que, no olvidemos, es el interés general en el correcto funcionamiento del mercado el interés directamente tutelado por el Derecho de la Competencia.

Para ello, tomamos como punto de partida la función esencial que cumple la marca, que es ser un signo idóneo para distinguir productos/servicios respecto de otros idénticos o similares, indicando el origen empresarial. Tal y como expuso el TS, todos los usuarios de la marca litigiosa (titulares y meros usuarios) tenían en común el origen familiar: se trataba de hermanos que habían creado diversas empresas de transportes de mercancía por carretera y que, en virtud de la autorización de dos de ellos (titulares de la marca), permitían el uso de la marca a todos los restantes. De esta forma, y aunque cada una de las empresas incorporaba a la marca en cuestión la denominación del área en la que prestaba servicios (así, Vigo-Irún, Guipúzcoa-Navarra), el uso de la marca «LA GALAICA» para distinguir su actividad en el tráfico, es evidente que era idóneo para inducir al consumidor (clientela) a considerar que se trataba de empresas que mantenían entre ellas relaciones comerciales o jurídicas, como de hecho sucedía en la realidad. Es decir, la clientela podía fácilmente considerar que se trataba de empresas que pertenecían al mismo grupo (relación económica), o bien que entre ellas existía un contrato de franquicia en virtud del cual el titular de la marca «LA GALAICA» autorizaba a las restantes al uso de la citada marca (relación jurídica).

Ahora bien, tales consecuencias —que muy probablemente se producían en la práctica, y que no planteaban, según se desprende de los datos fácticos mencionados por el TS, ningún problema a los titulares de la marca «LA GALAICA», porque se trata de circunstancias que sucedían en realidad: el uso de la marca «LA GALAICA» se funda en la autorización de los titulares—, deben recibir una valoración distinta cuando, como sucede en el supuesto que valoramos en estas líneas, las circunstancias se modifican. Nos referimos al dato de que los recurridos comuniquen a los recurrentes que, con fecha 7 de enero de 1994, desean poner fin a las relaciones comerciales que hasta la fecha les habían vinculado, «como consecuencia de las desavenencias de las relaciones surgidas en torno al desarrollo de sus respectivas empresas» (fundamento segundo). Y es que tal circunstancia no es desde luego irrelevante a efectos del uso de la marca «LA GALAICA».

En efecto, si tomamos en consideración que, de una parte, la marca distingue el origen empresarial de un producto/servicio, y, de otra parte, que la marca no debe introducir en el canal informativo (titular marca-mercado) elementos que no respondan realmente a la realidad, es evidente que tras el cese de las relaciones comerciales entre los titulares de la marca «LA GALAICA» y de los hasta entonces usuarios de ésta, se producirían irregularidades en el proceso informativo que pretende cumplir la marca. Y ello porque la continuación en el uso de la marca «LA GALAICA» por los hasta entonces usuarios, no induciría a los clientes a considerar que algún cambio se haya producido, cuando en realidad modificaciones comerciales de carácter esencial se han producido. En definitiva, el uso de la marca «LA GALAICA» por los hasta entonces usuarios, una vez que cesan las relaciones comerciales

entre ellos mismos y los titulares del signo, sería una circunstancia idónea para provocar en el mercado un «riesgo de asociación».

El «riesgo de asociación» es estimado un efecto que debe evitarse, tanto por la LM como por la LCD (art. 6), en la idea, como hemos señalado, de que introduce en el proceso o canal informativo que realizan los signos distintivos en general, y muy especialmente las marcas, «interferencias comunicativas», lo que afecta negativamente el correcto funcionamiento del mercado en su conjunto.

b) La segunda matización está relacionada con el dato de la clientela, en el sentido alegado por los recurridos, esto es, que de impedirse por los titulares de «LA GALAICA» el uso de la marca, ello equivaldría realmente a la imposibilidad del ejercicio de la actividad profesional que vienen realizando hasta la fecha (transporte de mercancía por carretera), debido a la vinculación que la clientela realiza respecto de la marca con ellos mismos.

Compartimos con el TS los planteamientos manifestados sobre este aspecto, puesto que el hecho de que mediante el uso constante de la marca «LA GALAICA» los recurridos hayan logrado afianzar una sólida clientela, no debe ser una circunstancia que impida a los titulares de la marca ejercitar las facultades derivadas del derecho que les asiste (derecho de marca). Y ello, porque, como expresamente indica el TS (fundamento segundo), si bien es cierto que en el moderno Derecho sobre marcas y competencia desleal el interés general del consumidor debe considerarse preponderante sobre el interés particular del titular de la marca, también lo es que no cabe vaciar de contenido el derecho de exclusiva reconocido al titular de la marca. Y es que, en definitiva, no es posible desconocer el evidente contenido patrimonial del derecho de marca, derecho que tienden a salvaguardar de forma suficiente el elenco de acciones reconocido en la LM.

Además, es evidente que los recurridos disponen de recursos suficientes para poner en conocimiento de su clientela las nuevas circunstancias: que desde el día 7 de enero de 1994, la actividad profesional que desarrollan lo hacen de forma independiente, sin colaboración con el resto de empresas familiares, nucleadas en torno a la marca «LA GALAICA», desarrollando desde tal fecha su actividad comercial, por ejemplo, en torno a una nueva marca por ellos indicada. De esta forma, los recurridos salvaguardarían sus legítimos intereses, como es la clientela, sobre la que, aún sin existir un derecho de exclusiva, se han generado ciertas expectativas.

Y si, finalmente, pese a haber los recurridos realizado tal anuncio a su clientela, no pudieran «retenerla», de forma que ésta se desplazara hacia la actividad profesional de los titulares de la marca «LA GALAICA», ello tampoco debería ser valorado necesariamente como una circunstancia ilícita. Y es que, como hemos indicado, sobre la clientela no existe derecho de exclusiva alguno, sino que es más bien una relación de hecho que está sujeta por naturaleza a modificaciones; ello se comprende si traemos a colación el ya citado principio de competencia por la eficiencia o por las prestaciones, que implica que en el mercado triunfará quien, por ofrecer prestaciones en base a su propio esfuerzo en las mejores condiciones (precio, calidad, etc.), consiga por ello atraer a la clientela, incluso en detrimento del competidor.

Por ello, el hecho de que los titulares de la marca «LA GALAICA» logran incluso atraer para sí a la antigua clientela de los recurridos, tal circunstancia no debe valorarse como ilícita o desleal. Cosa distinta sería que los recurrentes, empleando técnicas desleales de captación de clientela, atrajeran para sí la clientela de los recurridos, lo que no llega a producirse en el asunto que comentamos.

3. El TS se pronunció en el sentido de considerar que no procedía la pretensión de las recurrentes relativa a la posible indemnización que debían satisfacer los recurridos por el uso indebido de la marca «LA GALAICA». El argumento esgrimido por el TS fue el dato de que los recurrentes no habían mostrado «la más mínima intención a esta cuestión, hasta el punto de que ni siquiera se interesó la fijación de aquellas ganancias en ejecución de sentencia, signo demostrativo de una falta de interés de la parte actora en su pedimento indemnizatorio» (fundamento tercero).

Efectivamente, como indica el TS, es necesario que quienes reclaman una cantidad en concepto de indemnización, describan las circunstancias que la han originado y que justifiquen tal reclamación de carácter indemnizatorio, sin que sea suficiente la simple mención del artículo relativo a la indemnización (art. 38 LM), o la simple mención a que deban tomarse «las ganancias que la parte usurpante haya obtenido», sino que necesariamente deben incorporarse unos datos mínimos en relación al cómputo inicial de tales ganancias, por ejemplo, o a las fechas en que se obtuvieron. En definitiva, el TS parece mostrarse reticente a admitir una petición indemnizatoria sin que medie algún tipo de prueba del daño causado a los recurrentes.

En todo caso, y respecto de este aspecto, cabe plantearse cuál hubiera sido la resolución de haberse aplicado la nueva Ley de Marcas de 2001, que, como es sabido, reconoce al titular del derecho de marca (siempre que la violación de la marca hubiera sido judicialmente declarada), una indemnización, sin necesidad de prueba, que asciende al 1 por 100 de la cifra de negocios realizada por el infractor con relación a los productos o servicios ilícitamente marcados (43.5) (5). Con fundamento en este precepto, si el TS reconociera la infracción de la marca «LA GALAICA» (por parte de los recurridos) durante el tiempo que media entre el 7 de enero de 1994 y el momento en el que se les requiere para que cesen en el uso del signo, los titulares de la marca tendrían derecho al 1 por 100 de la cifra de negocios realizada por aquéllos.

4. A la vista de las consideraciones expuestas, podemos concluir afirmando que la sentencia del TS comentada es exponente de los planteamientos que imperan en el moderno Derecho de la Competencia, y que, de forma general, se cifran en la tutela de primordial del interés general en el correcto funcionamiento del mercado. Por ello, compartimos los planteamientos expuestos por el TS en relación a la actuación de los titulares de la marca «LA GALAICA», en primer lugar, porque de otra forma, de permitirse que los recurridos continuaran en el uso de la citada marca, se produciría un «riesgo de asociación» en la clientela en el sentido expuesto, y, en segundo lugar, porque es una facultad de todo titular de una marca el revocar un acto de consentimiento en virtud del cual había permitido el uso de la marca de la que es titular, máxime atendiendo a las circunstancias específicas que confluyen en el supuesto que dio lugar a la sentencia del TS por nosotros comentada, sin que se derive de tal actuación un comportamiento que merezca ser calificado como ejercicio abusivo del derecho.

EVA MARÍA DOMÍNGUEZ PÉREZ

(5) Vid. GARCÍA MARTÍN, I., «Cálculo de la indemnización por daños y perjuicios», en *Comentarios a la Ley de Marcas*, dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Madrid, 2003.

PROPIEDAD INTELECTUAL. VIOLACIÓN DE DERECHOS EXCLUSIVOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL GESTIONADOS POR LAS DIFERENTES ENTIDADES DE GESTIÓN.—ALCANCE DE ESTOS DERECHOS A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE DECLARÓ INCONSTITUCIONAL EL ARTÍCULO 557 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, CONSIDERANDO QUE LAS HABITACIONES DE LOS HOTELES GOZAN DEL MISMO CARÁCTER Y PROTECCIÓN QUE EL DOMICILIO PRIVADO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE MAYO DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

Antecedentes.—Dos de las más importantes Entidades de Gestión españolas, la SGAE (Sociedad General de Autores y Editores) y la AGEDI (Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales), presentan una demanda contra los titulares de un complejo turístico, situado en el municipio grancanario de San Bartolomé de Tirajana, por violación del derecho exclusivo de comunicación pública sobre obras y fonogramas protegidos por derecho de autor, cuyos derechos patrimoniales son gestionados por estas dos Entidades. De esta manera, argumentan los demandantes que, en este centro turístico, estas obras protegidas están siendo comunicadas al público sin ser titulares de las oportunas licencias de explotación que los demandantes deben expedir.

Sobre la base de este diagnóstico de la realidad, los demandantes exigieron, ante el Juzgado de Primera Instancia del citado municipio, la suspensión de la explotación de las obras y fonogramas por ellos gestionados hasta que los titulares del complejo turístico no obtuvieran la correspondiente licencia de explotación. Para garantizar este extremo se solicitó la remoción de los aparatos utilizados que puedan ser separables del local en el que se encontraban instalados y/o el precinto de los que no pudieran serlo. De igual modo, para efectuar la reparación de los daños causados por la explotación ilícita, se exigió el pago correspondiente por la utilización de las obras y fonogramas que hasta ese momento se habían efectuado, así como al pago de las costas generadas por el proceso. En Primera Instancia, los demandantes reciben sentencia favorable, concediéndoseles la totalidad del *petitum* en sentencia de 10 de noviembre de 1995. No obstante, la sentencia realiza una salvedad de importancia, excluir la obligación del pago de derechos de autor a la comunicación efectuada a través de los televisores instalados en las habitaciones del complejo turístico, fundamentándose en la sentencia del Tribunal Constitucional que determinó que las habitaciones de los hoteles eran equiparables en protección a la figura del domicilio.

Recurrida la resolución judicial ante la Audiencia Provincial de Las Palmas, ésta revoca la sentencia, argumentando la falta de legitimación activa de las Entidades de Gestión (sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 16 de marzo de 1997, y Auto de 2 de mayo de 1997).

Ante la Resolución de la Audiencia Provincial, las Entidades de Gestión interponen recurso de casación ante el Tribunal Supremo, recurso que es admitido y que da lugar a la sentencia de 31 de enero de 2003, sentencia que vuelve a ser recurrida por distintas causas procesales ante el mismo órgano, dando lugar a la sentencia que ahora analizamos.

Doctrina.—El derecho exclusivo de comunicación pública es uno de los derechos patrimoniales clásicos en el ámbito de la propiedad intelectual que,

como es sabido, viene regulado en el artículo 20 TRLPI. Como todo derecho patrimonial, tiene un carácter exclusivo y económico. Este derecho patrimonial, tradicionalmente, ha sido definido como aquél en virtud del cual una pluralidad de personas puede tener acceso a una obra, sin la existencia de una previa distribución de ejemplares. La determinación del concepto de pluralidad de personas, de público, no ha sido sencilla y es preciso atender a determinadas consideraciones, elaboradas por la doctrina, que se han visto plasmadas en nuestro TRLPI, ex artículo 20.1. Así, es imposible entender que la comunicación posee el carácter de «pública», siempre que la misma se efectúe en un ámbito doméstico que no esté integrado o conectado a ningún tipo de red de difusión. Pero, de nuevo, la doctrina ha vuelto a encontrarse con el problema conceptual del término «doméstico». Parece claro que el término no ofrece dudas cuando nos referimos al entorno familiar o de amistad próximo donde el derecho exclusivo, manifiestamente, no opera. No obstante, en un intento de objetivización del concepto, la doctrina más cualificada en el ámbito de la propiedad intelectual señala que el carácter doméstico del acto de comunicación pública debe ser apreciado conforme a su dimensión espacial o temporal y a su extensión cumulativa —V. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Manual de Propiedad Intelectual*, 2001, Valencia, pág. 89—. De esta manera, en un ámbito familiar, de acceso reducido e individualizado, se entiende que el acto no será de comunicación al público sino de mera recepción. No obstante, en su extensión cumulativa, como es el caso de las habitaciones de los hoteles, la doctrina ha sostenido que, desde la perspectiva del derecho de autor, este acto sí debía considerarse un acto de comunicación pública.

Otra cuestión que, desde el punto de vista doctrinal y a tenor de la sentencia, debemos examinar, es la referida a la figura de las Entidades de Gestión. En este sentido, ex artículo 147 TRLPI, podemos definir a estas entidades como aquéllas legalmente constituidas, autorizadas por la Administración y carentes de un fin lucrativo, que tienen como fin la gestión, en nombre propio o ajeno, por cuenta e interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual de los derechos exclusivos de carácter patrimonial. Determinado el concepto, tanto desde la perspectiva doctrinal como desde la del derecho positivo, se ha cuestionado, como ocurre en la sentencia analizada, la capacidad de legitimación activa que en los procesos judiciales poseen estas Entidades de Gestión. En este sentido, a la luz del artículo 150.1 TRLPI, no parece discutible negar esta legitimación al señalar el propio texto normativo que éstas, una vez constituidas, estarán legitimadas para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales. Aun así, la cuestión no es tan sencilla como *a priori* se presenta, pudiendo dar lugar a alguna controversia que examinaremos más adelante.

COMENTARIO

Dos son las grandes cuestiones que entra a valorar la presente sentencia del Tribunal Supremo:

A) La primera se refiere, claramente, al examen del derecho exclusivo de comunicación pública, esto es, a la necesidad de contar, por parte de quien

realiza un acto de comunicación pública, con la correspondiente licencia de explotación, otorgada por las Entidades de Gestión, gestoras de los derechos de las obras y fonogramas objeto de explotación. Es ésta una cuestión que no ha planteado una mayor controversia. Lo importante de esta sentencia radica en la apreciación del carácter de comunicación pública en aquellos ámbitos espaciales que la doctrina llamaría de extensión cumulativa, esto es, aquellos lugares donde la comunicación es visionada por un número limitado de individuos, siendo éstos diferentes en el transcurso temporal, tal como ocurre en el supuesto de las habitaciones de los hoteles. Y es justamente en este supuesto donde esta sentencia entra a analizar el problema. Pero, antes, pongámonos en antecedentes. La cuestión que se analiza es si el titular de un establecimiento hotelero está obligado al pago de un canon por la comunicación pública de las obras recibidas a través de radiodifusión televisiva. La solución tiene mucho que ver con el concepto que se defiende de comunicación pública ya que, al no existir una solución positiva concluyente, varias son las posibilidades interpretativas que se abren.

De esta manera, un sector doctrinal afirma que el obligado al pago de licencias exigidas por Entidades de Gestión (el titular del complejo turístico en el caso que nos ocupa) realmente no emite ni transmite la obra protegida, sólo recibe una señal radiodifundida que contiene una obra protegida por derechos de propiedad intelectual, por lo que el titular del establecimiento no debería verse obligado a soportar el pago de esta licencia.

Otra línea interpretativa, de gran arraigo en la Jurisprudencia española, considera que la comunicación al público no sólo incluye la emisión o radiodifusión original de una obra, sino también la recepción de la señal que facilita su audición, conocimiento y disfrute por el público agrupado en un establecimiento concreto, constituyendo ambos el momento inicial y final del proceso de comunicación al público (cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1993). Así, el titular de un establecimiento abierto al público que instala un aparato receptor está propiciando el acceso y el disfrute de la obra a un público distinto y adicional de aquél al que va destinada en origen la comunicación original vía radiodifusión (ámbito doméstico), por lo que debe preconizarse la existencia de dos cánones diferentes tanto para quien emite por radio o televisión la obra musical como para quien recibe la señal para ponerla, en su establecimiento, a disposición del público presente en un momento concreto. Dentro de este segundo grupo se engloba el supuesto que analiza la presente sentencia, esto es, el pago de las licencias por comunicación pública de las televisiones y, por extensión, de cualesquiera otros instrumentos destinados a posibilitar el mismo fin, situadas en las habitaciones de los hoteles. A este respecto debemos decir que esta sentencia es el final del camino que el Tribunal Supremo ha recorrido en esta materia. Y esto es así porque, en unos primeros momentos, tal como se desprende del texto de la sentencia anteriormente dictada y recurrida ante el propio Tribunal Supremo (cfr. STS núm. 40/2003, de 31 de enero de 2003), éste entendió que, en este supuesto, existía la obligación del pago de esta licencia, pues bastaba la simple posibilidad de que una emisión pueda ser disfrutada por varias personas, incluso de forma sucesiva, como sucede en la habitación de un hotel (comunicación pública en su extensión cumulativa) para que existiera comunicación pública, máxime cuando la recepción de señales de radiodifusión en las habitaciones de hoteles puede considerarse un servicio hostelero por el que se cobra un

precio adicional, lucrándose finalmente el hotel con las creaciones intelectuales de terceros emitidas por radiodifusión.

Con todo, esta STS de 31 de enero de 2003 no es más que el inicio del camino que el Tribunal Supremo ha recorrido, pues, posteriormente, en la sentencia que analizamos, el Tribunal Supremo cambia su criterio jurisprudencial, adoptando una línea más moderna y adaptada a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Este órgano jurisdiccional, en sentencia de 17 de enero de 2002, había declarado la inconstitucionalidad del artículo 557 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, considerando las habitaciones hoteleras como domicilios a efectos constitucionales. Esta consideración, indudablemente, iba a tener una influencia crucial en el ámbito del derecho exclusivo de comunicación pública, pues, como es sabido, una comunicación en el ámbito privado o doméstico queda excluida del ámbito del derecho exclusivo de la comunicación pública (V. WALTER, M., «*Gemeinschaftsantennen und Rundfunkvermittlungsanlagen*», UFITA bd. 69, 1973, pág. 118).

De esta manera, el Tribunal Supremo en esta sentencia, adoptada por el Pleno de la Sala y que crea jurisprudencia firme, parece decantarse por la segunda interpretación existente, esto es, que la comunicación al público no sólo incluye la emisión o radiodifusión original de una obra sino también la recepción de la señal que facilita su audición, conocimiento y disfrute por el público agrupado en un establecimiento concreto. Así, constituyen ambos el momento inicial, y el final del proceso de comunicación al público, estableciendo, eso sí, la exclusión del derecho exclusivo a las habitaciones de los hoteles, siempre que los aparatos instalados en éstas únicamente capten la señal transmitida, sin que exista en el hotel un sistema propio de radiodifusión (por ejemplo, un hotel que emite sólo para las habitaciones obras cinematográficas protegidas a través de una red de televisión propia instalada a tal efecto en el establecimiento).

No obstante, parece criticable el hecho de que esta conclusión deba desprenderse de la sentencia y no haya sido declarada expresamente si la mera recepción, con carácter general, entra de lleno en el ámbito del derecho exclusivo de comunicación pública, tal como afirmamos. A nuestro juicio, esta cuestión es la que, en realidad, merece todo el interés, excediendo con mucho la cuestión de las habitaciones de los hoteles. El Tribunal Supremo en esta decisión, máxime cuando ha sido adoptada por el Pleno del órgano jurisdiccional, debía haber entrado de forma más profunda en la cuestión, atreviéndose a declarar de forma expresa, sin vacilación y con una contundente fundamentación jurídica, el objeto de la cuestión, esto es, si la mera recepción de una señal en un establecimiento público de cualquier naturaleza, y no sólo en las habitaciones de los hoteles, constituye una conducta que incurre en el derecho exclusivo de comunicación pública. Ciertamente es, e insistimos una vez más para una mayor claridad, que del texto se desprende la voluntad del juzgador de incluir, con carácter general, la mera recepción de la señal dentro del derecho de comunicación pública. No obstante, entendemos que hubiera sido deseable que esta idea hubiera sido declarada de forma más taxativa y jurídicamente fundamentada.

B) La legitimación activa de las Entidades de Gestión en los procesos judiciales por infracción de los derechos de autor es la segunda cuestión relevante que examina la resolución judicial que estamos tratando. A pesar de ser ésta una cuestión ampliamente tratada en la doctrina, y aun en anteriores

sentencias del Tribunal Supremo, la Audiencia Provincial de Las Palmas, de forma inexplicable, insistió en negar la legitimación de estas entidades, tal como ya había hecho en dos sentencias anteriores, resoluciones judiciales que habían sido revocadas por el Tribunal Supremo (cfr. dos sentencias del TS de 29 de octubre de 1999). Por ello, vuelve a parecer un acierto declarar y fundamentar en una sentencia dictada por el Pleno esta cuestión. Así, la sentencia viene a declarar no sólo la legitimación que poseen las Entidades de Gestión, sino que ésta tiene un carácter propio y no por sustitución. En otras palabras, la legitimación de las Entidades de Gestión se proyecta a aquellos derechos *in genere* que constituyen el objeto de su actividad, conforme a lo dispuesto en los Estatutos que las rigen y no en los concretos derechos individuales. Debemos tener presente que, aunque existe esta legitimación, las Entidades de Gestión, básicamente en aquellos casos en los que se reclama el pago de deudas derivadas de la explotación ilegítima de obras o fonogramas protegidos, deben acreditar que el titular de los derechos les ha encomendado la gestión de sus derechos exclusivos (cfr. art. 264.2 LEC). Esta acreditación, ex artículo 150.2 TRLPI, se produce con la presentación de sus Estatutos y con la certificación de la autorización administrativa de la entidad en cuestión. Además, y como consecuencia de la redacción del TRLPI, introducida por la Disposición Final de la LEC 1/2000, el demandado únicamente podrá oponerse por la falta de representación de la actora, por la falta de la autorización del titular del derecho exclusivo o por el pago de la remuneración correspondiente. A pesar de que esta situación ha recibido algunas críticas, tales como la puesta en duda de si esta limitación a las causas de oposición puede limitar la tutela judicial efectiva o si, en realidad, la documentación exigida no acredita convenientemente que la entidad gestiona los derechos —V. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Manual de propiedad intelectual*, 2001, Valencia, pág. 248—, cuestión, por otro lado, cierta a todas luces, lo cierto es que en esta sentencia me atrevo a decir que definitiva en lo que a este asunto se refiere, nuestro Tribunal Supremo es fiel a su criterio jurisprudencial y *de facto* otorga legitimidad activa para representar judicialmente a todos los titulares de derechos de propiedad intelectual que la Entidad de Gestión tenga encomendada en sus Estatutos, independientemente de que se haya encomendado o no, en cada caso concreto, la gestión de los mismos.

JUAN FRANCISCO ORTEGA DÍAZ

3. URBANISMO

POR EL DESPACHO JURÍDICO Y URBANÍSTICO LASO & ASOCIADOS

CANCELACIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES.—INSCRIPCIÓN DE APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO Y NULIDAD DEL PLAN.—INSCRIPCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES Y PROTECCIÓN REGISTRAL. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2002.)

I. RESUMEN

I.1. LA SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN

La Resolución comentada confirma la calificación registral del testimonio de una sentencia en firme por la que se declaraba la nulidad de la aprobación de una modificación de Plan General sobre fincas en las que constaba en folio independiente inscrito el aprovechamiento urbanístico dimanante de dicho plan en favor de terceros que, a su vez, lo habían adquirido por compra de quien figuraba como titular en el Registro.

Según recoge la propia Resolución, el 18 de abril de 2000 se presenta instancia en el Registro de la Propiedad de San Sebastián de los Reyes solicitando la cancelación de todas y cada una de las inscripciones del aprovechamiento urbanístico reconocido con motivo de la ejecución por el sistema de expropiación del Plan General de Ordenación Urbana de ese municipio, en un determinado ámbito de actuación, habida cuenta que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid había estimado un recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Compañía en nombre de la cual se presentaba la instancia mediante la sentencia 1.144 de 3 de julio de 1998. Se adjuntaba certificación literal que expresaba su firmeza emitida por la secretaria de la Sección correspondiente.

Se acompañaba también fotocopia de la certificación registral expedida el 28 de octubre de 2000, relativa a determinadas inscripciones practicadas por título de expropiación forzosa a favor de la beneficiaria de la expropiación y de los aprovechamientos urbanísticos practicados en folio independiente derivados de tales expedientes expropiatorios, al haberse acordado el pago del justiprecio, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 39.3 y 44 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

La sentencia cuya inscripción se pretendía, resolvía el recurso con el siguiente tenor literal:

«Fallamos que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador ... contra el acuerdo de la Consejería de Política Territorial de la Comunidad de Madrid, de 5 de mayo de 1994, sobre aprobación del Plan General de Ordenación Urbana de San Sebastián de los Reyes, en el ámbito de actuación ... y en consecuencia declaramos la nulidad de la citada Resolución al no ser ajustada a derecho».

Debe significarse que la nulidad se declaraba, en lo que interesa al presente comentario, en relación con una infracción manifiesta de procedimiento, por haberse tramitado la alteración de planeamiento a través del procedimiento de

modificación en lugar del de revisión, que era obligado, según asume la sentencia. Ello significa que, como reconocía expresamente el fallo, se declaraba la nulidad y no la mera anulación del acto, por ser nulo de pleno derecho, según resultaba de lo dispuesto en el artículo 62.1.e) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

Asimismo cabe concretar que la certificación de la sentencia que se unía a la instancia se había expedido atendiendo a la petición de su emisión para «*poder justificar... en el Registro de la Propiedad la sentencia recaída*», lo que se había acreditado por documento unido a la instancia.

El fundamento de la citada solicitud era, así mismo, que «*siendo el aprovechamiento urbanístico, inscrito como finca independiente, el resultante única y exclusivamente del planeamiento anulado, sin que tenga más entidad en este momento que la que se deduce de la publicidad del Registro, a fin de acomodar la realidad registral a lo que resulta de la sentencia dictada, de tal modo que éste alcance plenos efectos y no dé lugar entre los afectados a la apariencia de un derecho que es inexistente, es procedente su cancelación una vez extinguido por sentencia firme el planeamiento del que dimana*».

I.2. LA NOTA DE CALIFICACIÓN

Calificado el documento presentado por el Registrador de la Propiedad, éste acuerda «*denegar las cancelaciones pretendidas de las inscripciones de aprovechamientos urbanísticos a que se refiere la instancia... por no ser dicha instancia, acompañada del certificado literal del fallo que se adjunta, "título hábil" para practicarlas*».

Al margen de señalarse que existía en tramitación un nuevo planeamiento posterior al anulado, los Fundamentos Jurídicos en que se apoya la calificación del Registrador son los siguientes:

«**PRIMERO.**—Como señala GONZÁLEZ PÉREZ, a partir de la entrada en vigor de la Constitución, la potestad de los Tribunales del Orden Contencioso-Administrativo para "hacer ejecutar lo juzgado" es incuestionable. Así se deduce sin el menor asomo de duda del apartado 3 del artículo 117 del Texto Constitucional.

SEGUNDO.—Superada, pues, la jurisprudencia emanada de los artículos 9 y 103 de las antiguas Leyes Reguladoras de la Jurisdicción de 1894 y de 1956, respectivamente, que entendía que la ejecución de las sentencias administrativas correspondía a la propia Administración, y sin perjuicio de la fiscalización de los Tribunales, la nueva Ley Reguladora de 1998 establece en el apartado 1 de su artículo 103 que "La potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales..."

Y por si fuera poco lo anterior, agrega el artículo 104.2 que:

"Transcurridos dos meses a partir de la comunicación de la sentencia... cualquiera de las partes afectadas podrá instar su ejecución forzosa".

Por último, el 107 prevé que:

"Si la sentencia anulase total o parcialmente el acto impugnado, el Juez o Tribunal dispondrá a instancia de parte la inscripción del fallo en los Registros Públicos a que tuviere acceso el acto anulado..."

Bien es verdad que la sentencia número 144 se dictó el 3 de julio de 1998 y que la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción es de 13 del mismo mes y año, con entrada en vigor a los cinco meses. Pero no es menos cierto:

a) *Que la potestad de ejecutar las sentencias corresponde exclusivamente a los Tribunales desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978; y,*

b) *Que la eventual ejecución de la sentencia 1144/98, en orden a los supuestos contemplados en el artículo 107, se regirá por la nueva Ley, según su Disposición Transitoria cuarta.*

TERCERO.—Es preciso aludir finalmente, al principio de seguridad jurídica consagrado por el artículo 24 de la Constitución, principio del que los registradores son especialmente guardianes en orden al contenido y conservación de los asientos registrales, sobre todo en aquellos supuestos en que no reflejando el Registro medida cautelar alguna, se pretenda la cancelación de aquéllos, en perjuicio de tercero que contrataron basándose en el propio Registro».

I.3. EL RECURSO GUBERNATIVO

Interpuesto recurso gubernativo contra la calificación se alegó:

«Siendo el título, mediante el cual se pretende la cancelación, la certificación de la sentencia firme dictada,... ésta había anulado la modificación del Plan General de Ordenación Urbana... declarando su nulidad por no ser ajustada a Derecho, sentencia que fue firme... en base a lo cual se pide la cancelación de los asientos practicados en el Registro de la Propiedad por virtud de los cuales habían sido inscritos, en folio independiente, los aprovechamientos urbanísticos resultantes de aquel plan por haberse producido su extinción».

Se sostenía también la legitimación para solicitar la cancelación basada en la condición de recurrente de la peticionaria y en cuanto a la vinculación de los terceros se expresaba:

«En todo caso la singularidad de la inscripción del aprovechamiento urbanístico y la inexistencia de recurso alguno que haya desvirtuado la firmeza de la sentencia determina la plena vinculación a terceros de acuerdo con la doctrina resultante de la sentencia del Tribunal Constitucional, de 23 de febrero de 1988, por la que determinadas partes en los procesos urbanísticos, dada la singularidad de su posición, un deber elemental de diligencia excluye la necesidad de su emplazamiento personal para que queden vinculados por las sentencias desfavorables que puedan dictarse».

Se defendía así que no existía indefensión para los terceros *«en cuanto que conocedores del proceso contencioso-administrativo no han interpuesto contra él recurso alguno que desvirtúe su eficacia».*

Al respecto del objeto de la inscripción se defendía que la Ley de 25 de julio de 1990 y en su Texto Refundido de 26 de junio de 1992 en su artículo 302.6 y el Decreto de 4 de julio de 1997, han admitido la inscripción en

folio separado del aprovechamiento urbanístico, como sucedía en el caso, *«sin embargo el hecho de que fuera susceptible de inscripción separada el aprovechamiento urbanístico e incluso en el supuesto de que se estimara que analógicamente era una hipótesis relativamente próxima a cualquier derecho real administrativo, no puede evitar que sus vicisitudes posteriores no afecten a su situación registral ni tampoco que se identifique con los que son verdaderos derechos reales administrativos»*.

Se continuaba defendiendo que el aprovechamiento urbanístico es una determinación propia de los Planes de Ordenación que, como es conocido, está sujeto a la vigencia del planeamiento del que dimana, por lo que, ya sea por el reconocimiento expícito y permanente de la jurisprudencia y en las leyes del *ius variandi* o facultad concedida a la Administración para que se modifique o deje sin efecto por la revisión o modificación del planeamiento o, en casos como el presente, por su anulación, tal objeto desaparece si se modifica el Plan, anulando o reduciendo el aprovechamiento urbanístico, así como si el Plan es revisado con indemnización o sin ella... Por tanto, se advertía que el aprovechamiento urbanístico, por el hecho de haber sido objeto de inscripción, no alcanza un grado de protección diferente del que tiene en base al planeamiento que le creó, sino que es dependiente totalmente de él. Por eso quien lo adquiere o inscribe a su favor sabe que adquiere o inscribe un derecho supeditado y subordinado a la vigencia del Plan del que dimana, por lo que, desaparecido el Plan, desaparece automáticamente el aprovechamiento urbanístico. De aquí que, anulado el Plan, vuelva el suelo a la condición que tenía originariamente.

Respecto a la extinción del aprovechamiento como determinación del Plan y su cancelación en el Registro se indicaba que *«no es un derecho real administrativo y ni por asomo constituye un derecho subjetivo sino una determinación del planeamiento cuya subsistencia es predicable tan solo mientras el plan existe»*.

Se alegaba también la Jurisprudencia de las sentencias de 7 de noviembre de 1990 y 4 de marzo de 1995, que reconocían la carencia de eficacia, valor y efecto a actos de ejecución del planeamiento o expropiatorios, respectivamente, cuando se había declarado la nulidad del planeamiento o del acto legitimador de la expropiación.

Así se transcribía la sentencia de 4 de marzo de 1995 cuando decía que, *«la sentencia anulatoria produce unos efectos erga omnes que no dependen de la pretensión deducida sino del contenido de la propia sentencia»*.

En relación con la exposición en la nota de calificación del Registrador de la existencia de un procedimiento en tramitación para aprobar un planeamiento respecto del ámbito cuya modificación del Plan General había sido anulada se señalaba que *«la producción posterior de un nuevo plan no convalida el anterior anulado, sino que se requeriría un nuevo acto y un nuevo convenio expropiatorio, con cancelación previa de la actual y se aludía a la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de junio de 2000, que impedía la convalidación de los actos nulos de pleno derecho»*.

Se culminaba indicando que el título para practicar la cancelación era la sentencia firme presentada, invocando el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, dado que con la sentencia, y tan sólo con ella, se agotan y conservan todos los efectos derivados de su carácter imperativo, sin necesidad de ningún acto posterior que la complemente o concrete.

Finalmente, se aludía a que incluso en relación con las concesiones administrativas, en el ámbito ya de los derechos reales administrativos, la senten-

cía del Tribunal Supremo, de 10 de abril de 1992, en consonancia con lo pedido en el recurso gubernativo decía:

«El título que dio lugar a la inscripción de las fincas (marismas) en el Registro de la Propiedad era un título administrativo (el concesional) que no civil: como consecuencia de que el mismo no podía ser novado sin el consentimiento y voluntad concurrente de la Administración actuante de la concesión, por lo que no es de aplicación al caso el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, máxime si constando al menos en la primera inscripción registral la circunstancia de tratarse de terrenos sometidos a concesión administrativa, respecto de tal publicidad registral no puede alegarse desconocimiento a los efectos de la buena fe adquisitiva inspiradora de la especial protección que otorga el citado artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Teniendo en cuenta que la presente contradicción del derecho inscrito procede de un acto administrativo, cual es el de la declaración de la caducidad de la concesión que tal inscripción originariamente causó, de ahí que con base en la firmeza de aquel acto la Administración deba ejercitar las acciones tendentes a hacer concordar el Registro de la Propiedad con la realidad jurídica derivada de la declarada caducidad de la concesión demanial de constante referencia».

I.4. LA DEFENSA DE LA NOTA

En defensa de la nota de calificación, el Registrador de la Propiedad informó la ratificación en la misma y que la cuestión medular discutida era si la ejecución de la sentencia debía, o no, ser acordada por la propia Sala sentenciadora, con determinación expresa de las consecuencias del fallo con trascendencia registral, consecuencias no exentas, en su caso, de calificación registral, habida cuenta de que no resultaba del Registro la adopción de la medida cautelar prevista en el artículo 307.6 de la Ley del Suelo, la cual hubiera podido poner en guardia a los adquirentes de aprovechamientos urbanísticos. Se reiteraba que la potestad de ejecutar las resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales y se añadía que a los varios años de producida su firmeza se pretendiera atribuir efectos cancelatorios directos a través de una simple instancia, y sin la intervención de la Sala, a un fallo judicial que no era sino una sentencia declarativa de la nulidad, por no estar ajustado a Derecho, de un acto administrativo que la propia Administración demandada se había encargado ya de sustituir por otro: la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de San Sebastián de los Reyes, cuya aprobación definitiva había sido ya publicada en el BOCAM sin que la ignorancia de dicha publicidad pueda ser por nada alegada en términos jurídicos. Se añadía que la instancia motivadora de la nota de calificación había sido presentada en el registro cuatro días después de la publicación en el BOCAM del sometimiento a información pública del Proyecto de Delimitación y Expropiación de los terrenos comprendidos en el suelo urbanizable con planeamiento incorporado a que se hace referencia en la nota de calificación. Y, finalmente, que la sentencia que se pretendía inscribir no reunía los requisitos del apartado 7 del artículo 307 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

I.5. LA EXENCIÓN DE INFORME DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Solicitado informe al Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.^a, éste fue emitido el 16 de septiembre de 2002, en el sentido de que se entendiera que no concurrían los requisitos exigidos por el artículo 327-7.º de la Ley Hipotecaria para que la Sala informara el recurso gubernativo, ya que el Registrador había denegado la cancelación de determinados asientos registrales solicitados por un particular, presentando una sentencia de la Sala, de la que no se había solicitado su ejecución y sin que la Sala hubiera expedido título alguno ni orden alguna al Registro de la Propiedad.

II. LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA RESOLUCIÓN

La Resolución, escuetamente, resuelve las cuestiones planteadas en los siguientes términos:

«2. *El recurso no puede prosperar. Como establece el artículo 1, párrafo 3.º de la Ley Hipotecaria, los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales, por lo que ninguna alteración de los mismos puede hacerse sin la intervención de los mismos en los términos establecidos por la Ley.*

3. *Además de ello, tiene razón el Registrador al alegar en defensa de su calificación que proceder a la cancelación perjudicaría a los derechos de terceros adquirentes de derechos inscritos que no han tomado parte en el procedimiento, por lo que a la cancelación solicitada se oponen también los artículos 24 del texto constitucional y su corolario registral constituido por el principio de tracto sucesivo (cfr. art. 20 de la Ley Hipotecaria).*

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando la calificación».

III. COMENTARIO

A pesar del laconismo con que se pronuncia la Dirección General en la Resolución que comentamos, lo cierto es que las cuestiones que se suscitaban en el recurso gubernativo y en la norma de calificación eran muy variadas y llenas de matices, por lo que se echa, en cierto modo, de menos un pronunciamiento más extenso y analítico de las mismas.

Así, cabe citar la propia naturaleza del aprovechamiento urbanístico y de la publicidad de su inscripción; los efectos de la nulidad del Plan como norma y acto administrativo, que es el soporte ineluctable del aprovechamiento; la correspondiente trascendencia jurídico-real de la nulidad del Plan e incluso de su modificación; la trascendencia registral derivada de aquélla; así como, finalmente, también la protección del tercero, su sometimiento al contenido del Registro y el problema de la ejecución de las sentencias judiciales, en particular la inscripción de las ejecutorias.

Seguidamente trataremos de analizar estas cuestiones y comprender el alcance de la resolución de la Dirección General y las alternativas posibles a la misma.

III.1. LA NATURALEZA DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO

La irrupción del urbanismo en la propiedad del suelo ha provocado, a través de la evolución legislativa, una alteración en el régimen jurídico de la propiedad, como ya dijéramos en el número 678 de julio-agosto de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, pág. 2456 y siguientes, que viene a ser delimitado a través de la legislación urbanística, según consagra hoy, por ejemplo, el artículo 2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril.

Esta realidad, que ya había establecido el Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 9 de abril de 1976, dio origen a un nuevo objeto de derecho: el aprovechamiento urbanístico, cuya naturaleza, contenido y diferencias con otros conceptos como la edificabilidad o el volumen edificable ya fueron objeto de comentario y desarrollo, por ejemplo, por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ en su obra «Derecho Urbanístico», Tomo III, *La propiedad ante el Planeamiento Urbanístico*, publicada por la Editorial Montecorvo, págs. 246 y siguientes (1).

Las notas características del aprovechamiento urbanístico son, en definitiva, las siguientes:

a) Se trata de un objeto del derecho y no de una facultad del derecho de propiedad, por lo cual es transmisible y se permite su inscripción en folio separado en el Registro de la Propiedad (2).

b) Este objeto de derecho es, sin embargo, de carácter inmaterial y depende exclusivamente de su configuración y asignación en el planeamiento urbanístico como norma y acto administrativo que lo define y lo atribuye (3).

c) El dinamismo del Plan y la posibilidad de su modificación, revisión o anulación comportan la provisionalidad del aprovechamiento urbanístico como objeto de derecho, que resulta ser así lábil y fácilmente alterable, sustituible o precedero, mientras no se materialice.

d) Siendo objeto de derecho, no es, por otra parte, en sí, un derecho, y aunque su origen, definición y existencia dependen de actos administrativos, no se puede identificar como un derecho real administrativo, como

(1) Como señalaba el citado autor en la página 253 de la obra citada, «la aparición del sistema urbanístico produce un choque frontal con aquel principio (el de que el propietario del terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella) y origina la separación del dominio del terreno, que sigue sujeto a las normas comunes del derecho privado, y su aprovechamiento urbanístico que está determinado por un aprovechamiento potencial, modificable y no necesariamente perteneciente al dueño del suelo; con lo cual la facultad de aprovecharlo queda intervenida, no ya por razones de verificación de la adecuación del Proyecto al planeamiento, sino incluso por razón de la eventual pertenencia del bien, y la cesión a un tercero queda afectada esencialmente de la provisionalidad que el propio cedente padece».

(2) Como se indica en la obra *El aprovechamiento urbanístico*, de LASO MARTÍNEZ y LASO BAEZA, pág. 26: «llegados a un valor objetivo, el aprovechamiento urbanístico es evidente que determina el contenido económico de un bien y, por ende, le convierte realmente en objeto de derecho».

(3) El aprovechamiento urbanístico queda definido por la ordenación establecida en el Planeamiento que establece los usos, intensidades, edificabilidades y demás parámetros en todo el ámbito al que afecta. Ello permite, a través de los procesos de gestión o ejecución, localizarlo, cuando ello no se hubiera llevado a cabo directamente por el Plan y adjudicarlo si es preciso (como sucede en la parcelación de las actuaciones integradas, por ejemplo). Pero sin Plan no hay ni parámetros, ni aprovechamiento que resulte de ellos.

sucede con las concesiones administrativas o la reversión expropiatoria, por ejemplo (4).

Siendo éstas las notas características del aprovechamiento, su acceso al Registro está plenamente justificado para garantizar el tráfico jurídico como objeto de derecho ligado al inmueble, dotarle de la publicidad necesaria para favorecer la seguridad jurídica de los titulares de derecho sobre él, pero por el hecho de estar inscrito, no se consolida con independencia de los actos de la Administración.

Así desde la publicación de la Ley 8/1990 y el Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 26 de junio de 1992, la legislación vino a facilitar la inscripción de «*los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico*», tal y como establece el artículo 307.5 del Texto Refundido citado.

En el supuesto que es objeto de comentario, lo que se había inscrito era la expropiación y reconocimiento de aprovechamiento urbanístico de determinadas fincas que dieron lugar a la apertura de un folio independiente en el que figuraría, como finca transitoria, el derecho a materializar determinadas unidades de aprovechamiento urbanístico en finca futura de reemplazo cuando se procediera a la ejecución del planeamiento urbanístico sobre el que éstas debían recaer.

En definitiva, del Registro resultaba:

- a) Que había habido una expropiación.
- b) Que el pago del justiprecio de esa expropiación, en virtud, en cierto modo, de la llamada cesión amigable (5), se difería en el tiempo a la entrega de una finca futura con un determinado aprovechamiento urbanístico en una unidad de actuación concreta.
- c) Al amparo del artículo 39.3 y 44 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, se producía la inscripción en folio separado como finca independiente del derecho a recibir esas unidades de aprovechamiento en la finca de reemplazo que correspondiera en la unidad de actuación designada.

A los efectos de este análisis, lo mismo hubiera dado que se tratara de una inscripción del derecho al aprovechamiento urbanístico en determinada unidad con motivo, por ejemplo, de una ocupación directa. Los efectos, como veremos, de la nulidad del planeamiento sobre el objeto del derecho serían igualmente radicales y la discordancia de aquellas menciones que en el Registro se refirieran al aprovechamiento procedente de un Plan anulado sería la misma en uno u otro caso.

(4) Es frecuente la confusión entre el aprovechamiento urbanístico y los derechos a consolidar o adquirir el aprovechamiento urbanístico, confusión que tiene su origen en la ambigüedad de la Ley 8/1990 y el Texto Refundido de 1992. A este respecto cabe citar la obra *El aprovechamiento urbanístico*, de JOSÉ LUIS LASO MARTINES y VICENTE LASO BAEZA, publicada por Marcial Pons, págs. 243 y sigs.

(5) La cesión amigable, como adquisición que tiene su origen en un expediente expropiatorio, pero es fruto de un acuerdo entre el particular y al Administración, ha sido estudiada por la doctrina. Cabe resaltar el estudio que de este tipo de acuerdos contiene la obra *Los convenios urbanísticos*, de ALEJANDRO HUERGA LORA, publicado por Civitas en su capítulo X, págs. 229 y sigs.

III.2. LOS EFECTOS DE LA NULIDAD DEL PLAN

Con independencia del contenido del Registro, lo cierto es que la nulidad del planeamiento comporta, *per se*, la desaparición del aprovechamiento urbanístico que, en realidad, nunca llegó a existir. Se trata no del perecimiento de un objeto de derecho inmaterial, en realidad, por tratarse de nulidad radical (6), éste ni siquiera nació. Mientras no se produzca la materialización del aprovechamiento en rigor, éste, *per se*, es una mera determinación del planeamiento, por lo que desaparecido éste por causa de la sentencia firme que le anula, desaparece también el aprovechamiento irreversiblemente, pues si vuelve a aprobarse un nuevo Plan y recoge el mismo aprovechamiento, éste sería un nuevo aprovechamiento no el anulado.

Es decir, que si en el caso, por ejemplo, de no haber sido publicado el Plan, su falta de vigencia habría impedido el nacimiento del derecho al aprovechamiento urbanístico, con mayor motivo, su nulidad radical comporta la misma consecuencia.

La inexistencia del aprovechamiento urbanístico es indiscutible, esencial y conforme con su propia naturaleza, y la consecuencia sobre el derecho a su adquisición o materialización es inevitable.

No cabe acudir aquí al principio de conservación de los actos, porque lo que en realidad se produce es una desaparición sobrevenida del derecho por falta de objeto. Es decir, que del mismo modo que el perecimiento del objeto provoca la desaparición del derecho o su conversión en otro de crédito o repetición contra el deudor, la inexistencia del derecho al aprovechamiento urbanístico por la modificación, revisión, o declaración de nulidad del planeamiento podrá comportar un derecho a la indemnización, al amparo del artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, el artículo 41 y siguientes de la Ley 6/1998, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, y el artículo 33 de la Constitución Española, entre otros; ello no significa que el derecho de crédito, además exterior al Registro, esté representado por el aprovechamiento inscrito; el nacimiento de este derecho a una indemnización o la reviviscencia del derecho a cobrar un justiprecio, aparte de esta indemnización, derivado de un procedimiento expropiatorio que terminó por acuerdo de pago en especie, podrá ser indiscutible, pero es independiente y no identificable con el aprovechamiento como entidad propia.

Es decir, tanto si se produce modificación, revisión o, como en el caso que comentamos, nulidad del planeamiento, la transformación, desaparición o inexistencia del aprovechamiento, según el caso, no es subsanable, salvo que

(6) Si como se ha expresado, el aprovechamiento nace del Plan y de los parámetros de ordenación en él establecidos, su nulidad afecta a la propia existencia del aprovechamiento, que carece de contenido. No es que no sea materializable, sino que simplemente no existió.

La Ley prevé que el aprovechamiento, aun atribuido por el Plan, pueda no ser materializado, para lo cual se prevén distintas técnicas compensatorias como las transferencias de aprovechamiento o indemnizaciones. A título de ejemplo, el artículo 43 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, establece la indemnización por reducciones de aprovechamiento derivadas de vinculaciones singulares, pero cuando lo que se produce es la confirmación de la nulidad del Plan, única razón de ser del aprovechamiento urbanístico, simplemente se confirma su inexistencia.

reviviera el mismo Plan que lo atribuyó, lo que es imposible cuando éste ha sido declarado nulo por sentencia firme. Y ello porque, aún aprobándose una revisión o modificación de Plan posterior, como aludía la nota del Registrador en el recurso que comentamos, dicho planeamiento generaría un nuevo aprovechamiento urbanístico, distinto en todo y diferente al que había sido inscrito derivado de un Plan anterior, aunque llegara a tener similar magnitud.

De este modo, la inscripción del aprovechamiento resultante del nuevo planeamiento requeriría la apertura de nuevo folio registral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, y como éste no se podría identificar con el aprovechamiento anterior, ajeno al nuevo planeamiento, no podría siquiera ser inscrito en la misma finca que el primero.

III.3. LA TRASCENDENCIA JURÍDICO-REAL DE LA NULIDAD DEL PLAN

Analizados los efectos de la nulidad del Plan sobre el aprovechamiento, su trascendencia jurídico-real es incuestionable y la referencia al aprovechamiento urbanístico en el Registro constituye una situación patológica en la que se publica con la apariencia formal de la inscripción un derecho inexistente por desaparición o, mejor dicho, inexistencia sobrevenida de su objeto.

En efecto, siendo nulo el Plan, no puede ser válido el derecho al aprovechamiento que el mismo quería generar y atribuir y esta nulidad, que es radical en el Plan, afecta al derecho inscrito y vacía de contenido a la propia inscripción de tal derecho.

Si, como hemos visto, existe una trascendencia jurídico-real derivada de la anulación del planeamiento, la evidencia de la nulidad de la inscripción, que procede en definitiva de aparentar como válido el contenido de un plan anulado, al mantenerse la mención en el Registro y la subsistencia virtual, meramente aparente, de un inexistente derecho, sólo puede generar, contra la finalidad principal del Registro, una evidente inseguridad jurídica.

En primer lugar, genera inseguridad jurídica a los terceros que pueden verse engañados por la propia mención en el Registro de derechos y objetos de derecho que no existen como tales, de modo que se pueda traficar con entelequias en perjuicio de la buena fe del tercero que adquiere únicamente una «entidad hipotecaria» sin la trascendencia jurídico-real que proclama el Registro.

Lo mismo puede suceder con el acreedor hipotecario que cree garantizar su crédito con la inscripción de su hipoteca sobre una finca que proclama un derecho inexistente o el tercero que embarga la finca y se encuentra igualmente defraudado por la propia publicidad formal del Registro de la Propiedad.

En cierto modo, esta trascendencia registral debería suponer la obligatoriedad de la inscripción de los actos y sentencias que fueran modificativos del aprovechamiento urbanístico o que declararan la nulidad del mismo, para evitar, en definitiva, incrementar la discordancia entre el Registro y la realidad jurídica tan lamentablemente extendida en ocasiones. Ello sin perjuicio del derecho a la indemnización.

Sin duda, esta labor tiene un contenido complejo, pero no por ello parece descabellado asumir su necesidad.

Y ello porque no es un supuesto en el que deba primar la voluntariedad de acceso al Registro de los actos y derechos con trascendencia jurídico-real,

sino que se trata de garantizar una adecuada seguridad jurídica en relación con el tráfico de derechos cuyo objeto, por su labilidad y carácter inmaterial, son especialmente delicados, que además nacen, se transforman y extinguen en virtud de actos administrativos.

III.4. LA PROTECCIÓN DEL TERCERO TITULAR DEL DERECHO AL APROVECHAMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES ANULATORIAS DEL PLAN

La Resolución de la Dirección General, de 11 de noviembre de 2002, decide confirmar la denegación de la nota de calificación del Registrador con base en el artículo 24 de la Constitución Española y en el principio recogido en el artículo 1 de la Ley Hipotecaria en virtud del cual los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales.

Viene así a asumir que la ejecución de las sentencias corresponde como facultad exclusiva a los Tribunales, tal y como defendían la nota de calificación y el informe en defensa de la nota emitido por el Registrador en el recurso gubernativo.

Que la facultad de ejecutar las sentencias está reservada a los Tribunales, no se puede discutir, por ser ésta parte de las funciones y competencias judiciales asignadas por la propia Constitución Española al poder judicial.

Sin embargo, el acceso al Registro de las resoluciones judiciales, en el caso de tratarse de ejecutorias, no requiere la presentación de mandamientos, según resulta del artículo 257 de la Ley Hipotecaria cuando señala:

«para que en virtud de resolución judicial pueda hacerse cualquier asiento en el Registro, expedirá el Juez o Tribunal, por duplicado, el mandamiento correspondiente, excepto cuando se trate de ejecutorias...».

En principio, por lo tanto, el testimonio de la sentencia que constituye una ejecutoria tiene formalmente el contenido necesario para ser objeto de inscripción en el Registro, sin necesidad de ir acompañado de mandamiento judicial, lo cual, no obstante, es posible (7).

En ese sentido, debe significarse que las sentencias declarativas de derecho pueden ser directamente inscribibles como ejecutorias sin necesidad de mandamiento, del mismo modo que como consecuencia natural de la ejecución de

(7) GÓMEZ GÁLIGO en *La calificación registral (Tomo I)*, publicada por Civitas y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, citando a ROCA, comenta lo siguiente: «Es frecuente que, aun existiendo ejecutoria, llegue ésta al Registro mediante un mandamiento acordado en la ejecución de sentencia, lo cual es a veces innecesario, si el contenido de la Resolución es directamente inscribible, pero en verdad, aun en este caso, tiene a veces el mandamiento la virtualidad de una interpretación auténtica de la voluntad jurisdiccional. Roca señala que en la nulidad de inscripciones, aun siendo bastante para su cancelación del contenido de la sentencia, es práctica constantemente observada cursar mandamiento, a lo que no es ajeno el artículo 53 del Reglamento Hipotecario, que parece amparar ese criterio cuando dice "Declarada la nulidad de un asiento, mandará el Juez o Tribunal cancelarlo..." En otras ocasiones es manifiestamente necesario el mandamiento, cuando en la sentencia se han observado para el momento de la ejecución algunas determinaciones trascendentes al Registro. Consideramos la declaración de retroactividad de la quiebra y su proyección registral que en cada caso singular deberá ser señalada».

una sentencia declarativa del dominio viene, por ejemplo, entendiendo la jurisprudencia la realización de las operaciones registrales para que conste el titular como tal en los libros, sin necesidad de haber entablado la acción de inexactitud registral (8).

En el caso resuelto por la Dirección General en su Resolución de 11 de noviembre de 2002, se presentó una ejecutoria que había sido emitida por testimonio en virtud de una instancia que pretendía precisamente su acreditación ante el Registro de la Propiedad.

Es decir, si bien no iba acompañada por mandamiento judicial, lo que como sabemos no es siempre necesario, se expidió expresamente a los efectos de poder aportarse al Registro de la Propiedad.

Si se hubiera inscrito la sentencia y cancelado las fincas que tenían inscritos décimos al aprovechamiento urbanístico resultante del Plan nulo, indudablemente se afectaba a la publicidad de ese inexistente derecho del que eran titulares registrales terceros que no se habían personado en el procedimiento.

Esta cuestión, que asume en su Fundamento de Derecho tercero la Resolución comentada, exige un análisis profundo para determinar el alcance de la condición de tercero de quien adquiere el derecho al aprovechamiento urbanístico de su titular según el Registro de la Propiedad. Este análisis alcanza a la cuestión de su participación en el procedimiento correspondiente.

En principio, serían terceros los que habrían adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico de quien ya era titular de él, por ejemplo, por haber sido quien lo adquiere en virtud de la cesión amigable o acuerdo expropiatorio del pago del justiprecio en especie con la Administración. Evidentemente, no era tercero hipotecario *en cuanto al aprovechamiento urbanístico* el expropiado, que lo adquiere sin que figurara la mención del aprovechamiento en el Registro previamente, aunque sí podía tener tal condición el comprador de ese derecho, una vez inscrito el suyo, si cuando adquirió lo hizo de quien era titular en el Registro de ese derecho al aprovechamiento (9).

La tradicional exigencia de que para cancelar un asiento por sentencia sea parte en el proceso su titular, que es evidente en el orden civil no lo es tanto, dada su peculiaridad, en el proceso contencioso-administrativo en el que el emplazamiento de los titulares de derecho interesados se hace como requisito bastante por la publicación en el Boletín Oficial de la interposición del recurso, aunque la Administración esté también obligada a hacerlo personalmente a quien crea que ostenta algún derecho en el mantenimiento del acto.

Pero su omisión no invalida necesariamente los efectos del proceso frente al tercero no personado en los autos.

Así, en defensa de la innecesariedad de participación en el procedimiento, el recurso gubernativo citaba una sentencia del Tribunal Constitucional, de 23 de

(8) Así lo entiende hoy la jurisprudencia desde las sentencias del Tribunal Supremo, de 4 de febrero y 5 de mayo de 1986, 6 de julio y 30 de octubre de 1987, o 3 de junio de 1989, aunque anteriormente se había sostenido lo contrario, por ejemplo, en las sentencias 16-10-78 y 7-12-1982.

(9) El artículo 34 de la Ley Hipotecaria no protege al expropiado porque el aprovechamiento urbanístico y el derecho a consolidarlo en la finca futura no constaba en el Registro con carácter previo a su adquisición. No obstante, quien compra ese derecho, cuando, ya figura inscrito entra en la condición de tercero que aquél no tenía, aunque para quedar protegido por la fe pública, debe cumplir con el resto de los requisitos exigidos por dicha norma.

febrero de 1988, que excusa de este requisito como garantía del proceso para determinados terceros que, por sus condiciones subjetivas, resulta evidente que no participan en el proceso por voluntad propia. En realidad, se trata de una presunción de conocimiento de la existencia del proceso derivada de la condición subjetiva del tercero, cuya falta de personación es interpretada como desinterés en participar en él, no causando por tanto indefensión alguna.

En cualquier caso, sí parece que pudieran entrar en el perfil establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia citada, al tratarse de promotores, peritos y compradores de un derecho que dependía de los actos de la Administración y exigía un especial grado de información, por lo cual, podría excusarse la objeción de que no fueron parte en el procedimiento y que tampoco constaba la anotación previa del recurso. No obstante, esta cuestión parece que quien la debería haber dilucidado era el Tribunal antes que el Registrador. Por ello, siendo cierto que no constaba en la sentencia mención a ello y que, al no existir mandamiento, no se podía presuponer que estuvieran notificados, la nota de calificación y la Resolución optan por una decisión que parece, en este punto, razonable y prudente.

A este respecto puede arrojar luz el artículo 71 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, cuando define los efectos de la sentencia que ponga fin al procedimiento jurisdiccional en los supuestos de anotación preventiva por interposición de recurso contencioso-administrativo.

El citado artículo establece lo siguiente:

«Artículo 71. Efectos de la sentencia que ponía fin al procedimiento jurisdiccional

La sentencia firme que ponga fin al procedimiento contencioso-administrativo en el que se hubiera ordenado la anotación preventiva producirá los siguientes efectos:

- 1. Será título bastante para practicar los asientos dispuestos en ella.*
- 2. Cuando de la sentencia resulte la creación, modificación o extinción del dominio o de algún derecho real inscribible, se practicarán los asientos pertinentes en la forma establecida en el artículo 198 del Reglamento Hipotecario. Dicho artículo será de aplicación también respecto de la cancelación de asientos contradictorios practicados en virtud de títulos de fecha anterior a la anotación preventiva, cuando la titularidad de los derechos proceda a actos sujetos al control de los Juzgados y Tribunales contencioso-administrativos, en cuyo caso, a efectos de la cancelación de los asientos originados por los títulos a que se refiere este artículo, se resolverá en este orden jurisdiccional lo que proceda en trámite de ejecución de sentencia, previa citación de los titulares de los derechos afectos por la posible cancelación.*
- 3. Cuando de la sentencia no resulte la creación, modificación o extinción del dominio o de algún derecho real, o la modificación de la descripción de las fincas sobre las que se hubiese practicado, la propia sentencia será título bastante para la cancelación de la anotación».*

De todos modos, en el caso de que constara que habían sido partes en el procedimiento o de que expresa o tácitamente según los términos de la sentencia del Tribunal Constitucional citada hubieran renunciado a ello los terceros, no parece que pudiera admitirse la objeción de la nota de calificación ni de la

Resolución de la Dirección General, por cuanto su condición de titulares de un derecho al aprovechamiento urbanístico, cuyas notas características hemos avanzado antes, les convertía en terceros sometidos al contenido de los folios registrales y de ese mismo contenido constaba la perentoriedad del aprovechamiento urbanístico, así como su existencia sólo en cuanto el Plan fuera válido y vigente. Así, siendo su dependencia solidaria de la validez y eficacia del Plan un elemento ontológico del propio objeto del derecho, los efectos sobre las inscripciones que se refieran a él no defraudan la confianza legítima del tercero hipotecario en los asientos del Registro, sino que se producen de modo natural por la propia esencia del aprovechamiento, según además consta inscrito en los propios Libros del Registro.

A estos efectos, si bien, como hemos visto, es razonable la Resolución dictada en el asunto, en cuanto a la inexistencia del aprovechamiento y la nulidad de los actos referidos a él, no cabe duda.

Como recordaba la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de septiembre de 1979, *«quedando probada la no-transmisión de una finca en la segunda operación de venta, sólo incluida o pretendidamente inserta en la escritura por un error que, por sustancial, hizo inoperante la alegada transmisión, con lo que evidentemente no puede admitirse ni la violación ni la aplicación indebida del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, por falta de objeto físico constitutivo del derecho susceptible de amparo por la fe pública registral»*.

A su vez, las sentencias de 17 de octubre de 1989 y 8 de marzo de 1993, por ejemplo, recuerdan que, para que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria sea aplicable, debe ser válido el acto adquisitivo del tercer protegido. Si fuera nulo, se aplicaría el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, y la declaración de nulidad afectaría al adquirente como parte que es de un acto inválido. En concreto, como dice la sentencia de 8 de marzo de 1993, *«la cualidad de tercero protegido, como puntualizó la sentencia de 18 de marzo de 1987, no la origina el acto o negocio jurídico determinante de la adquisición de un derecho al que no es ajeno o extraño el que inscribe; cuando tal acto adquisitivo del tercero es inexistente, nulo o anulable, la fe pública registral no desempeñará la más mínima función convalidante o sanatoria, ya que únicamente asegura la adquisición del tercer protegido en cuanto la misma se apoya en el contenido del Registro que para dicho tercero se reputa exacto y verdadero»*.

En consecuencia con lo señalado por todas estas sentencias que citamos, se corrobora la inexistencia del aprovechamiento urbanístico derivada de la nulidad del Plan, que es una nulidad radical siempre, por su condición de norma o disposición administrativa general, como señala, por ejemplo, la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 23 de septiembre de 2003, por citar la más reciente, y no convalidable, como reconocía, por ejemplo, la sentencia de 8 junio de 2000, de la misma Sala citada en el recurso gubernativo. Ésta, al respecto, decía: *«que declarada la nulidad de las actuaciones, es claro que las nuevas que se repitan no son una convalidación de las declaradas nulas (que, como tales, han desaparecido del mundo jurídico), sino unas actuaciones independientes que tienen valor por sí mismas y no como mera convalidación de unos trámites desaparecidos»*. También señalaba que no podía haber convalidación, ya que el artículo 53 de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo (hoy 67 de la vigente Ley) sólo permitía la convalidación de los actos anulables y no de los actos nulos de pleno derecho.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

— Acuerdo Reglamentario 1/2004. 25-2-2004. Pleno CGPJ. Modifica con carácter urgente el Reglamento 1/1995, de 7-6-1995, de la Carrera Judicial, en lo relativo al tiempo mínimo de permanencia en los destinos de los Jueces y Magistrados, así como a la provisión de plazas en los Juzgados, en las Audiencias y en los Tribunales Superiores de Justicia.

JEFATURA DEL ESTADO

— Corrección de errores y erratas. Ley 48/2003. 26-11-2003. Régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general.

— Corrección de errores. Ley 52/2003. 10-12-2003. Disposiciones específicas en materia de Seguridad Social.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 1796/2003. 26-12-2003. Relativo al ozono en el aire ambiente.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Orden 9/2004. 14-1-2004. Aprueba las instrucciones relativas al régimen de sustituciones de los Secretarios Judiciales.

— Resolución 6-2-2004. DGRN. Declarando inhábiles los días 26, 27 y 28-2-2004, a efectos registrales, en los Registros Provinciales de Bienes Muebles y en el Registro de Bienes Muebles Central.

MINISTERIO DE ECONOMÍA

— Real Decreto 5/2004. 9-1-2004. Dispone la creación de Deuda del Estado durante el año 2004 y enero del año 2005.

— Real Decreto 299/2004. 20-2-2004. Modifica el Reglamento sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto 7/2001, de 12-1-2001.

— Real Decreto 300/2004. 20-2-2004. Aprueba el Reglamento del seguro de riesgos extraordinarios.

— Real Decreto 301/2004. 20-2-2004. Regulan los libros-registro y el deber de información estadístico-contable de los corredores de seguros y las sociedades de correduría de seguros.

— Real Decreto 304/2004. 20-2-2004. Aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones.

— Orden 3721/2003. 23-12-2003. Aprueba el código de conducta para las mutuas de seguros y mutualidades de previsión social en materia de inversiones financieras temporales.

— Orden 3722/2003. 26-12-2003. Informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución 17-2-2004. Mensualmente se hacen públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Circular 3/2003. 29-12-2003. Información de las Instituciones de Inversión Colectiva extranjeras inscritas en los Registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

MINISTERIO DE HACIENDA

— Real Decreto 1739/2003. 19-12-2003. Modifica el Reglamento de los Impuestos Especiales, aprobado por el Real Decreto 1165/1995, de 7-7-1995 y el Real Decreto 3485/2000, de 29-12-2000.

— Orden 171/2004. 30-1-2004. Aprueba el modelo 184 de declaración informativa anual a presentar por las entidades en régimen de atribución de

rentas y los diseños físicos y lógicos para la sustitución de las hojas de declaración de rentas de la entidad y las hojas de relación de socios, herederos, comuneros o partícipes de dicho modelo por soportes directamente legibles por ordenador, y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática por Internet.

— Orden 209/2004. 3-2-2004. Aprueba el modelo 104, de solicitud de devolución o de borrador de declaración, y el modelo 105, de comunicación de datos adicionales, por el IRPF, ejercicio 2003, que podrán utilizar los contribuyentes no obligados a declarar por dicho impuesto que soliciten la correspondiente devolución, así como los contribuyentes obligados a declarar que soliciten la remisión del borrador de declaración, se determinan el lugar, plazo y forma de presentación de dichos modelos, las condiciones para su presentación por medios telemáticos o telefónicos y se establecen otras formas de presentación de la solicitud de borrador de declaración.

— Orden 240/2004. 26-1-2004. Modifica la Inst. de Contabilidad para la Administración General del Estado, aprobada por Orden 1300/2002, de 23-5-2002, y las Órdenes Ministeriales de 1-2-1996, por las que se aprueban la Inst. de Operatoria Contable a seguir en la ejecución del gasto del Estado; los documentos contables a utilizar por la Administración General del Estado, y la Instrucción de Contabilidad para la Administración Institucional del Estado.

— Orden 272/2004. 10-2-2004. Establece nuevos lugares de presentación de las declaraciones-liquidaciones periódicas del IVA, de la declaración-resumen anual del IVA y de las declaraciones-liquidaciones de los pagos fraccionados del IRPF y se autoriza, en determinados supuestos, la devolución del IVA mediante cheque cruzado.

— Resolución 1/2004. 6-2-2004. Dirección General de Tributos. Tratamiento de los contratos de «factoring» en el IVA.

— Resolución 16-2-2004. Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Regula el registro y gestión de apoderamientos para la realización de trámites y actuaciones en materia tributaria por Internet.

— Resolución 19-2-2004. Presidencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Desarrolla lo previsto en el apartado 6.º de la Orden 3578/2003, de 11-12-2003, en relación a los procedimientos especiales de ingreso.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

— Real Decreto 2/2004. 9-1-2004. Revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social para el ejercicio 2004.

— Real Decreto 3/2004. 9-1-2004. Prorroga para el año 2004 el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades

económicas y dificultad para encontrar empleo, regulado por el Real Decreto 945/2003, de 18-7-2003.

— Real Decreto 170/2004. 30-1-2004. Modifica el Real Decreto 1451/1983, de 11-5-1983, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7-4-1982, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos.

— Real Decreto 171/2004. 30-1-2004. Desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8-11-1995, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales.

— Orden 368/2004. 12-2-2004. Desarrolla las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 61/2003, de 30-12-2003, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2004.

— Resolución 4-2-2004. Instituto Nacional de la Seguridad Social. Cumplimiento por los trabajadores por cuenta propia de la obligación establecida en el párrafo 2.º del artículo 12 del Real Decreto 1273/2003, de 10-10-2003, sobre cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores por cuenta propia o autónomos y ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia.

— Corrección de errores. Orden 2865/2003, de 13-10-2003. Regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES

— Convenio entre el Reino de España y la República de Turquía para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal de impuestos sobre la renta, hecho en Madrid el 5-7-2002.

— Convenio entre el Reino de España y la República de Chile para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio y Protocolo, hecho en Madrid el 7-7-2003.

— Convenio entre el Reino de España y la República de Lituania para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio y Protocolo, hecho en Madrid el 22-7-2003.

MINISTERIO DE FOMENTO

— Resolución 30-12-2003. Secretaría de Estado de Infraestructuras. Dispone la publicación del acuerdo del Consejo de Ministros, de 26-12-2003, por

el que se fija un nuevo precio básico nacional, por metro cuadrado de superficie útil, como referencia de los precios máximos de venta y renta de las viviendas acogidas a las medidas de financiación cualificada del Plan de vivienda 2002-2005.

— Resolución 16-2-2004. Secretaría de Estado de Infraestructuras. Dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 13-2-2004, por el que se modifican los tipos de interés efectivos anuales vigentes para los préstamos cualificados concedidos en el marco de los Programas 1994 y 1995 (Plan de Vivienda 1992-1995), Programa 1998 (Plan de Vivienda 1996-1999) y Plan de Vivienda 1998-2001.

— Resolución 16-2-2004. Secretaría de Estado de Infraestructuras. Dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 13-2-2004, por el que se modifica el tipo de interés efectivo anual vigente para los préstamos cualificados concedidos o que se concedan en el ámbito del Plan de Vivienda 2002-2005.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN CULTURA Y DEPORTE

— Real Decreto 1741/2003. 19-12-2003. Regula la prueba general de Bachillerato.

— Real Decreto 1742/2003. 19-12-2003. Establece la normativa básica para el acceso a los estudios universitarios de carácter oficial.

— Real Decreto 49/2004. 19-1-2004. Homologación de planes de estudios y títulos de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional.

— Real Decreto 115/2004. 23-1-2004. Establece el currículo de la Educación Primaria.

— Real Decreto 116/2004. 23-1-2004. Desarrolla la ordenación y se establece el currículo de la ESO.

MINISTERIO DEL INTERIOR

— Real Decreto 1740/2003. 19-12-2003. Procedimientos relativos a asociaciones de utilidad pública.

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Real Decreto 338/2004. 27-2-2004. Modifica la composición del Consejo del Real Patronato sobre Discapacidad, regulado en el Real Decreto 946/2001, de 3-8-2001.

— Orden 126/2004. 23-1-2004. Desarrollo y aplicación del Real Decreto 835/2003, de 27-6-2003, por el que se regula la cooperación económica del Estado a las inversiones de las Entidades Locales.

MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE

— Resolución 6-2-2004. Organismo Autónomo de Parques Nacionales. Hace público el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6-2-2004, por el que se amplían los límites del Parque Nacional de Doñana por incorporación de terrenos colindantes al mismo.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Decreto 313/2003. 11-11-2003. Aprueba el Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía.

— Decreto 318/2003. 18-11-2003. Modifica el Decreto 267/2001, de 11-12-2001, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas en materia registral y de autorizaciones administrativas.

— Decreto 341/2003. 9-12-2003. Aprueba el Plan de Ordenación del Territorio del ámbito de Doñana y se crea su Comisión de Seguimiento.

— Decreto 354/2003. 16-12-2003. Aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Natural Sierra de Andujar.

— Decreto 2/2004. 7-1-2004. Regula los registros administrativos de instrumentos de planeamiento, de convenios urbanísticos y de los bienes y espacios catalogados, y se crea el Registro Autonómico.

— Decreto 7/2004. 20-1-2004. Ampliación de las medidas de apoyo a las familias andaluzas.

— Decreto 23/2004. 3-2-2004. Regula la protección jurídica a las personas mayores.

— Orden 20-11-2003. Modifica la Orden de 24-6-2002, que desarrolla los incentivos al empleo estable regulados por el Decreto 141/2002, de 7-5-2002.

— Orden 21-11-2003. Desarrolla el programa de inserción a través del empleo regulado en el Decreto 85/2003, de 1-4-2003, por el que se establecen los programas para la inserción laboral de la Junta de Andalucía.

— Resolución 23-12-2003. Autoriza la celebración de Ferias Comerciales con el carácter de oficial en Andalucía y se aprueba el calendario para el año 2004.

ARAGÓN

— Orden 19-12-2003. Regula el procedimiento de expedición del título de familia numerosa.

— Orden 19-12-2003. Aprueba el modelo oficial del título de familia numerosa.

— Orden 12-1-2004. Aprueban los distintos modelos de autoliquidación y declaración de los tributos cedidos en aplicación de la Ley 26/2003, de 30-12-2003, de Medidas Tributarias y Administrativas.

— Orden 16-1-2004. Nombra Registrador de la Propiedad en Resolución de Concurso Ordinario de vacantes.

— Corrección de errores. Ley 26/2003. 30-12-2003. Medidas Tributarias y Administrativas.

— Corrección de errores. Orden 19-12-2003. Regula el procedimiento de expedición del título de familia numerosa.

— Corrección de errores. Orden 19-12-2003. Aprueba el modelo oficial del título de familia numerosa.

ASTURIAS

— Ley 6/2003. 30-12-2003. Medidas Presupuestarias, Administrativas y Fiscales.

BALEARES

— Resolución 29-12-2003. Publica la actualización de las bases, tipos de gravamen y cuotas tributarias de los tributos propios de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2004.

— Instrucción 1/2004. 26-1-2004. Establecen los criterios que los órganos competentes de la Consejería de Economía, Hacienda e Innovación han de considerar para la comprobación del valor real de los bienes inmuebles y amarres de puertos deportivos situados en territorio de las Illes Balears, en el ITP y AJD y en el IS y D.

CANARIAS

— Decreto 1/2004. 13-1-2004. Establece el precio máximo de venta y la renta máxima inicial anual de las viviendas protegidas de promoción pública.

— Decreto 2/2004. 27-1-2004. Aprueban las Normas Provisionales de Organización y Funcionamiento del Instituto Canario de la Vivienda.

— Decreto 6/2004. 3-2-2004. Modifica el Decreto 75/2002, de 3-6-2002, los Decretos 69/2002 y 70/2002, de 20-5-2002, y el Decreto 19/2003, de 10-2-2003, referidos a medidas de fomento en materia de vivienda.

— Decreto 11/2004. 10-2-2004. Aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Infraestructuras, Transportes y Vivienda.

— Decreto 12/2004. 10-2-2004. Aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Economía y Hacienda.

— Orden 1-12-2003. Fija los índices, módulos y demás parámetros del régimen simplificado del Impuesto General Indirecto Canario para el año 2004.

— Corrección de errores. Orden 16-12-2003. Encomienda a la empresa pública Viviendas Sociales e Infraestructuras de Canarias, S. A. (Visocan, S. A.) el servicio denominado «Realización de los trámites previos a la firma de las escrituras de amortización, amortización anticipada y de cancelaciones de hipotecas de viviendas de promoción pública, así como de las escrituras de acceso a la propiedad derivada de los Decretos 34/1995 y 12/1996».

CASTILLA-LA MANCHA

— Decreto 3/2004. 20-01-2004. Régimen Jurídico de las viviendas con protección pública.

— Decreto 13/2004. Modifica el Decreto 91/2003, de 3-6-2003, de desarrollo del texto refundido de la Ley de hacienda de Castilla-La Mancha en materia de subvenciones y ayudas públicas.

— Resolución 18-12-2003. Da publicidad a los valores de referencia de los bienes inmuebles de naturaleza urbana a efectos del ITP y AJD y del IS y D.

— Resolución 18-12-2003. Da publicidad a los valores de referencia de los bienes inmuebles de naturaleza rústica a efectos del ITP y AJD y del IS y D.

CASTILLA Y LEÓN

— Decreto 22/2004. 29-1-2004. Aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León.

— Orden 194/2004. 17-2-2004. Aprueban los modelos 600, 610, 620 y 630 de declaración-liquidación del ITP y AJD, los modelos 660 y 661 de declaración y 650, 651 y 655 de declaración-liquidación del IS y D y los modelos 043, 044 y 045 de declaración-liquidación de la Tasa Fiscal sobre el Juego.

— Corrección de errores. Orden 1551/2003. 27-11-2003. Establece el procedimiento para la presentación telemática de las Declaraciones-Liquidaciones y Pago Telemático de impuestos gestionados por la Comunidad de Castilla y León.

CATALUÑA

— Resolución 4142/2003. 17-12-2003. Dispone la publicación del diseño definitivo del modelo de contrato de arrendamiento de fincas urbanas.

EXTREMADURA

— Corrección de errores. Orden 19-1-2004. Regula el procedimiento para la solicitud de declaración de los datos en el Registro de Explotaciones Agrarias.

GALICIA

— Decreto 11/2004. 8 de enero, por el que se desarrollan las competencias en materia de la sociedad de la información y el conocimiento.

— Orden 10-2-2004. Regula la subvención de los gastos derivados de la constitución de hipoteca y de las subrogaciones hipotecarias, destinada a jóvenes que accedan a su primera vivienda en propiedad.

— Resolución 30-12-2003. Constituye el Servicio Común de Notificaciones y Embargos de Ourense.

MURCIA

— Ley 9/2003. 23-12-2003. Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de la Región de Murcia.

— Ley 10/2003. 23-12-2003. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el año 2004.

— Decreto 10/2004. 23-1-2004. Establece la estructura orgánica de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes.

— Orden 19-12-2003. Aprueban los precios medios en el mercado de determinados inmuebles urbanos y rústicos en la Región de Murcia para el 2004, a los efectos que se indican.

NAVARRA

— Decreto Foral 707/2003. 22-12-2003. Modifica el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita aplicable en la Comunidad Foral de Navarra.

— Decreto Foral 709/2003. 22-12-2003. Modifica el artículo 30 del Decreto Foral 178/2001, de 2-7-2001, por el que se aprueba el Reglamento del recurso de reposición y de las impugnaciones económico-administrativas de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

— Decreto Foral 712/2003. 22-12-2003. Determinan los módulos aplicables a actuaciones protegibles en materia de vivienda para 2004.

— Decreto Foral 4/2004. 12-1-2004. Modifica la Ley Foral 19/1992, de 30-12-1992, IVA.

— Decreto Foral 5/2004. 12-1-2004. Modifica la Ley Foral 20/1992, de 30-12-1992, de Impuestos Especiales.

— Orden Foral 398/2003. 31-12-2003. Modifica los modelos de declaración anual 196, 187 y 345.

— Orden Foral 423/2003. 31-12-2003. Aprueban los precios medios de venta de vehículos usados, aplicables en la gestión de los Impuestos IS y D, ITP y AJD y Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

— Resolución 20/2004. 14-1-2004. Aprueba los criterios generales que informan el Plan de Inspección del año 2004.

II. Información de actividades

ANDALUCÍA OCCIDENTAL

Respecto de las diversas ACTIVIDADES realizadas durante el cuarto trimestre de 2003, en las diversas Delegaciones Provinciales de la Delegación Territorial del Colegio de Registradores de Andalucía Occidental, en las provincias de Cádiz, Córdoba, Huelva y Sevilla, en todas ellas continuaron celebrándose las reuniones de Oficinas Liquidadoras, cuya finalidad es la exposición de las novedades legislativas y jurisprudenciales, la actualización y formación de los oficiales, así como la resolución conjunta de los problemas planteados para la unificación de criterios de liquidación. Además de ello, se realizaron las siguientes actividades:

- En el mes de octubre, dado que entraba en vigor (el día 9) la Orden EC0180512.003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas entidades financieras, se analizó su coordinación con el artículo 23, último párrafo de la

Ley 10/2002, de 21 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por la que se aprueban normas en materia de tributos cedidos y otras medidas tributarias, administrativas y financieras.

- Se analizaron las Resoluciones del TEARA sobre valoraciones.
- Hubo diversas reuniones entre la Junta de Andalucía y las Oficinas Liquidadoras sobre circuitos de expedientes y análisis funcional de honorarios y contabilidad. Ello dio lugar a la preparación de programas para el sistema de pago de honorarios por anticipos con regularizaciones.
- Se estudiaron diversas consultas evacuadas por la Dirección General de Tributos y se le plantearon otras: tributación de viviendas protegidas, etc.
- Los Liquidadores tuvieron diversas reuniones con la Junta de Andalucía referentes a la implantación del programa SUR.
- Se analizó el Proyecto de Ley de la que fue posteriormente la Ley 18/2003, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de medidas fiscales y administrativas (*BOJA* 251 de 31 de diciembre).
- Se ha confeccionado un estudio económico sobre la incidencia de la exención establecida en la Comunidad Autónoma de Andalucía en el Impuesto sobre Sucesiones para las adquisiciones por determinados herederos cuya base imponible no supere los 125.000 euros (art. 3 de la Ley 1812.003).
- El especial esfuerzo que se nos exigió el año 2003 a las Oficinas Liquidadoras por parte de la Dirección General de Tributos para agilizar el despacho de los documentos sujetos al impuesto sobre sucesiones (girar liquidaciones provisionales por valores declarados en un plazo máximo de cinco días), nos fue reconocido por la misma con felicitaciones de eficacia y récord de recaudación.
- Igualmente, la Dirección General de Tributos nos felicitó por la colaboración de las Oficinas Liquidadoras en la declaración de no sujeción a IVA de los honorarios de los Liquidadores y en la solicitud de devolución del mismo a la Junta de Andalucía.

Participación del Decanato en JORNADAS Y ACTIVIDADES organizadas por otros colectivos:

- Dirección por don JUAN JOSÉ JURADO JURADO del Boletín del Colegio de Registradores de España.
- Impartición de clases en la Escuela de Práctica Jurídica Forense del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, por don SEVERIANO MONTERO GONZÁLEZ y don JUAN JOSÉ JURADO JURADO.
- Colaboración con la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.

- Participación en el Máster en Urbanismo y Ordenación del Territorio (MUOT) Técnico Urbanista, 1.^a edición, por don SEVERIANO MONTERO GONZÁLEZ.
- Participación en la I edición del Curso de Experto en Ordenación del Territorio y Derecho Urbanístico de Andalucía, por don SEVERIANO MONTERO GONZÁLEZ y don JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO.
- Participación como miembro del Jurado que falla el Premio Santiago Gutiérrez Anaya sobre Propiedad Horizontal y Arrendamientos Urbanos de don JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO y que este año en su III edición ha sido otorgado *ex aequo*, al abogado sevillano y colaborador de «ABC Inmobiliario», don JOAQUÍN JOSÉ HERRERA DEL REY y al Registrador de la Propiedad de La Coruña, don JAIME CONCEIRO DEL RÍO.

ARAGÓN

JORNADAS, CURSOS Y CONFERENCIAS celebrados en la Comunidad Autónoma de Aragón, en el primer trimestre del año 2004.

- 23/01/04. Jornada sobre la Oficina Virtual del Catastro, organizada por la Diputación Provincial de Zaragoza.
- 12/02/04. Acto de presentación del Consejo de Colegios de Abogados de Aragón, recientemente constituido y que agrupa a los Colegios de Abogados de Huesca, Teruel y Zaragoza. Presidido por el Excmo. Señor don MARCELINO IGLESIAS RICO, Presidente del Gobierno de Aragón, y con las intervenciones del Excmo. Señor don CARLOS CARNICER DÍEZ, Presidente del Consejo General de la Abogacía Española, y de los Decanos de los tres Colegios integrantes del Consejo.
- 20/02/04. Solemne acto de Toma de Posesión como Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, del Excmo. Señor don FERNANDO ZUBIRI DE SALINAS.
- 09/03/04. «Jornada técnica de formación e información sobre el contenido de la Ley 40/2003, de protección a las familias numerosas», organizada por el Gobierno de Aragón.

Los días 1 y 2 de abril de 2004, se celebró en Zaragoza el curso FUENTES, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS, organizado por la Cátedra Miguel del Molino en colaboración con la Institución Fernando el Católico y la Excma. Diputación de Zaragoza.

PONENTES:

- Don JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, Catedrático de Derecho Civil.
- Don ÁNGEL BONET NAVARRO, Catedrático de Derecho Procesal.
- Don JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, Profesor Titular de Derecho Civil.
- Doña CARMEN BAYOD LÓPEZ, Profesora Titular de Derecho Civil.

PONENCIAS:

- «De la teoría de las fuentes al Derecho aplicable», por don JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA.
- «La ley, la costumbre y los principios en los que tradicionalmente se inspira el ordenamiento jurídico aragonés», por don JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA.
- «Interpretación e integración de las fuentes aragonesas. La supletoriedad del Derecho estatal», por doña CARMEN BAYOD LÓPEZ.
- «Aplicación en el tiempo y en el espacio», por don JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA.
- «Derecho Civil aragonés y proceso. La casación foral», por don ÁNGEL BONET NAVARRO.

MESA REDONDA:

- «El Derecho aragonés en los despachos profesionales: abogados, notarios y Registradores», a cargo de don DAVID ARBUÉS, Abogado y Consejero del Consejo de Colegios de Abogados de Aragón; don HONORIO ROMERO, Notario y Decano del Colegio Notarial de Aragón, y doña PILAR PALAZÓN, Registradora de la Propiedad, Decana del Colegio de Registradores de la Propiedad de Aragón.

La Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación convoca el VIII PREMIO DE DERECHO PRIVADO CASTÁN TOBEÑAS y el VIII PREMIO DE DERECHO PÚBLICO GASCÓN Y MARÍN, con objeto de fomentar la investigación jurídica en el campo del Derecho Privado y Público. Se fija como plazo máximo de admisión las veinticuatro horas del día 31 de diciembre de 2004 y el fallo se decidirá en el plazo máximo de los cuatro meses siguientes al cierre del concurso.

ASTURIAS

Durante el primer trimestre del año en curso se han llevado a cabo en el Centro de Estudios Hipotecarios de Asturias dos SESIONES DE TRABAJO PARA ESTUDIAR LAS NUEVAS LEYES DE MONTES, ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS, DE PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DEL ORDEN SOCIAL, celebradas los días 29 de febrero y 4 de marzo.

Asimismo, el Centro de Estudios Hipotecarios de Asturias ha colaborado en la organización del PRIMER CURSO SUPERIOR EN URBANISMO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, celebrado en la Cámara de Comercio de Oviedo, inaugurado el día 17 de marzo de 2004, en el que se impartieron seis horas de clase sobre «La inscripción en el Registro de la Propiedad de las actuaciones urbanísticas», por CARMEN GONZÁLEZ-LAMUÑO ROMAY, Registradora de la Propiedad de Belmonte de Miranda, y por MARGARITA DE CARLOS MUÑOZ, Registradora de Pola de Laviana y Directora del Centro de Estudios Hipotecarios.

CASTILLA-LA MANCHA

Los días 17 y 18 de marzo de 2004, se celebraron en Ciudad Real, unas JORNADAS SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS Y REGISTRO DE BIENES MUEBLES, organizadas por la Universidad de Castilla-La Mancha y patrocinadas por el Decanato del Colegio de Registradores de Castilla-La Mancha.

DIRECTORES:

- Doctor D. L. FERNANDO REGLERO CAMPOS, Catedrático de Derecho Civil de la UCLM.
- Don ANDRÉS JUEZ PÉREZ, Registrador de la Propiedad de Almagro.

SECRETARIA:

- Doctora doña ANA I. MENDOZA LOSANA, Profesora Asociada de Derecho Civil de la UCLM.

PONENCIAS:

- «El Registro de Bienes Muebles: finalidad, organización y funcionamiento», por don ANTONIO HUESO GALLO, Registrador a cargo del Registro de Bienes Muebles de Madrid.
- «El Registro de Bienes Muebles: principios, contenido y efectos. Los bienes inscribibles», por don FRANCISCO-JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad; Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- «Ejecución de las garantías mobiliarias. Aspectos procesales y otros de interés en la práctica», por don FERNANDO GARCÍA SOLÁ, Abogado; Presidente de la Comisión Jurídica de ASNEF (Asociación Nacional de Entidades de Financiación).
- «Adquisición financiada de bienes muebles y su función de garantía. Particular examen del arrendamiento financiero (leasing) y de la compra a plazos», por el doctor don FERNANDO REGLERO CAMPOS, Catedrático de Derecho Civil de la UCLM.
- «Reivindicación de bienes muebles y tercerías de dominio», por don LUIS CASERO, Magistrado de la Audiencia Provincial de Ciudad Real.

MESA REDONDA:

- Doña ESTELA BLASCO LIZÁRRAGA. Registradora de la Propiedad y del Registro de Bienes Muebles de Ciudad Real.
- Don ANDRÉS JUEZ PÉREZ. Registrador de la Propiedad de Almagro.
- Don EDUARDO MARTÍNEZ GARCÍA. Registrador de la Propiedad de Manzanares; Decano del Colegio de Registradores de Castilla-La Mancha.

CATALUÑA

Los días 3 y 5 de febrero de 2004, se celebraron unas JORNADES SOBRE URBANISME A CATALUNYA, organizadas por el Decanato Autonómico de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de Cataluña. Servicio de Estudios Registrales de Cataluña.

INAUGURACIÓN:

- Il·lma. Señora MARTA VALLS TEIXIDÓ, Degana dels Registradors de la Propietat, Mercantils i de Béns Mobles de Catalunya.

MODERADORES:

- Señor RAFAEL ARNÁIZ EGUREN, Registrador de la Propiedad.
- Señora MERCEDES TORMO SANTONJA, Directora del SERC.

PONENCIAS:

- «*Reparcel·lacions urbanístiques*: sistema de compensació: bàsica i concertada; sistema de cooperació», señor PERE CARALPS I RIERA, Advocat; Tècnic Urbanista. Responsable de Sostenibilitat Urbana del Departament de Política Territorial i Obres Públiques.
- «Expropiació i dret de reversió. El procediment de taxació conjunta», señor CARLES PAREJA I LOZANO, Advocat.
- «Convenis urbanístics —la figura de l'Agent urbanitzador—», señora DOLORS CLAVELL NADAL, Advocada i Diputada del Parlament de Catalunya.
- «*Llicències urbanístiques*. Parcel·lacions: divisions i segregacions en sòl urbà i en sòl no urbanitzable. Divisió d'un departament en règim de propietat horitzontal, article 210 i canvis d'ús», señor JOSEP ANTÓN PÉREZ FERRÁNDIZ, Cap del Servei de Protecció de la Legalitat i Assessorament. Direcció General d'Urbanisme; señor ANTONIO GINER GARGALLO, Registrador de la Propietat; señor JOSÉ LUIS VALLE MUÑOZ, Registrador de la Propietat.
- «Obres noves en sòl urbà i no urbanitzable o rústic. Rehabilitacions. Supòsits exclosos de la llei d'ordenació de l'edificació. Les propietats horitzontals tombades», señora MERCEDES TORMO SANTONJA, Registradora de la Propietat. Directora del SERC; señor ANTONIO CUMELLA DE GAMINDE, Registrador de la Propietat; Vocal de la Secció de Dret Patrimonial de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya.

CLAUSURA:

- «Sostenibilitat i urbanisme», Hble. Señor SALVADOR MILÀ I SOLSONA, Conseller de Medi Ambient i Habitatge.

Del 16 de marzo al 28 de junio, se celebra EL V SEMINARIO DE DERECHO INMOBILIARIO Y URBANÍSTICO, organizado por el Servicio de Estudios Registrales de Cataluña en colaboración con la Facultad de Derecho de ESADE-Universitat Ramon Llull.

DIRECTORES:

- MERCEDES TORMO SANTONJA, Registradora de la Propiedad; Directora del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña.
- SERGIO LLEBARÍA SAMPER, Profesor Titular de Derecho Civil; Director de Investigación y Publicaciones de la Facultad de Derecho ESADE-Universitat Ramon Llull.

COORDINACIÓN Y DOCUMENTACIÓN:

- REBECA CARPÍ MARTÍN, Profesora de Derecho Civil de la Facultad de Derecho ESADE-Universitat Ramon Llull.

PONENCIAS:

- «El Registro de la propiedad (I): Principios hipotecarios». Ponente: don FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLIGO, Registrador de la Propiedad; Letrado adscrito a la DGRN. Contraponente: don FRANCISCO JOSÉ BARBANCHO TOVILLAS, Magistrado; Profesor Titular de Derecho Civil.
- «El Registro de la Propiedad (II): El procedimiento registral». Ponente: doña MERCEDES TORMO SANTONJA, Directora del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña; Registradora de la Propiedad. Contraponente: don JOSÉ ALBERTO MARÍN SÁNCHEZ, Notario.
- «Inscripción de la finca. Modificación de entidades». Ponente: don MANUEL VARGAS ZÚÑIGA JUANES, Registrador de la Propiedad. Contraponente: don IGNACIO ALBIÑANA CILVETI, Abogado; Socio del Bufete Uría & Menéndez.
- «El régimen jurídico de la finca y la ordenación urbana. El plan urbanístico». Ponente: don LLUÍS SAURA LLUVIÀ, Abogado; Socio de Roca Junyent, Advocats; Magistrado excedente. Contraponente: doña ROSARIO MARZO CARPIO, Abogado de Pascual & Marzo y Asociados.
- «Régimen jurídico del suelo. Clasificación del suelo». Ponente: don CARLOS PAREJA LOZANO, Profesor Titular de Derecho Administrativo; Abogado. Contraponente: doña MERCEDES LUBIÁN VALDÉS, Abogada.
- «La ejecución de los planes urbanísticos, su incidencia en la propiedad (I). Inscripción de los proyectos de equidistribución». Ponente: doña GEMMA SEGURA LÓPEZ, Abogada de Pareja i Associats, Advocats. Contraponente: don RAFAEL ARNÁIZ RAMOS, Registrador de la Propiedad.
- «La ejecución de los planes urbanísticos, su incidencia en la propiedad (II). Licencias urbanísticas». Ponente: don JUAN LUIS GIMENO

- GÓMEZ LAFUENTE, Registrador de la Propiedad. Contraponente: don JOSEP M.^a BRUGUERA CHAVARRÍA, Abogado de Baker & Mc Kenzie.
- «Limitaciones de dominio derivadas de la legislación especial». Ponente: don JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, Registrador de la Propiedad; Letrado adscrito a la DGRN. Contraponente: don ESTEBAN ARIMANY LAMOGLIA, Abogado, socio de Uría y Menéndez; Abogado del Estado en excedencia; Profesor colaborador de ESADE-Universitat Ramon Llull.
 - «El contrato de obra». Ponente: don ANTONIO GARCÍA CONESA, Registrador de la Propiedad. Contraponente: doña M.^a TERESA HERNÁNDEZ FALCÓ, Abogado, socia de Garrigues & Andersen.
 - «La obra nueva». Ponente: don PEDRO ÁVILA NAVARRO, Registrador de la Propiedad. Contraponente: don MARIANO GIMENO VALENTÍN-GAMAZO, Notario.
 - «Financiación de la construcción (I). La hipoteca». Ponente: don LLUÍS MARÍA MIRALBELL GUERÍN, Abogado. Contraponente: don JESÚS MUÑOZ VILLALÓN, Registrador de la Propiedad.
 - «Financiación de la construcción (II). El leasing inmobiliario». Ponente: doña M.^a TERESA ALONSO PRADO, Registradora de la Propiedad. Contraponente: don VICENTE TORRALBA SORIANO, Catedrático de Derecho Civil; Abogado.
 - «Empresario y técnicos en la construcción». Ponente: don FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, Catedrático de Derecho Civil. Contraponente: don MANUEL HERNÁNDEZ MARTÍN, Abogado; Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Sabadell.
 - «División de la finca. Propiedad horizontal». Ponente: don PEDRO YÚFERA SALES, Abogado; Profesor Asociado de Derecho Civil. Contraponente: don ANTONIO GÍNER GARGALLO, Registrador de la Propiedad.
 - «Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles». Ponente: don LUIS MIGUEL ZARABOZO GALÁN, Registrador de la Propiedad. Contraponente: don GONZALO SERRACLARA CATALÀ, Abogado.
 - «La mediación inmobiliaria». Ponente: don ALFONS GILI JAÚREGUI, Abogado de Roca Junyent Advocats; Profesor Colaborador de ESADE-Universitat Ramon Llull. Contraponente: don NICOLÁS OLIVÉ ROIG, Agente de la Propiedad Inmobiliaria.
 - «Transmisión de la finca (I). Garantías de seguridad del tráfico». Ponente: don LEOPOLDO MARTÍNEZ DE SALINAS. Notario. Contraponente: don JOSÉ IGNACIO MARTÍN ALÍAS, Registrador de la Propiedad; Delegado Provincial de Barcelona.
 - «Transmisión de la finca (II). Supuestos de invalidez e ineficacia». Ponente: doña NURIA GINÉS CASTELLET, Profesora de Derecho Civil de

la Facultad de Derecho ESADE-Universitat Ramon Llull. Contraponente: don ÀNGEL SERRANO DE NICOLÁS, Notario.

- «Inscripción de fincas a nombre de personas jurídicas». Ponente: don SANTIAGO LAFARGA MORELL, Registrador de la Propiedad. Coordinador del Servicio de Oficinas Liquidadoras en Cataluña. Contraponente: doña ROSER RAFOLS VIVES, Abogado, socia de Roca Junyent Advocats.
- «Régimen jurídico de la vivienda familiar». Ponente: don SERGIO LLEBARÍA SAMPER. Profesor Titular de Derecho Civil. Contraponente: don ANTONIO CUMELLA DE GAMINDE, Registrador de la Propiedad.
- «Impuestos directos (I)». Ponente: don EDUARDO BERCHE MORENO, Catedrático de Derecho Tributario; Director del Master en Asesoría Fiscal de ESADE. Contraponente: don JESÚS PUBLIO DELGADO FERNÁNDEZ DE HEREDIA, Abogado de Garrigues & Andersen; Profesor Asociado de Derecho Tributario.
- «Impuestos directos (II)». Ponente: don VICENTE JOSÉ GARCÍA LÓPEZ-HINOJAL, Registrador de la Propiedad. Contraponente: don JOSEP MARÍA MARTÍ SANROMÀ, Abogado; Asociado de Price Waterhouse Coopers.
- «Impuestos indirectos (I)». Ponente: don MANUEL LLOPIS DE AYSÀ, Inspector de Hacienda; Profesor Asociado de Derecho Tributario. Contraponente: don JOSEP MARÍA MARTÍ SANROMÀ, Abogado; Asociado de Price WaterhouseCoopers.
- «Impuestos indirectos (II)». Ponente: don VICENTE JOSÉ GARCÍA LÓPEZ-HINOJAL, Registrador de la Propiedad. Contraponente: don MANUEL LLOPIS DE AYSÀ, Inspector de Hacienda; Profesor Asociado de Derecho Tributario.
- «Impuestos locales». Ponente: don CARLOS TEJEDOR RUIZ, Jefe del Servicio de Gestión Tributaria del ORGT de la Diputació de Barcelona; Profesor Asociado de Derecho Tributario. Contraponente: don VALERI VILADRICH SANTALLUSIA, Asesor Tributario; Asociado de Price Waterhouse Coopers.
- «Procedimientos tributarios sobre bienes inmuebles». Ponente: doña ANA ALLENDE AGUIRRE MENDI, Registradora de la propiedad. Contraponente: don JUAN CANO GARCÍA, Inspector de Hacienda; Profesor Asociado de Derecho Financiero y Tributario.

SESIÓN DE CLAUSURA:

- «Sistemas de seguridad transaccional en el ámbito inmobiliario». Ponente: don FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

- «El coste del derecho a una vivienda digna: ¿especulación?, ¿burbuja?». Ponentes: don LUIS BASAGOITI ROBLES, Director General de Reyal Grupo; Arquitecto, y don GONZALO BERNARDOS DOMÍNGUEZ, Profesor Titular de Economía de la Universidad de Barcelona.

LAS PALMAS

El Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Decanato Territorial de Las Palmas, en colaboración con la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, organiza en el presente año académico 2003-2004 el CURSO DE DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL Y MERCANTIL, impartido exclusivamente por Registradores y dirigido a estudiantes y licenciados de las Facultades de Ciencias Jurídicas y Ciencias Económicas y Empresariales.

Descripción:

Estudio pormenorizado del sistema registral español, con especial atención al procedimiento de registración, los denominados principios registrales y la publicidad que emanan del mismo.

Objetivos:

Formación del alumno en el conocimiento completo y profundo del Derecho Inmobiliario Registral y Mercantil, pilar de la seguridad del tráfico jurídico.

Duración:

100 horas.

Las clases teóricas, los lunes y jueves, de 16,30 a 19,00 horas.

Las clases prácticas, dos tardes cada mes en horario que se determinará.

Fecha de inicio: Lunes, 19 de enero de 2004.

COLOMBIA

Del 1 al 3 de marzo de 2004, se celebró en Cartagena de Indias el II ENCUENTRO IBEROAMERICANO SOBRE RELACIONES ENTRE EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA.

INAUGURACIÓN:

- Ilmo. Señor don ENRIQUE RAJOY BREY, Secretario General del Centro Internacional de Derecho Registral (CINDER).
- Ilmo. Señor don JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad adscrito al Ministerio de Justicia; Coordinador del curso.
- Ilmo. Señor don JOSÉ PIQUERAS, Director del Centro de Formación de la Agencia Española de Cooperación de Cartagena de Indias.

PONENCIAS:

- «*El Registro de la Propiedad como instrumento de seguridad jurídica preventiva*: salvaguardia judicial de los asientos, recursos ante la autoridad judicial, eficacia del sistema», por don JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- «*La definición de la propiedad y de las garantías reales como instrumento de crecimiento económico*: El papel de Jueces y Registradores en el favorecimiento del crédito. La inscripción permite la circulación de la garantía», por don JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO.
- «*En particular la hipoteca*. Concepto y caracteres. La ejecución hipotecaria: trámites, medios de realización forzosa, causas de oposición, titulación. Necesidad de agilidad en la ejecución», por don JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO.
- «*La ejecución dineraria*. Títulos que llevan aparejada ejecución», por don JUAN JOSÉ JURADO JURADO. Registrador de la Propiedad de Sevilla.
- «*El embargo*. Concepto y finalidad. Publicidad registral del embargo a través de la anotación preventiva: eficacia», por don JUAN JOSÉ JURADO JURADO.
- «*Las tercerías de dominio y mejor derecho*. Supuestos en los que procede», por don JUAN JOSÉ JURADO JURADO.
- «*La calificación registral de los títulos judiciales*. Adjudicaciones en procedimientos ejecutivos, declarativos, reanudación del tracto sucesivo, querellas por alzamiento de bienes», por don JUAN JOSÉ JURADO JURADO.
- «*La importancia de la calificación registral desde la perspectiva judicial*. La calificación como instrumento auxiliar de la Administración de Justicia», por don RICARDO CONDE DÍEZ, Magistrado adscrito al Ministerio de Justicia.
- «*La calificación de la inscripción a nombre de persona interpuesta*. La experiencia española. El artículo 20.5 de la Ley Hipotecaria», por don RICARDO CONDE DÍEZ.

- «*La importancia de un régimen de prelación de créditos*. Tanto en las ejecuciones ordinarias como en las colectivas. La nueva Ley Concur-
sal en España», por don RICARDO CONDE DÍEZ.
- «*El control judicial de los recursos contra las Resoluciones de la
Dirección General de los Registros y del Notariado*. El juicio verbal
en España en la materia», por don RICARDO CONDE DÍEZ.

COLOQUIO:

Después de las ponencias se celebraron unos coloquios sobre *Presentación del sistema registral y de ejecución forzosa*, a los que asistieron los siguientes países:

Brasil	El Salvador	Panamá
Colombia	Guatemala	Perú
Costa Rica	Honduras	Puerto Rico
Cuba	México	República Dominicana
Chile	Nicaragua	Uruguay
Ecuador	Paraguay	

CONCLUSIONES:

1. El Registro de la Propiedad, en tanto que define, asigna y publica frente a todos los derechos reales mobiliarios e inmobiliarios, presenta una naturaleza semejante a la de la Administración de Justicia de ahí que sus asientos estén bajo la salvaguardia de los Tribunales.

Presupuesto inexcusable de esta afirmación es la de que el Registro de la Propiedad se organice como un Registro de derechos, o sea, que esté dotado de fe pública.

Por el contrario, tanto el Registro de mero *recording* como el de títulos no emiten una resolución, ya que no fijan la extensión y el rango de los derechos reales ni los atribuyen a un titular frente a todos, limitándose únicamente a publicar los títulos de los que resultan (impidiendo, en el segundo supuesto, que se le puedan oponer los no depositados). Ni siquiera la sentencia resultante de una hipotética contienda entre dos titulares realiza dicha definición y asignación con carácter definitivo, ya que la excepción de cosa juzgada no podrá oponerse a los terceros que la discutan. En estos sistemas la única garantía posible será, pues, la económica, que habrá de contratarse en el sector privado.

Como la Declaración de Antigua ya señaló, los Registradores deben gozar de las mismas garantías de inamovilidad e independencia de Jueces y Magis-

trados. Sólo así podrá garantizarse la imparcialidad de sus decisiones sin que, por otro lado, quepa confundir el procedimiento registral con el que es utilizado para la documentación de los actos y contratos. Mientras que, en éste, el interés de las partes que los otorgan es el prevalente, en el primero lo son los de todos los que resultan afectados por sus pronunciamientos. Por ello, atribuir a quienes autorizan dichos documentos su calificación o la de la eficacia de los derechos que resultan de ellos puede dañar la seguridad del tráfico jurídico.

2. La ajustada relación entre organización jurisdiccional y el Registro de derechos resulta fundamental para el adecuado funcionamiento de ambas instituciones lo que, a su vez, constituye uno de los presupuestos necesarios para el desarrollo del crédito territorial y, en general, la materialización de la totalidad de los beneficios económicos que se derivan de la existencia de una correcta delimitación y asignación de los derechos reales y demás titularidades inscritas frente a todos.

Requisito imprescindible para que tal relación suceda de una manera apropiada la constituye la necesidad de sujetar la actuación de los Registradores a la decisión de unos Tribunales imparciales y formados en Derecho Hipotecario. Y ello por una doble vía: por un lado, permitiendo que los pronunciamientos registrales negativos resultantes de la calificación de los títulos en que los derechos se hayan constituido o transmitido sean susceptibles de recurso ante los Tribunales; y, por otro, admitiendo la revisión jurisdiccional de los asientos una vez que éstos ya se han extendido. El principio de la calificación registral de los documentos judiciales no contradice esta afirmación. No hay que olvidar que, en los procedimientos judiciales, las partes son las «dueñas» del proceso y, en consecuencia, sus resoluciones pueden adolecer del error de haber ignorado la situación jurídica del inmueble sobre el que recae el derecho objeto de controversia y que el Registro determina. Tampoco que, mientras que la excepción de cosa juzgada nunca es oponible a los terceros, los asientos registrales producen sus efectos frente a todos; o, lo que es igual, la asignación por los mismos de un derecho a favor de un tercero protegido se impone a toda la comunidad, aún en el caso de que posteriormente el derecho de su transmitente se resuelva en virtud de una causa que no conste en el propio Registro. En cualquier caso, dicha calificación debe limitarse a aspectos puntuales como son la competencia del juzgado, la congruencia entre el mandato judicial y el procedimiento en que se ha dictado, las formalidades extrínsecas del documento y los obstáculos que resultan del registro sin entrar nunca en el estudio de la procedencia o acierto de la resolución de las cuestiones de fondo. Únicamente se exceptúan aquellos supuestos en que nos encontremos ante resoluciones que pertenezcan al ámbito de la jurisdicción voluntaria donde el alcance de la calificación debe ser mayor, ya que el título, aunque formalizado judicialmente, no implica una orden judicial.

La independencia que debe presidir la actuación de los Registradores aconseja regular, con rango de ley, un procedimiento de queja al objeto de que puedan solicitar la protección del superior jerárquico del Juez que, de cualquier forma, les amenace por la suspensión o denegación de la inscripción de un documento expedido por él. Por su parte, el Registrador deberá redactar la nota con claridad, distinguiendo entre hechos, fundamentos de derecho y la calificación que de los mismos se deriva.

3. Para que el Registro de derechos pueda producir los efectos que le son propios, es preciso que los Tribunales apliquen adecuadamente los principios jurídicos que lo informan. Especialmente importante resulta el reconocimiento de los efectos que se derivan de los de fe pública, prioridad, inoponibilidad y legitimación al que posteriormente nos referiremos. Sobre el primero de ellos, conviene recordar que, aunque los asientos son dependientes de los derechos que publican por lo que, la eficacia de éstos condiciona la vigencia o la cancelación de aquéllos, la necesidad de dotar al tráfico jurídico inmobiliario y mobiliario de un alto nivel de seguridad aconseja la protección de las adquisiciones realizadas a título oneroso y de buena fe por un tercero que ha actuado confiado en los datos jurídicos publicados por el Registro sin que en el mismo constara la amenaza de ninguna causa de resolución. El respeto de esta regla resulta tanto más conveniente cuanto que el Registro de derechos: *a)* presupone una previa calificación de la legalidad del título y de la eficacia del derecho por el Registrador, lo que reduce considerablemente el riesgo de errores; *b)* sujeta a éste a un régimen de responsabilidad que demanda la existencia de un sistema eficaz de indemnización de modo tal que, caso de que, a resultas de su proceder, alguien sufra injustificadamente un daño, ha de serle reparado; *c)* recoge el principio de que los asientos no convalidan los actos o contratos nulos y, por tanto, admite la posibilidad de su impugnación judicial, así como de anotar preventivamente este hecho para evitar la aparición de un tercero protegido.

La inoponibilidad frente a derechos inscritos constituye una sanción a quien, en virtud de un interés no siempre legítimo, decide mantener oculto su derecho. La admisión de cualquier excepción a esta regla o de la alteración del orden de preferencia resultante de la observancia del principio de prioridad, ya sea por la legislación y/o por los Tribunales, perjudica la seguridad del tráfico jurídico y provoca consecuencias perniciosas para toda la comunidad en forma de restricción del crédito y del mercado inmobiliario, aumento de los tipos de interés, dificultad de conversión de los derechos en activos económicos, etc. Por justificada que parezca la protección de ciertos intereses particulares, sean los de la Administración Tributaria, los trabajadores, los cónyuges o/y viudos/as, o determinados acreedores, parece que privilegiarla respecto de la que se otorga al resto de las personas crea un daño más grave que el mal que evita (además de los problemas de corrupción a que puede dar lugar).

4. La colaboración entre la Administración de Justicia y el Registro de la Propiedad en la medida en que éste se organice como un Registro de derechos ofrece a ambas instituciones significativas ventajas que pueden resumirse como sigue.

El Registro de derechos ofrece, o puede hacerlo, a la Administración de Justicia, las siguientes aportaciones:

- Garantizar la eficacia de la ejecución de las sentencias que en su día se dicten por la vía de las anotaciones preventivas.
- Proveer a los Tribunales de la información necesaria para que conozcan los derechos de que un demandado es titular. La prueba de tal titularidad resulta agilizada merced a la aplicación del principio de legitimación que sanciona la presunción *iuris tantum* de la exactitud e integridad de la información registral y, en consecuencia y también, la de que el derecho publicado existe y pertenece a su titular en la forma que resulta de su texto.
- Facilitar la acreditación de la legitimación procesal activa de la parte actora para promover el ejercicio de ciertas acciones como pueden ser la reivindicatoria o las que se dirigen a obtener la posesión o evitar la perturbación que el titular registral esté sufriendo en el ejercicio de cualquiera de las facultades inherentes a su dominio.
- Notificar en los procedimientos de ejecución a quienes, según el Registro, ostentan algún derecho sobre la finca al objeto de que, si lo desean, puedan pagar el importe que se reclama y liberarla así de la carga en cuestión, intervenir en las operaciones de avalúo y subasta que se van a seguir o reclamar el sobrante, si lo hubiera. Por otro lado, la nota que se extiende al margen de la inscripción del gravamen que se va a ejecutar, permite a los futuros adquirentes de algún derecho sobre la finca conocer su situación procesal y optar por alguna de las soluciones antedichas sin que, en ningún caso, puedan alegar indefensión o falsedad. Estos hechos permiten la cancelación o purga de las cargas y derechos que hayan accedido al Registro con posterioridad a la que se ha ejecutado, salvo las que sean compatibles y siempre que, en el ámbito de las hipotecas, se haya previsto su extensión a esas mejoras al constituirse.
- Reducir considerablemente el nivel de litigiosidad ante los Tribunales. Al definir la extensión y el rango y atribuir la titularidad de cada derecho al tiempo de practicar un asiento, evita las discusiones que son frecuentes en el caso del Registro de títulos, acerca de cuál de entre las varias titularidades que constan en los libros debe prevalecer.
- Aminorar los tiempos y abaratar los costes de ejecución de las cargas inscritas ya que, al no precisarse ninguna investigación sobre la titularidad y extensión de los derechos, se evita la verificación de búsquedas

que, en el caso del Registro de títulos, son precisas; además, esta determinación permite, en el caso de las ejecuciones hipotecarias, habilitar un procedimiento sumario de ejecución en el que las causas de oposición están muy limitadas.

El ajustado funcionamiento de la Administración de Justicia reporta por su parte importantes beneficios al sistema de seguridad jurídica que los Registros de derechos informan al permitir:

- Facilitar el acceso al Registro de numerosas titularidades que, de otro modo, quedarían al margen de él. Esta colaboración resulta especialmente importante en los países en los que existe una considerable cantidad de titulares sin documento escrito que acredite su derecho o con uno privado. En tales supuestos parece conveniente arbitrar un sistema ágil, barato y público que les permita obtener del Juez un documento en el que se les atribuya tal derecho. El procedimiento judicial podría simplificarse (por ejemplo, mediante la exigencia tan sólo de la comparecencia de dos testigos y la presentación del recibo de contribución y una certificación negativa del Registro) en los supuestos en los que se tratara de inscribir únicamente la posesión en concepto de dueño. La publicidad registral y el tiempo que se exigiría para proceder a transformar dicha posesión en dominio eximiría a los interesados de someterse a unos trámites más complejos.
- Llevar a cabo una rápida ejecución de las garantías en los casos de impago o incumplimiento de la obligación asegurada. A tal efecto sería conveniente la adopción de las siguientes medidas: *a)* la creación de unos Tribunales especializados en materia hipotecaria; *b)* la estricta observancia de los principios jurídicos registrales (fe pública, inoponibilidad, prioridad y legitimación); *c)* el establecimiento de reglas que faciliten un acceso rápido, sencillo y económico de las situaciones posesorias al Registro de forma que, las no inscritas, no puedan hacerse valer contra el acreedor; *d)* la limitación de las causas de oposición en los procedimientos de ejecución hipotecaria; *e)* el establecimiento de un rápido sistema de entrega al rematante o su cesionario del derecho adquirido sin admisión de moras en virtud de causas que no se hayan alegado en el procedimiento.

Por otro lado, es preciso que la solicitud de información registral y los documentos sean cursados por el Juez (y por los representantes de las partes en los procedimientos, abogados y procuradores) con indicación de los datos que permitan la perfecta identificación de la persona, derecho y/o bienes a los que se refieren al objeto de evitar errores que puedan dañar a terceros. Del mismo modo, parece aconsejable desechar la posibilidad de la existencia de las llamadas reservas convencionales

de dominio que cierran o atribuyen una preferencia con el fin frecuentemente de evitar la eficacia de las medidas cautelares.

- Vigilar e inspeccionar el correcto funcionamiento de las oficinas registrales.
- Resolver los recursos que se interpongan tanto contra la calificación negativa de un Registrador como contra su decisión de practicar un asiento y, por tanto, de definir y atribuir un derecho real frente a todos.

5. La importancia de las relaciones entre la Administración de Justicia y los Registros aconseja intensificar su colaboración al objeto de conseguir la mejora y el aumento de la producción de los beneficios antedichos. A tal efecto, se considera aconsejable:

- Adoptar medidas que permitan alcanzar una mayor fluidez en su correlación.
- Promover el estudio del Derecho Registral o Hipotecario en las universidades mediante la creación de una cátedra dedicada a esta materia o, cuanto menos, la constitución de seminarios que ayuden a su divulgación y la especialización del alumnado.
- Impulsar la celebración de cursos y encuentros entre Jueces y Registradores que permitan el intercambio de conocimientos en los temas propios de su respectiva competencia.
- Favorecer la creación de Jueces y Tribunales especializados en Derecho Registral o Hipotecario.

Los abajo firmantes, participantes en el encuentro antes citado, formulan las presentes conclusiones con la intención de que constituyan un modelo que las legislaciones de los diferentes países incorporen en las normas reguladoras de las relaciones Registro-Judicatura, sin perjuicio, obviamente, de sus distintas particularidades. Igualmente manifiestan su voluntad de que las mismas sean anexadas a la Declaración de Antigua, en tanto que las consideren una continuidad de los trabajos que la informaron.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

FONDO DE REVISTAS QUE PASAN DE LA REVISTA CRÍTICA A LA BIBLIOTECA DEL COLEGIO DE REGISTRADORES

- ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE LA CORUÑA. Años: 2001, 2002 y 2003.
- ARANZADI DE LEGISLACIÓN. Años: 1987 a 1992 y 1993 (Vol. 3).
- BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO UNIVERSIDADE DE COIMBRA. Años 82 a 2003.
- BOLETÍN DEL CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES DE CATALUÑA. Núms. 70 a 101.
- BOLETÍN DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID. Año: 86 (núms. 1 a 5), 87 (1, 2, 5 y 6), 88 (1 a 6), 89 (1, 2, 3 y 5), 90 (2, 3 y 6), 91 (1, 2, 4, 5 y 6) y 93 (1 y 3).
- BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO. Núms. 40 a 45.
- BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO. Núms. 40 a 45, 52 a 75 y 77 a 109.
- CUADERNOS CÍVITAS DE JURISPRUDENCIA CIVIL. Núms. 9 a 63.
- DERECHO Y REFORMA AGRARIA. Núms. 15 a 31.
- DOCUMENTACIÓN JURÍDICA. Núms. 37 a 40, 42, 44 a 48, 51 a 66, 70 a 81 y 85.
- FOLIO REAL. Núms. 1 a 8.
- LUNES 4,30. Núms. 230 a 363.
- REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA. Núms. 86 a 102.
- REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS. Año: 1995 (núm. 1), 96 (1 y 2), 97 (1 y 2), 98 (1 y 2), 99 (2) y 2000 (1 y 2).
- REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN. Años: 84 a 2000.
- REVISTA DE DERECHO MERCANTIL. Núms. 175 a 250.
- REVISTA DE DERECHO NOTARIAL. Núms. 128 a 147.
- REVISTA DE DERECHO PORTORRIQUEÑO. Años: 87 a 2003 (Vol. 1).
- REVISTA DE DERECHO PRIVADO. Años: 1986 a 1995.
- REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO. Núms. 96 a 207.
- REVISTA DE DIREITO MOBILIARIO. Núms. 15 a 18, 21 a 23, 28, 29 y 33.
- REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY. Años: 84 a 2002.
- REVISTA DEL NOTARIADO DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE BUENOS AIRES. Núms. 828 a 866.
- REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Núms. 18 a 20, 40 a 43, 44 y 46 a 52.
- REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL. Años: 1988 a 2003 (1.^{er} vol.).

- REVISTA GENERAL DE DERECHO. Núms. 498 a 681. Índices: años 1987-2000.
- REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA-LA MANCHA. Núms. 1 a 4, 6 a 18 y 22 a 35.
- REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA-LEÓN. Núms. 1, 2 y número extraordinario.
- REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA (JURISPRUDENCIA). Año 1985 (núms. III y IV), 86 (completo), 87 (I, II y III), 88 (completo), 89 (I, III y IV), 90 (II), 91, 92, 93 y 94 (completos), 95 (I y III), 96, (completo), 97 (III y IV), 98 (I, II y III), 99, 2000, 2001, 2002 y 2003 (completos).
- REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA. Año 1985 (núm. 4), 86, 87, 88 y 89 (completos), 90 (1,2 y 3), 91 y 92 (completos), 93 (2, 3 y 4), 94 (2, 3 y 4), 95 (1 y 4), 96 (2 y 4), 97 (1, 3 y 4), 98 (1,2 y 3), 99, 2000, 2001, 2002 y 2003 (completos) y 2004 (1).
- REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID. Núms. 5, 6 y 8 a 16.
- REVISTA JURÍDICA DE LA REGIÓN DE MURCIA. Núms. 19, 20, 22, 23 y 29.
- REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID. Núms. 2 y 6.
- REVISTA JURÍDICA DE NAVARRA. Núms. 1 a 21 y 23 a 35.
- REVISTA JURÍDICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE VIZCAYA. Núms. 25, 27, 32 y 40.
- REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO. Núms. 1 a 35, 44 y 55.
- REVISTA JURÍDICA JALISCIENSE. Años: 1991 a 2003 (núm. 1).
- REVISTA NOTARIAL ARGENTINA. Núms. 880 a 938.
- REVUE DE DROT UNIFORME. Años: 84 (núm. 1), 85 a 92, 94 a 2001, 2002 (núms. 2, 3, 4) y 2003 (núm. 1, 2 y 3).
- TEMAS DE DERECHO REGISTRAL. Años: 1999 a 2001.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, LUIS: *La propiedad en las leyes del suelo*. Prólogo de LUIS DíEZ PICAZO, Ed. Civitas, 2004, 205 págs.

El precio de la vivienda es uno de los asuntos que más preocupan a la sociedad española. Las sucesivas leyes del suelo han intentado atajar este mal, con mayor o menor éxito.

Las soluciones legislativas han pivotado en torno a dos concepciones muy diferentes de lo que se ha de entender por propiedad del suelo. Por un lado, aparece la que niega al propietario cualquier tipo de iniciativa en el ámbito urbanístico y que cercena —a veces de raíz— las facultades de la propiedad, configurándolas —a lo sumo— como meras concesiones de la Administración.

Por otro, nos encontramos con aquella concepción —más respetuosa con la economía de mercado— que, sin negar el papel de la Administración en la creación de nuestras ciudades, sin embargo es respetuosa con la propiedad y reconoce al propietario la posibilidad de tomar iniciativas en el ámbito urbano.

El autor piensa que ésta es la línea correcta. Entiende que urge, además, volver a vincular la propiedad del suelo con el Código Civil, concebido como un derecho de libertad. Y pretende, con este trabajo, ayudar a crear otra mentalidad en materia urbanística, que conciba al ciudadano como sujeto activo y responsable y no como un mero sujeto pasivo, objeto exclusivamente de la acción de la Administración.

Es muy consciente el autor de la dificultad de su empeño. Y ello por una razón tan simple como crematística: los ayuntamientos no tienen dinero y para hacer su política urbanística necesitan afectar los derechos de propiedad sin indemnizar o utilizar los instrumentos urbanísticos para conseguir dinero. Interesa más, pues, la primera concepción.

El libro sigue una estructura temporal, examinando las diversas leyes del suelo estatales, que han regido en España desde 1956, con un examen profundo de la actual, donde las dos facultades básicas del propietario, urbanizar y edificar, aparecen como facultades inherentes al propietario, no como meras concesiones de la Administración. No se olvida de estudiar la importante STC 61/1997, de 20 de marzo, que, como dice muy gráficamente, supuso la voladura del Derecho urbanístico español, al menos como competencia del Estado. Y realiza un breve, pero denso apunte, sobre las leyes valencianas y su idea de la «propiedad desagregada».

Es un libro escrito con cierta pasión, fruto de un convencimiento que se trasluce en todas sus páginas. Y, al mismo tiempo, es el trabajo de un civilista que quiere mirar la propiedad urbana con una perspectiva distinta a como lo hace la mayoría de la doctrina. No cabe duda que este estudio no va a pasar indiferente entre los especialistas y será objeto de discusión, por toda la carga político-jurídica que encierra.

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

DOMINGO, RAFAEL (dir.): *Principios de Derecho global. Aforismos jurídicos comentados*. Prólogo de ANTONIO GARRIGUES WALKER, Garrigues Cátedra, Universidad de Navarra, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003, 365 págs.

La obra que recensamos se encuentra dividida en varias partes: una de ellas recoge algunos de los principios, reglas jurídicas y aforismos propios del Derecho (págs. 25-250). En esta nueva edición se amplían en setenta los recogidos en la edición de 2000 por Aranzadi Editorial, entre los que se nos ocurre resaltar aquí algunos como *accumulatio actionum regulariter permittitur, immobilia pupilli sine decreto superioris tutor alienare non potest o quando plures nominibus propriis investiti sunt, tum omnes in capita vocati censetur. Collectivo nomine investito, in stirpes succedunt*. En el Título dedicado a las reglas jurídicas del Digesto (págs. 251-280) se mencionan algunas definiciones contempladas en el Digesto que proceden de jurisconsultos como PAULO, ULPIANO, GAYO, SCAEVOLA, MARCIANO, HERMOGENIANO, PAPINIANO, JULIANO, JAVOLENO o POMONIO, tanto en lengua latina como acompañados de la traducción al castellano, pero que son una fiel reproducción de los que ya contenía la anterior edición. Asimismo, el Título dedicado a las reglas jurídicas de las Partidas (s. XIII) (págs. 281-284), que reproduce la Partida VII, Título XXXIV: de las Reglas del Derecho, estereotipa las mismas Reglas de la edición de 2000. El capítulo dedicado a las definiciones jurídicas (págs. 285-290) incorpora, sin embargo, algunos términos como «acción real», «fuerza», «pupilo» o «usurpación», pero igualmente ha suprimido otros como «violencia». También dedica un apartado a las expresiones y términos latinos de uso forense (págs. 291-310), ordenados siguiendo un criterio alfabético muy útil para el jurista, que añade algunos nuevos términos, aunque no novedosos, como *a latere, a minori ad maius* o algunos más comunes como *de facto, legitimatio ad causam* o *ratio agendi*, entre otros. Asimismo se mantiene el índice tópico (págs. 317-333) y el de principios, reglas jurídicas y aforismos (págs. 335-365) con las lógicas variaciones de paginación y las incorporaciones atendiendo a las ampliaciones citadas.

Algunos de los principios, reglas jurídicas y aforismos que afectan al Derecho Inmobiliario, que es el tema que nos ocupa, están recogidos a continuación: el más clásico de todos es el de *cuius est solum, eius est usque ad coelum, usque ad inferos*, ya que desde antaño la propiedad sobre el suelo siempre ha tenido la consideración de que se extendía hasta el cielo y hasta el centro de la tierra. El principio *dare est dominium transferre*, atribuido a DECIO, significa «dar es transmitir la propiedad», en la medida en que si no hay transmisión de la propiedad no hay un *dare* en sentido estricto, sino un hacer, un *facere*. De esta forma, en España el vendedor tiene una obligación de *facere*, aunque no de *dare*, porque está obligado a la entrega de la cosa, pero no a transmitir el dominio (arts. 1.461 y 1.462 del Código Civil español de 1889). Otra de las reglas jurídicas que afecta al Registro de la Propiedad es *melior est condicio possessoris*, es decir, «tiene mejor posición el poseedor», ya que el artículo 38 de la Ley Hipotecaria española establece la presunción *iuris tantum* de que el titular inscrito posee el bien o Derecho en cuestión, lo que le faculta para interponer la acción registral del artículo 41, con independencia de que ello reflejase o no la verdadera situación extrarregistral. Asimismo, el aforismo *negatoria actio non competit nisi domino rei liberae*, o lo que es lo mismo, «la acción negatoria no compete sino al propietario de la cosa libre de cargas», también es aplicable al Registro

de la Propiedad. ULPIANO (D. 41.1.35), por otro lado, también consideraba justo que nadie perdiese su propiedad por error (*nemo errans rem suam amittit*). El aforismo *numquam nuda traditio transfert dominium*, proclamado por PAULO (D. 41.1.31 *pr.*), es uno de los principios clásicos vigentes en algunos ordenamientos, como el español, que aboga porque «la simple entrega nunca transfiere el dominio», si bien también conoce supuestos en los que la tradición, aun existiendo título, no conlleva la transmisión del dominio, como en el supuesto de la doble compra-venta de bienes inmuebles (art. 1.473 del Código Civil español), ya que la propiedad corresponderá a quien primero haya inscrito su adquisición en el Registro. El aforismo *communio est mater discordiarum*, que no significa otra cosa que «la copropiedad es la madre de todas las discordias», como señalaba PAPINIANO, igualmente resulta aplicable al Registro de la Propiedad; así como el de *agens rei vindicatione, dominium probare debet* («quien interpone la acción reivindicatoria, debe probar el dominio»), en la medida en que el propietario desposeído ha de probar su titularidad dominical, salvo que se tratase de bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad, en cuyo caso el artículo 38 de la Ley Hipotecaria española vigente determina la inversión de la carga de la prueba. El aforismo *alieno facto ius alterius non mutatur*, cuyo significado es el de que «un hecho ajeno no altera el derecho de otro», en determinados supuestos podía tener su excepción, como el que señalaba CELSO (D. 8.6.6.1d) en la medida en que un hecho ajeno como era la división del fundo sirviente fuese aprovechado por el propietario del fundo dominante para conducir el ganado por dos caminos. El principio *bonae fidei emptor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse* («se considera que es comprador de buena fe el que ignoraba que la cosa era de un tercero»), ha sido matizado por la jurisprudencia que señala que este principio no permite ignorar lo que es públicamente sabido, como cuando un tercero adquiere bienes que el vendedor había comprado previamente bajo reserva de dominio, si el precio de compraventa aún no se había satisfecho en su totalidad. A ULPIANO (D. 12.6.26.4) se le atribuye el aforismo *nemo invitus compellitur ad communionem*, es decir, «nadie es forzado contra su voluntad a la copropiedad». La distinción entre prenda e hipoteca es uno de los más elementales y antiguos principios jurídicos. Por ello, ULPIANO (D. 13.7.9.2) estableció el aforismo *proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit, hypothecam cum non transit nec possessio ad creditorem*, que equivale a afirmar que «hablamos propiamente de prenda cuando se traslada al acreedor; de hipoteca, cuando no se traslada siquiera la posesión al acreedor». Respecto a las servidumbres también se han recogido algunas reglas jurídicas como las de *cum fundus fundo servit, vendito quoque fundo servitutes sequuntur* (PAULO, D. 8.4.12), que se refiere a que «cuando un fundo sirve a otro, incluso vendido el fundo, le siguen las servidumbres»; o *nemini potest suus fundus servire*, atribuido a ULPIANO, que afirmaba que «a nadie puede prestar servidumbre su propio fundo». Otro de los principios actualmente aplicables en numerosos ordenamientos jurídicos es el de *nulli res sua servit*, atribuido a PAULO (D. 8.2.26), que afirmaba que «nadie tiene servidumbre sobre cosa propia», en la medida en que la servidumbre es un derecho *in re aliena*.

Aunque este trabajo patentiza una gran erudición, hay que reseñar que viene a reproducir casi en su totalidad el libro de 2000, con un título que se adaptaba más a su contenido y pretensiones: *Reglas jurídicas y aforismos (con jurisprudencia actualizada y remisiones a la legislación vigente)* (Pamplona,

2000). En esta ocasión se ha incorporado la mano del abogado y doctor en Derecho JAVIER ORTEGA, correspondiendo en la presente oportunidad la dirección y coordinación a RAFAEL DOMINGO, catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Navarra y director de la cátedra Garrigues. Escuchando a grandes maestros del Derecho, he visto la necesidad de que en toda recesión ha de estar presente la pedrada en ojo de boticario. En este caso van a ser dos. La primera es que estos trabajos colectivos deben indicar quién es el autor de cada cosa. La ANECA española y la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora no deben, de hecho no lo están haciendo, valorar positivamente estas obras de recolección, acumulativas y con varias plumas detrás de las mismas en las que no está claro lo que corresponde a cada uno. La segunda idea crítica es que se ha incorporado un prólogo de ANTONIO GARRIGUES WALKER (págs. 17-18), que se caracteriza por su brevedad, por lo que hubiera sido de desear un estudio más profundo y detenido, como antaño nos tenía acostumbrados su tío JOAQUÍN GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE. Un abogado no debe prologar a un catedrático y a dos doctores más, máxime si él no es doctor. En realidad los no doctores deberían, salvo que tengan cargos institucionales significativos, Presidente de una Comunidad Autónoma, Ministro de Educación y Ciencia o del Congreso de los Diputados, quedar para prologar a lo sumo libros de poesía o de creación literaria. Este prólogo, como el que GARRIGUES dedicó a la edición castellana del Código Civil japonés, que tuvimos también ocasión de recensionar, desmerecen de obra de semejante calado e importancia. Por último, el contenido de esta publicación, reiteramos, es de carácter histórico-jurídico y romanístico, y en modo alguno de Derecho global, más aún cuando el Derecho global no existe, en la medida en que la globalización se corresponde más bien con un concepto económico propio de las últimas décadas del siglo xx y tiene escasísimo reflejo en el mundo del Derecho, además de que por supuesto nada tiene que ver con la obra que aquí nos ocupa.

GUILLERMO HIERREZUELO CONDE

BADOSA COLL, FERRÁN: *Manual de Dret Civil català*. Autores varios. Editorial Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2003. Un tomo de 800 págs.

Transcurridos ya cuatro años de aquel primer *Compendi de Dret Civil català*, el profesor FERRÁN BADOSA vuelve a dirigir a un grupo de prestigiosos investigadores de la Universidad de Barcelona, esta vez para elaborar una obra de importancia trascendental que sistematiza, expone e interpreta (mediante la numerosa jurisprudencia recogida del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña) el Derecho Civil catalán, entendido por aquel Derecho Civil emanado de los órganos legislativos catalanes y propio de Cataluña. Resulta un trabajo extensamente elaborado que aparece, además, en un momento crucial para el Derecho Civil de Cataluña: la elaboración de su Código Civil (CCC), del cual ya ha aparecido la primera ley (Ley 29/2002, de diciembre).

La obra sigue la división tradicional de estudio del Derecho Civil (ya que, o bien el Derecho propio de Cataluña se extiende ya a dichas materias, o bien puede inducirse una regulación propia en base a otras normas catalanas ya existentes, como el caso del negocio jurídico), además de contar con cinco

capítulos introductorios sobre la historia del Derecho Civil catalán desde el Real Decreto sobre Establecimiento y Nueva Planta del Gobierno de Cataluña (16-1-1716) y la relación desde entonces del Derecho catalán con el Código Civil (especialmente en el proceso codificador y desde la Constitución de 1978) y, en general, con todo el ordenamiento jurídico estatal (Capítulos 1 a 3). Así, en el Capítulo 4 se hace ya una fotografía del estado actual del Derecho Civil catalán, estudio original importantísimo para poder comprender qué papel desempeña el nuevo CCC: obra como el Derecho Común en Cataluña (art. 111-4 CCC), la misma función que tiene el CC en el ordenamiento jurídico estatal (art. 4.3 CC). El derecho estatal es «supletorio externo» respecto a la aplicación preferente del Derecho Civil catalán en Cataluña (art. 149.3 CE, 13.2 CC y Preámbulo del CCC). En el Capítulo 5 se describen las fuentes del ordenamiento jurídico catalán a partir del artículo 111-1 CCC: la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, además de explicitar el papel que desempeña la jurisprudencia y la tradición jurídica catalana (Derecho histórico catalán).

Ya en la parte general de Derecho Civil catalán, persona y negocio jurídico, la obra se ocupa extensamente de las reglas catalanas del transcurso del tiempo, la prescripción, la caducidad y la usucapión (Capítulo 6). Mientras que de la prescripción y de la caducidad se ha ocupado la Primera Ley del CCC (arts. 121-1 a 122-5 CCC), de la usucapión sigue ocupándose el art. 342 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña (CDCC). En el ámbito del derecho de personas se tratan cuestiones relativas tanto a personas físicas (Capítulo 7) como a personas jurídicas, estudiándose en profundidad tanto la Ley de Fundaciones 5/2001, de 2 de mayo (Capítulo 9) como la Ley de Asociaciones 7/1997, de 18 de junio (Capítulo 10).

Los bienes y el negocio jurídico aparecen en los Capítulos 11 y 12. En materia de contratos, se hace un repaso de la tipología contractual catalana, como la venta a carta de gracia (Capítulo 13), institución similar a la venta con pacto de retro en Derecho estatal; el censal y el *violari* (Capítulo 14), que son pensiones periódicas reguladas por la Ley 6/2000, de 19 de junio; los contratos de explotación agraria y pecuaria (Capítulo 15) recogidos en la CDCC; la moderna legislación sobre la cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura (Ley 23/2001, 31 diciembre) (Capítulo 16); y, finalmente, la normativa de protección de consumidores catalana desarrollada a partir del artículo 12.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña y del 149.3 CE (Capítulo 17). Esta parte III sobre contratos acaba con un pormenorizado de la configuración jurídica de la rescisión por lesión (lesión *ultra dimidium*) y de la acción revocatoria previstas en la normativa civil catalana que deben completarse con la normativa estatal respecto a la nulidad y la anulabilidad de los contratos (Capítulo 18).

La parte IV del libro está dedicada a los derechos reales, empezando por los modos de adquirirlos —tradición, donación y usucapión— (Capítulo 19) y de adquirir la propiedad en particular —accesión y ocupación— (Capítulo 20). Aunque Cataluña no se ha dotado de una norma general que regule el derecho de propiedad, diversas normas especiales la tratan parcialmente, en especial en el ámbito civil la Ley 13/90, de 9 de julio, sobre la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad (de ella se ocupa el Capítulo 21). Tras el Derecho de superficie (Capítulo 22), se analiza la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación (Capítulo 23), la cual, a diferencia de otras modernas leyes civiles

catalanas, no pretende establecer una regulación completa de estos derechos (descartando, de este modo, la aplicación del Código Civil) sino que se limita a establecer algunas especificidades respecto a los respectivos derechos regulados ya en el Código Civil. Lo mismo sucede con las servidumbres (tratadas ampliamente en el Capítulo 24). Tras los censos (Capítulo 25), aparecen la opción y el tanteo de la Ley 22/2001, de 31 de diciembre (Capítulo 26) y, finalmente, los derechos reales de garantía, concretados esencialmente en la prenda catalana y el derecho de retención de bienes muebles e inmuebles y la anticresis (Capítulo 27).

El derecho de familia es el objeto de la parte V de la obra y su tratamiento unitario obedece al trabajo sistematizador y unificador que tiene el vigente Código de Familia de Cataluña (Ley 9/98, de 15 de julio) que, juntamente con la avanzada Ley de Uniones estables de Pareja (Ley 10/98, de 15 de julio) y otras relativas a la protección de menores desamparados y adopción, acogimiento de personas mayores y de mediación, comportan un *corpus* legal muy importante dentro del ordenamiento jurídico catalán. La sistemática empleada, una vez más, realza la didáctica y la utilidad del libro, puesto que se analizan, entre los capítulos 28 a 31, los diferentes aspectos del matrimonio (las relaciones económicas entre los cónyuges, los regímenes económicos matrimoniales, la nulidad, la separación y el divorcio) para pasar en los capítulos 32 a 34 a analizar otras situaciones convivenciales diferentes del matrimonio (las uniones estables de pareja, las situaciones convivenciales de ayuda mutua y el acogimiento de las personas mayores). El resto de aspectos relacionados con el derecho de familia, como los alimentos, la filiación, la incapacitación, la tutela y la curatela y la mediación, se explican en los capítulos 35 a 40.

El derecho de sucesiones ocupa la última parte del libro (Capítulos 41 a 60), constituyendo su eje vertebrador el Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña (Ley 40/1991, de 30 de diciembre), analizando instituciones como la herencia (aceptación, repudiación y adquisición), la comunidad hereditaria (partición y colación), el testamento (tipología e ineficacia), el codicilo, la memoria testamentaria, el *hereu*, sustituciones, legados, albaceazgo, *heretament* (institución contractual de heredero), la sucesión intestada, la legítima, la cuarta vidual y la reserva.

En definitiva, debe reconocerse el esfuerzo que los autores han realizado en sistematizar y ordenar la pluralidad legislativa civil catalana, más tratándose de una obra que abarca de una manera completa todo el Derecho Civil catalán vigente actualmente en cada uno los ámbitos jurídicos del mismo. El lector podrá comprender de una manera sencilla tanto cómo regula el Derecho catalán instituciones ya conocidas en Derecho estatal (prescripción, caducidad, usucapión, asociaciones, fundaciones, otras clases de prenda, etc.) como instituciones catalanas menos conocidas (la *venda a carta de gràcia*, la *quarta falcida* o *trebelliànica*, *lluïsmes*, *fadiga*, *fideïcomissos successoris*, *unions estables de parella*, *situacions convivencials d'ajuda mútua*, *acolliment de persones grans*, la *rabassa morta*, entre otras).

En esencia, se trata de un completo manual fundamental para el jurista español, tanto teórico como práctico, que debe enfrentarse a conflictos interregionales de leyes o que debe estudiar o utilizar el Derecho catalán.

DOCTOR SERGIO NASARRE AZNAR
Universidad Rovira i Virgili
Tarragona

SALAZAR REVUELTA, MARÍA: *Evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho romano*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaén, Jaén, 2003, 216 págs.

El presente libro acomete —tal y como evidencia su título— el estudio de la variada problemática que acompaña a la copropiedad romana a lo largo de su devenir histórico. Ya la autora inicia la primera parte del libro (págs. 23-48) —después de una clara introducción donde indica el *status quaestionis* en la romanística extranjera y patria (págs. 13-19)— partiendo de la base de que la idea de la cotitularidad de varios sujetos sobre un mismo bien choca con la máxima enunciada por el jurista CELSO: *Duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse* (D. 13,6,5,15). De ella parece desprenderse la imposibilidad de que el *dominium* (o la *possessio*) sobre una misma cosa corresponda *in solidum* a dos o más personas.

No obstante, del mismo análisis que hace del texto donde se recoge la máxima celsina y de otros como D. 49,17,19,3; D. 45,3,5 o D. 30,5,1,2, se infiere que los juristas romanos entendieron a los condóminos como *dominii*, atribuyéndoles la propiedad de la cosa por partes *pro indiviso* que representan idealmente su derecho de propiedad. De esta manera rechaza las tesis romanistas que ponen en contradicción el derecho de propiedad con el condominio, tomando en consideración sólo el lado positivo del *dominium* y no el negativo, esto es, la posibilidad que tiene cada condómino de limitar el ejercicio del derecho de propiedad del otro condómino con el *ius prohibendi*, facultad que no se puede entender más que como emanación de su derecho dominical. Sentadas estas premisas generales, que sirven para situar al lector en la aparente problemática inicial y que constituyen la base de su desarrollo posterior, la autora afronta con pulcritud el enjundioso análisis terminológico de las expresiones romanas que aluden, en las fuentes, a la comunidad de bienes: desde las que se refieren al objeto de la *communio* («*res communem esse*», «*res communem habere*», «*rem plurium esse*») hasta las que se usan para designar el derecho de cada condueño («*pars rei*», «*pars dominica*», «*pars domini*») o la frase «*incidimus in communionem*» (D. 10,2,25,16; D. 17,2,31) que hace referencia al modo de constitución del condominio, lejos de todo acuerdo entre los condóminos.

Igualmente, para completar la primera parte del libro, de carácter más general, se lleva a cabo una obligada referencia a la naturaleza jurídica de la figura del condominio, cuestión controvertida que ha dado lugar a la enunciación de diversas teorías por parte de la doctrina. Después de la exposición de las principales, la autora toma partido por considerarlas como meras hipótesis de trabajo y ahondar en las propias fuentes referentes a la copropiedad, estudiándola dentro de sus coordenadas históricas. En este sentido, considera válida la teoría de la «propiedad plúrima integral» aplicada al condominio en época arcaica; sin embargo, el régimen clásico lo integra mejor en la teoría de la «propiedad plúrima parcial». Con todo, como manifiesta la autora, siguiendo la opinión de BONFANTE, «todas las teorías, todas las construcciones son posibles en abstracto» (pág. 47).

Así entramos en la segunda parte del libro (págs. 51-183), mucho más extensa y que constituye el núcleo central del tema objeto de estudio. Ésta se introduce con un análisis comparativo de la copropiedad en otros ordenamientos jurídicos de la antigüedad. En particular, en el Egipto faraónico, la comunidad entre hermanos se observa ya en vida de los padres, reservándose

éstos el usufructo. Numerosas fuentes muestran al primogénito actuando como jefe de la comunidad, disponiendo exclusivamente de los bienes. Prácticas análogas se encuentran en el derecho babilónico. Por lo que se refiere al derecho ático de los siglos IV y V a.C., se comienza a considerar la división como un derecho absoluto al que están sometidos todos los bienes sucesorios. En Esparta, en cambio, las indivisiones entre hermanos, para asegurar la unidad del patrimonio territorial, serán más frecuentes. En estas comunidades fraternales o parentales, la disposición de los bienes correspondía indistintamente a cada copropietario, unidos por vínculos morales de solidaridad. Junto a esta copropiedad solidaria, cuyo origen se encuentra en la primigenia comunidad familiar, comienza a emerger, en un ambiente de prosperidad del comercio, una comunidad de capitales inspirada en la idea de cuota. Pero la vieja idea de condominio solidario pervivirá, aún durante varios siglos, en el clima patriarcal del campo. También se hace una acertada alusión a las formas primitivas del condominio germánico, basadas en el colectivismo agrario que se ejercía en la Hufe y cuya administración correspondía al Hausherr. A su muerte, la comunidad patrimonial (*Vermögensgemeinschaft*) continuaba entre todos los miembros de la familia, ya propietarios en vida del padre; de tal manera que no se producía la adición a una herencia, sino la continuidad en la posesión de los bienes.

De lo expuesto se llega a la conclusión de que la persistencia de la vida en común, bajo un poder doméstico, a través de la comunión hereditaria de la riqueza inmobiliaria, es, pues, una característica común a todos los pueblos de la antigüedad. Es esta idea la que descansa en el *consortium ercto non cito*, primitiva comunidad de bienes que podemos observar, dentro del ámbito familiar, en Derecho romano. En esta primera comunidad de bienes, la muerte del *paterfamilias* traía consigo una *continuatio dominii* entre los *fratres sui*; lo cual significa que no había una *successio* en sentido riguroso, ya que los *sui* eran ya *domini* en vida del *pater* (GAYO 2,157; D. 28,2,11).

Después de un pulcro análisis etimológico de la expresión *ercto non cito*, basándose en los diversos significados que la expresión asume en I. 4,6,20; D. 10,2,1 *pr.*; GAYO 2,219; CICERÓN, *De orat.*, 1,56,237; S. ISIDORO, *Etim.*, 5,25,9; FESTO, *De verb. sign.* 72, o SERVIO, *Aen.* 8,642, la autora entra en un estudio sustancial de GAYO 3,154 a) y b), según la *editio princeps* de ARANGIO RUIZ, a raíz del descubrimiento en 1933 de los «nuevos fragmentos de GAYO» (esto es del «GAYO antionense»), que vino a colmar las lagunas del manuscrito veronés. Este jurista utiliza la denominación genérica de *societas* —con el significado amplio que adquiere este vocablo en las fuentes clásicas— para referirse a los dos tipos fundamentales en que podía manifestarse esta indivisión primitiva: el consorcio surgido espontáneamente entre los hermanos a la muerte del *pater* y el *consortium inter alii* que GAYO hace depender de un acto formal de constitución ante el pretor, a través de una *legis actio* (presumiblemente la *legis actio sacramento in rem*, por ser una *actio generalis*, de aplicación muy difundida para la reivindicación de derechos o *status familiares*). Esta última forma en la que podía manifestarse el *consortium* arcaico será el antecedente de lo que, en época republicana, constituirá la *societas omnium bonorum*, cuyo núcleo central vendrá determinado por el elemento consensual.

Por lo que se refiere al régimen jurídico de *consortium fratrum suorum*, el mismo jurista GAYO lo explica mediante la exposición de dos ejemplos: la manumisión del esclavo común y la enajenación de la *res communis*, ambas realizadas por uno solo de los consortes. La conclusión a la que llega es que

la actuación de uno solo de los comuneros vincula a los demás por igual, ya que a todos corresponde la libre disposición del bien o conjunto de bienes enteramente. De ahí que a este régimen jurídico se le venga calificando por la doctrina de «dominio plúrimo integral». Los amplios poderes reconocidos a cada *consors* no niegan, en cambio, el ejercicio de la *prohibitio*. En este punto, la autora se manifiesta —como un amplio sector de la doctrina— a favor de la analogía entre el régimen del *consortium* y el de la colegialidad magistratural del derecho público republicano, comparando la *prohibitio* con la *intercessio* del magistrado.

Otro aspecto importante, dentro de la primigenia comunidad de bienes, es el relativo a la división del *consortium*. En este punto, el libro distingue, ordenadamente, cuál era la situación antes y después de las XII Tabas. Se sigue aquí, igualmente, la opinión mayoritaria que observa la actuación de un mediador o *arbiter* (probablemente del *pater gentium*) como antecedente de la posterior acción divisoria prevista en el Código decenviral: la *actio familiae erciscundae*, de la que nos da testimonio GAYO (D. 10,2,1 *pr.*; P. S. I. 1,182). Frente a la rígida concepción del *consortium*, como comunidad patrimonial y personal que implica un ejercicio dominical *in solidum*, el régimen jurídico del condominio a partir de la época preclásica y clásica se caracteriza por la libertad y autonomía de cada condómino respecto a su *pars* o cuota.

Para el régimen clásico es, pues, esencial la idea de cuota como criterio delimitador de las facultades de disposición de cada comunero. La admisión de la concurrencia de varias partes ideales o cuotas sobre la cosa común se encuentra enunciada, por primera vez, en QUINTO MUCIO ESCÉVOLA, tal y como queda reafirmado por PAULO (D. 50,16,25,1; D. 50,17,141,1), ULPIANO (D. 8,4,6,1; D. 45,3,5), PAPINIANO (D. 31,66,2) y POMPONIO (D. 29,2,78).

La elaboración jurisprudencial posterior a Q. MUCIO sigue los pasos de éste; ello lo demuestra la constante aplicación del criterio de la cuota, ya sea en las decisiones de los juristas clásicos (1), ya sea en las constituciones imperiales (2).

El nuevo régimen supone que las actuaciones realizadas *pro parte* que afecten, no a la cosa común, sino a la propia cuota, se llevan a cabo con la misma libertad y plenitud de facultades que las de un *dominus*. Asimismo por lo que respecta a las causas de constitución del condominio clásico, éstas coinciden prácticamente —con algunos matices— con las que dan lugar al derecho de propiedad.

Partiendo del testimonio de ULPIANO (D. 17,2,31-33) sabemos que la *communio* puede surgir de legado o de donación de una misma cosa a dos personas; de compra de un solo objeto, operada en común o de compras de partes indivisas; de sucesión; de arrendamiento de rentas públicas o de sociedad concertada con un menor *sine auctoritas tutoris*. Pero estas hipótesis no son las únicas que suministran las fuentes. Observamos, igualmente, los modos originarios de adquirir la propiedad como: la ocupación de una misma cosa por varias personas; la confusión (D. 41,1,7-9; D. 6,1,3,2); el descubrimiento de un tesoro en el fundo común o en el fundo ajeno (a partir de que

(1) Por ejemplo, POMP. D. 29,2,78; CERV. ESCÉVOLA, D. 10,2,39,3; D. 31,89,1; PAP. D. 20,4,3,2.

(2) C. 3,37,1; C. 8,20 (21),1; C. 3,37,2 *pr.*; C. 3,37,3 *pr.*; C. 3,38,7; C. 4,52,4; C. 4,52,5; C. 4,52,1-2.

Adriano atribuyera el tesoro por mitades al descubridor y al dueño del fundo) o la formación de una isla en el centro de un río, que se mantiene indivisa entre los dueños de los fundos ribereños que estén enfrente, conforme a la paralela imaginaria que la atraviere (D. 41,1,7,3). Asimismo, las relaciones de vecindad, en relación, en concreto, con la *paries communis* o la situación que sigue a la disolución de una sociedad, son también casos en los que nace el estado de copropiedad. Del estudio de estas causas que dan origen a la comunidad de bienes, la autora se reafirma en la idea —ya apuntada en la primera parte, al hablar de la naturaleza del condominio (pág. 48)— de que los juriconsultos romanos no consideraron la *communio* como una institución autónoma, sino más bien como una situación especial de concurrencia de propiedades (págs. 97-98).

Una vez hechas estas consideraciones, se llega al epígrafe más extenso del libro, que se corresponde con el régimen jurídico del condominio preclásico y clásico. Aquí, el protagonismo de las fuentes, sobre todo jurídicas, es clave.

De la misma manera, supone un acierto el orden expositivo que se hace distinguiendo entre los actos de disposición puramente material y los de disposición jurídica y, dentro de éstos, los realizados *in solidum* y los ejecutados *pro parte*.

Se comienza, así, con los actos de disposición jurídica *pro parte*, diferenciando a su vez los que modifican la titularidad del condómino disponente, de los que no acarrearán modificación alguna. Estos actos no requieren la concurrencia de los otros condóminos; sin embargo, están supeditados a no causarles perjuicio en sus respectivos derechos.

El más claro ejemplo de los primeros es, sin duda, la enajenación de la cuota, que supone el abandono *ipso iure* de la *communio* por el copropietario enajenante y la aceptación, por parte del comprador, de la situación en la que anteriormente se encontraba el vendedor. Así, pueden surgir tantas *communiones* como cuotas enajenadas a distintos titulares. Por lo que si el condómino no enajenante pretende salir de la situación de copropiedad, deberá ejercitar una *actio communi dividundo* diferente para cada caso, tal y como se desprende de D. 10,2,54 y C. 3,37,1.

Similares reglas se observan para la donación de la cuota: C. 3,29,4; C. 8,53 (54),6 y C. 8,53 (54),12. En esta última fuente jurídica se hace hincapié en la posibilidad de que el copropietario done su cuota incluso antes de la división del patrimonio común, lo que hace entender a la autora que, en épocas anteriores, se exigiera la división con el fin de transferir no una parte ideal, sino material, del patrimonio común y así evitar una nueva situación de *communio* (págs. 104-105).

Otra constitución recogida en C. 5,12,16 reconoce la facultad de dar en dote la parte indivisa de un fundo común. Aquí se plantea, además, el enjundioso problema de la restitución, por parte del marido a la mujer, de la cuota dada en dote, por causa de divorcio y una vez ya disuelta la copropiedad sobre el fundo.

En cuanto a los actos de disposición jurídica *pro parte* que no suponen modificación en la titularidad del derecho del copropietario que los realiza, ya LABEÓN reconoció la facultad de cada condueño de usufructuar su parte a través de legado *per vindicationem* (D. 33,2,31). Asimismo, un rescripto del emperador Caracala, de principios del siglo III, determina la posibilidad de pignorar la propia cuota (C. 8,20,1). Por otro lado, D. 10,3,6,2 contempla el caso de arrendamiento de la cuota a un extraño. Aquí se establece que el

condómino *locator* debe responder frente a los demás copropietarios de las actuaciones del *conductor*.

Mención aparte merece en el libro, dentro de los actos de disposición jurídica *pro parte*, la *derelictio* de la cuota. Un texto de MODESTINO (en D. 41,7,3) alude a esta facultad individual del condómino de abandonar su propia cuota de condominio. El texto se basa en que la parte indivisa que corresponde al singular condueño forma, por sí misma, un todo y, por tanto, puede ser objeto de abandono por su titular. Sin embargo, la cuota abandonada no llega a adquirir en Derecho romano la consideración de *res nullius*, sino que acrece las cuotas de los demás, en virtud del *ius adcrescendi*. Frente a la libertad del condueño para la disposición jurídica *pro parte*, en la *in solidum*, ningún copropietario puede, *invito altero*, constituir una servidumbre, activa o pasiva, sobre la totalidad o una sola parte del fundo común, porque ello supondría invadir el derecho de los demás copropietarios. Se requiere, por tanto, que todos concurren en el acto de constitución (pág. 116). En el mismo sentido, la manumisión parcial de un esclavo no tiene efectos liberatorios, antes bien conlleva la pérdida por parte del condómino manumitente de la cuota sobre el esclavo, que pasa a acrecer la de los demás en proporción a sus respectivas cuotas (*Ulp. Regulae* 1,18; *Pauli Sententiae* 4,12,1 y *Fragm. Dosith.* 10). Por su parte, Justiniano —por el principio del *favor libertatis*— sí admitirá la liberación del esclavo común hecha por uno solo de los condóminos, haciéndola depender de la correspondiente compensación del valor de las cuotas a los demás condóminos (C. 7,7,1,1).

Por lo que respecta a los actos de disposición material, también es la cuota la que determina cómo han de repartirse las utilidades que se obtengan del bien común, así como las cargas que lo graven. Resulta, igualmente, de gran utilidad la distinción que la autora observa, en este tipo de actuaciones, entre las que no suponen modificación alguna de la condición material o jurídica de la cosa, de las que sí la conllevan.

Las primeras aluden a la facultad de cada condómino de obtener el *usus* y el *fructus* de la cosa común (D. 7,8,19). La percepción de los frutos se hace proporcionalmente a la respectiva cuota y sin necesidad de acuerdo con los demás condóminos: *invito vel ignorante socio* (D. 22,1,25 *pr.*).

Con respecto al *usus*, de D. 13,6,5,15 se deduce que cada condómino es totalmente libre en cuanto a los actos de disfrute normal o goce moderado de la cosa, sin requerir el consenso previo de los demás copropietarios; ahora bien, siempre que no perjudique, ofenda o lesione sus derechos respectivos. Las fuentes nos ofrecen numerosas aplicaciones de este principio. La autora resalta las siguientes: Por un lado, la posibilidad de hacer obras, decorar o adornar el muro medianero se admite siempre que no cause un desembolso pecuniario extra al otro condómino. Éste, como se desprende de D. 8,2,13 *pr.*, no está obligado a resarcir el valor excepcional de las obras, pinturas o adornos, sino únicamente su estimación corriente. Por otra parte, se plantea la cuestión de si el derecho a sepultar en el fundo común podía corresponder libremente a cualquiera de los condóminos. Según D. 1,8,6,4 e I. 2,1,9 si se trata de un *locum purum*, el condómino no puede sepultar en contra de la voluntad de los otros condóminos. Ahora bien, si se trata de un *sepulchrum*, el condómino puede sepultar incluso contra la voluntad de los demás, porque precisamente no se hace otra cosa que usarlo según su destino. La misma idea se repite en D. 10,3,6,6, donde Trebacio y Labeón conceden a los demás copropietarios del fundo *purum* una *actio in factum* contra el condómino que

ha realizado la sepultura. Esta acción imponía sacar al muerto del fundo o pagar el precio del terreno ocupado, conforme a lo establecido en D. 11,7,7 *pr.* Otros textos (D. 11,7,2,1; D. 17,2,39) aplican las acciones de división si los condóminos no llegan a un acuerdo en este sentido. Con ellas, la amplitud del juez o árbitro era mayor: podía atribuir, así, el fundo al condueño que había hecho la sepultura, sin necesidad de retirar el cuerpo del fundo. Finalmente, un texto atribuido a PAPINIANO (D. 11,7,43) aparece interpolado; ya que otorga al condómino la facultad de sepultar en el fundo común por razones de utilidad o interés público: para no dejar los cadáveres insepultos. Ahora bien, quien haya realizado el enterramiento debe resarcir a los otros condóminos.

Así pues, observamos como cada condómino tiene el derecho a actuar libremente, conforme a su cuota de participación en el condominio, siempre que su actuación no exceda de lo que se entiende por uso normal de la cosa. En caso contrario, estaríamos en el ámbito de los actos materiales que suponen alteración de la cosa común. A partir de éstos, la autora enuncia en el libro todo el régimen del *ius prohibendi*, basándose en un buen número de fuentes (D. 8,2,27,1; D. 8,2,8; D. 8,5,11; D. 17,2,52,10), pero, sin duda, el texto que enuncia de una forma general este límite al libre ejercicio de los derechos de los condóminos es, como determina la autora, D. 10,3,28. En él se hace primar el *ius prohibendi* sobre el *ius faciendi* del condómino que implique alteración en la cosa común. Funciona, así, como contrapeso o límite al derecho de cada copropietario, constituyendo la versión negativa de su ejercicio.

En términos generales, se observa cómo el condominio romano clásico se presenta como «un régimen individualístico, en el que cada condómino tiene, independientemente, el *ius faciendi* y el *ius prohibendi*; con la particularidad de que si el primero excede de su ejercicio normal puede venir en conflicto con el segundo (que prima), tal y como sucedía, análogamente en el derecho público, con la colegialidad de la magistratura» (pág. 138).

Asimismo, el libro plantea la cuestión de si el *ius prohibendi* es aplicable sólo a los actos de disposición material que afectan a la naturaleza de la cosa o, por el contrario, también se extiende a los casos de disposición jurídica con efectos en el conjunto del bien o bienes comunes. La respuesta es que para estos últimos se requiere el *consensus omnium* o la *voluntas omnium* y, por tanto, la nulidad del acto que sanciona esta exigencia, haría menos necesaria la *prohibitio*.

Una vez analizadas las diversas actuaciones de los condóminos y sus consecuencias que conforman el régimen jurídico del condominio preclásico y clásico, se acomete la tutela procesal de éste, haciendo igualmente una distinción entre las acciones ejercitables *in solidum* y las que competen *pro parte*. Dentro de las últimas, la más característica es, sin duda, la *reivindicatio*, ejercitable en proporción a la respectiva cuota, para hacer valer el derecho individual a ésta. En segundo lugar, la *cautio damni infecti*, se presenta, aquí, como la promesa de indemnizar, *pro parte*, el daño causado. SABINO ya la había admitido y JULIANO la retoma. ULPIANO y PAULO, a su vez, invocarán la autoridad de JULIANO para declarar que cada condómino no puede reclamar la *cautio* más que por su parte, y, viceversa, no la deben más que por esa misma parte (D. 39,2,40,2-3; D. 39,2,18,5; D. 39,3,11,3; D. 39,2,32). Al igual que la *cautio damni infecti* podía ser solicitada por uno solo de los condóminos, también uno de los coherederos podía solicitar, pero sólo por su parte, la *cautio legatorum*, como promesa de ejecutar un legado (D. 36,4,511).

En cuanto a las acciones que corresponde plantear a los copropietarios *in solidum*, destacan las típicas de las servidumbres, al ser éstas indivisibles. Como expresa la autora: «su carácter de derecho, que pertenece inseparablemente al fundo, entraña una especie de representación forzada de todos los copropietarios por aquel que actúa» (pág. 143). Idea que expresa PAPINIANO en D. 3,5,30 (31), 7. También la *ex operis novi nuntiatione* requería ser ejercitada *in solidum*, a causa de la obra del vecino que lesionara la cosa común para obtener su destrucción o la indemnización del perjuicio que de ella resultase (D. 39,1,5,6). Igualmente, la *actio aquae pluviae arcendae* no puede acomodarse a una prestación parcial ya que su objeto es un *facere* y, así, se otorga por el todo a cada condueño. Por último, la *actio noxalis* también era posible entablarla *in solidum* por uno de los copropietarios a consecuencia de un daño causado a la cosa común por un esclavo ajeno (D. 9,2,27,2) o dirigirla, por el todo, a uno solo de ellos por un daño causado por el esclavo común (D. 10,2,25,15; D. 10,3,8,3; D. 10,3,15, entre otros).

En ocasiones se admite, sin embargo, que un copropietario interpusiera sólo la acción, pero por la totalidad de los demás. Este es el caso de la acción de peculio, oponible *in solidum* contra cualquiera de los copropietarios de un esclavo (D. 15,1,27,8; D. 15,1,51; D. 15,1,11,9; D. 15,1,15, etc.). Las mismas observaciones se pueden hacer en torno a la acción *exercitoria* (D. 14,1,1,25; 14,1,2; 14,1,3); la *institoria* (D. 14,3,14; 14,3,14) y la *quod iussu* (D. 15,4,5,1; 14,4,3), ejercitables por el todo por uno sólo de los copropietarios, siempre que éste tenga un recurso contra los demás.

Por su parte, se destina un epígrafe entero al estudio de la acción de división de la cosa común: la *actio communi dividundo* (D. 10,3; C. 3,37) que, en época clásica, persigue únicamente esta finalidad. La determinación de las prestaciones recíprocas entre los condóminos viene supeditada al hecho de pedir la división. Así pues, para la reclamación de las *praestationes*, *manente communione*, en época clásica, se interponían otro tipo de acciones, tales como: la acción noxal o la de peculio, así como la *actio legis aquiliae*, posible cuando un daño fuera causado a la cosa común por uno de sus copropietarios (D. 17,2,47,1; D. 10,2,16,5); la *actio servi corrupti*, igualmente ejercitada por uno de los copropietarios contra quien hubiera disminuido el valor del esclavo común (D. 11,3,9 *pr.*); o la *actio fruti* (D. 17,2,45; 51). Por su parte, AFRICANO y ULPIANO conocían el empleo de las acciones *locati et conducti* cuando los copropietarios se repartían el disfrute del fundo común, tomado en arrendamiento por turnos de un año (D. 19,2,35,1; D. 10,3,23).

Por último, el estudio de la regulación jurídica del condominio se cierra con las transformaciones más destacables aportadas por los derechos postclásico y justiniano. Aquí es difícil separar la innovación postclásica de la justiniana, ya que la nueva concepción del condominio es fruto de una evolución apuntada ya en el Bajo Imperio y, en concreto, de la reforma procesal operada con respecto a la acción de división. En efecto, la *actio communi dividundo* tendrá por finalidad, no sólo operar la partición de la cosa común, sino también regular los conflictos que origina su gestión. Esto último, *manente communione*. Igualmente, el daño ocasionado por uno de los copropietarios a la cosa común puede ser inmediatamente perseguido en juicio, por medio de la *communis dividundo*, interpuesta durante la situación de indivisión. Este principio se observa particularmente en el interpolado texto de PAPINIANO (D. 10,3,28). Otros textos señalan su empleo, durante el curso de la indivisión, para obligar al condómino a realizar un determinado acto: por

ejemplo, para obtener una prestación determinada de él (D. 10,3,15), o bien para edificar o elevar el monumento funerario del *de cuius* (D. 33,1,7; 10,2,18,2; 10,2,44,8).

El nuevo papel de la *actio communi dividundo*, como instrumento de regulación de las *praestationes*, *manente communione*, provocará la transformación teórica de la figura jurídica del condominio. Se entiende, entonces, cómo aparece en I. 4,6,20 el calificativo de «mixta» otorgado a la acción, dado su carácter real, como acción que tiene por finalidad dividir y repartir los *bona*, y, personal, como acción que regula las *praestationes*.

Por otro lado, la importancia concedida al principio de la mayoría y del interés colectivo, por encima de los derechos individuales de cada condómino, caracterizará el nuevo régimen del derecho postclásico-justiniano (D. 8,2,26; D. 10,3,6,12; D. 16,3,14; D. 46,3,81,1).

Por consiguiente, si en el plano procesal se puede observar la dotación de la acción propia del condominio para regularlo *manente communione*, en el plano teórico aparecerá como una categoría jurídica distinta dentro de la teoría general de las obligaciones, esto es, como una *obligatio quasi ex contractu* (I. 3,27,3-4; Bas. 12,1,2,1).

Finalmente, por lo que respecta al aparato de fuentes empleado en la realización de este libro, es digno de consideración; y no lo es menos la extensa bibliografía que se recoge, junto con el índice de fuentes, al final del mismo. En suma, estamos ante una completa y rigurosa investigación sobre el condominio romano en toda su complejidad histórico-jurídica, que aporta una visión ordenada y de conjunto de esta enjundiosa figura jurídica, escrita por una romanista española que cada vez pesa más en el conjunto de los estudiosos del Derecho romano y de los Derechos de la antigüedad a nivel europeo y latinoamericano.

MANUEL J. PELÁEZ

DE SALAS MURILLO, SOFÍA: *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, 349 págs.

1. La responsabilidad civil por los daños causados por persona carente de autogobierno es un ámbito poco explorado por nuestra doctrina con una regulación incompleta que, sin embargo, presenta una creciente importancia por vincularse en gran medida a demencias y enfermedades propias de la vejez, téngase en cuenta que la esperanza de vida cada vez es mayor y con ella las deficiencias que le son propias. Mientras que la responsabilidad civil, en el caso del menor sometido a patria potestad, ha sido ampliamente tratada por la doctrina, la responsabilidad de los incapaces lo ha sido en menor medida, de hecho, el presente trabajo monográfico completa la labor doctrinal al tratar esta materia. Tarea que se realiza de forma sistemática con uso de frecuentes remisiones que facilitan la lectura y con estilo cuidado pero didáctico. La autora de formación civilista demuestra un exhaustivo conocimiento de otras ramas del Derecho (especialmente penal, pero también procesal) y también recoge aportaciones de otras ramas del conocimiento científico (especialmente de la psicología).

2. La obra comienza con el estudio de las dos instituciones que convergen en esta materia: la responsabilidad civil y la incapacitación. Partiendo de la idea de que la función o finalidad de la incapacitación es la protección de la persona, siendo medida de carácter excepcional, se distingue entre el «incapacitado» (por sentencia judicial) y el incapaz natural. Considera la autora que lo decisivo no es la enfermedad en sí, sino la incidencia de la misma, igualmente señala que no debe confundirse autogobierno con inteligencia, pues lo importante es la capacidad de adaptarse.

El primer problema que se plantea son los inconvenientes de la incapacitación, pues la práctica demuestra que ni la incapacitación significa siempre y sólo protección o guarda de la persona, ni todos los acreedores de dicha protección están incapacitados. Además añade que han de tenerse en cuenta los efectos secundarios estigmatizadores para el incapacitado, que pueden comportar una disminución de su autoestima y que pueden disminuir el ejercicio de la capacidad natural que conserve. Propone como alternativa otros modelos, como el francés o el alemán, en los que se recurre a figuras de protección de incapaces (naturales) que no comportan la incapacitación, realizando un estudio exhaustivo de los mismos. En Francia, la *Sauvegarde de justice*, puede considerarse como un régimen de capacidad protegida, y en Alemania la *Betreuung* supone la conservación de la capacidad de obrar de quien, sin embargo, queda sometido a un *Betreuer*, traducido por la autora como asistente. No obstante, pone de manifiesto que en nuestra legislación no encontramos figuras similares, si bien podrían quizá adoptarse en virtud del artículo 762 LEC.

Respecto a la función de la responsabilidad civil realiza un estudio de las distintas posiciones mantenidas por la doctrina. En nuestro Ordenamiento no ha lugar a las indemnizaciones sancionadoras no compensatorias propias del Derecho anglosajón, pero puede hablarse de una función preventiva, no exenta de críticas, que en el ámbito del análisis económico del derecho se traduciría en aquella indemnización que incluyera los costes de prevención, en una función exclusivamente compensatoria (que conllevaría la recuperación para el Derecho penal de materias como el honor de carácter sancionador), o finalmente una función amplia que incluiría mecanismos para evitar los daños, aparte de la llamada socialización de riesgos, pudiendo hablarse de varias funciones de la responsabilidad civil.

3. A continuación la autora trata el concepto de imputabilidad realizando, de nuevo, un profundo estudio. Comienza poniendo de relieve que la incapacidad no significa necesariamente inimputabilidad, por ello al existir incapacitados (o incapaces naturales) imputables civilmente, se produce la concurrencia de dos tipos de responsabilidades, por hecho propio (del incapaz imputable) y por hecho ajeno (del guardador), caso aparte sería el del inimputable civil. Parte este estudio del análisis de los presupuestos de la responsabilidad civil discutidos: antijuricidad y culpa. La antijuricidad la considera requisito de la responsabilidad concebible como la contravención de la regla *alterum non laedere*, la culpa como señala la doctrina está en un punto muy sensible de indefinición.

La imputabilidad civil implica la posesión de determinada capacidad de entender y querer (de obrar voluntariamente). Capacidad que se señala equivalente a la mínima madurez de juicio o capacidad de culpa o discernimiento que dependerá de cuestiones de orden biológico, psicológico y social. Para determinar esta madurez de juicio *in genere*, resulta imprescindible el apoyo de

la psicología que aporta protocolos de evaluación de la capacidad de obrar, debiendo actuarse caso por caso, teniendo en cuenta las habilidades adaptativas. Concluye que la inimputabilidad civil no equivale a la incapacidad (la propia graduación de la incapacidad lo exige), basta con tener un mínimo de conciencia. Pero el hecho de que la incapacidad no signifique la inimputabilidad civil (una cosa es capacidad y otra realizar un pago) permite todo un juego de responsabilidades concurrentes: responsabilidad del incapacitado imputable, del incapacitado inimputable, del incapaz natural imputable, del incapaz natural inimputable y de sus respectivos guardadores legales o de hecho.

4. Debido a la íntima relación existente entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal, la autora estudia en este lugar la imputabilidad penal. La regla general es que el inimputable penal puede ser responsable civil, si bien cuando se apliquen las eximentes de legítima defensa y obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, no se responde tampoco civilmente por mediar causa de justificación que convierte la conducta en lícita. Aporta de forma esquemática un cuadro de correlaciones del (in)imputable penal y las correspondientes responsabilidades (propias y de guardadores).

Señala la autora que la imputabilidad civil y penal presentan gran similitud, en ambos supuestos se trata de la capacidad para comprender lo ilícito del hecho y para dirigir la voluntad de forma consecuente. La gran diferencia estriba en que en el Derecho penal es impensable la responsabilidad sin culpa, por eso la imputabilidad como capacidad de culpa no es un elemento esencial de la responsabilidad civil. Ante ello se pregunta la autora que cuál será el criterio de imputación en la responsabilidad de los inimputables civiles. Termina la autora resaltando que no debe olvidarse que mientras la incapacidad del Código Civil, que ha de ser declarada, supone una limitación a la capacidad de obrar, la incapacidad contemplada en el Código Penal supone una mayor protección del sujeto pasivo, de ahí que se considere incapaz a toda persona que se encuentre en la situación prevista en el artículo veinticinco del Código Penal haya sido o no declarada incapaz.

5. En el capítulo segundo, que junto con el tercero son los que a nuestro juicio presentan mayor interés, la autora se detiene en el análisis de la responsabilidad civil de los guardadores por daños causados por el declarado incapacitado. Se distingue según si el guardador legal ha observado o no la diligencia debida y si el incapacitado autor del daño es inimputable civil o no, en concreto se centra el estudio en la responsabilidad del tutor por hechos del incapacitado sometido a tutela.

El punto de partida es el estudio de la naturaleza de la responsabilidad por el hecho ajeno, recogiendo la evolución jurisprudencial y doctrinal desde planteamientos que han considerado que por tratarse de una culpa *in vigilando* o *in educando* era una responsabilidad por culpa propia, pasando por posiciones que consideran que es una culpa presunta pero con una prueba en contrario sólo teórica (en realidad se prescinde de la culpa), para llegar a plantearse si se trata de una culpa objetiva (criterio de defensa de la víctima) con el problema derivado del tratamiento de los «grandes adolescentes» y la autonomía que se reconoce al enfermo mental de cara a su inserción en la sociedad, supuestos en los que podría pensarse la exoneración del guardador. Descarta la aplicación de la teoría del riesgo, limitada al ámbito empresarial y, finalmente, se hace eco de la óptica del análisis económico del Derecho, en

tanto medio de asegurar el pago de la indemnización, en todo caso considera que la responsabilidad derivada del artículo 1.903 del Código Civil es directa.

6. Se plantea la autora el problema de la responsabilidad por los actos del incapacitado, considerando dos posibilidades: que el tutelado viva en compañía del tutor o no habite con él. Si el tutor es persona física y se produce un internamiento o acogimiento (vive el tutelado con un guardador convencional complemento del guardador legal) o el pupilo vive solo. ¿Quién responde? Señala que puede mediar guardador convencional estable por acogimiento residencial (internamiento en centro de salud) o familiar (previsto para mayores por la legislación catalana). Pregunta que igualmente se plantea la autora respecto al tutor, persona jurídica (principalmente por motivo de una tutela administrativa ante situación de desamparo).

Se da respuesta, en primer lugar, respecto al tutor que vive con su pupilo, caso en que aquel responde por éste, sin embargo si fuera persona física sólo respondería el tutor personal (no el real), y de ser tutela plural sería compartida salvo individualización. En el caso de mediar tutor-persona jurídica y de vivir el pupilo en un centro de la misma respondería ésta, salvedad hecha de la responsabilidad que pudiera corresponder a una concreta persona física interviniente por negligencia (si es funcionario sería responsabilidad objetiva), en todo caso recuerda la autora que la entidad jurídica tendrá suscrito el correspondiente seguro de responsabilidad civil. (Se incluyen aquí supuestos especiales: la guarda ocasional que no exoneraría de responsabilidad al tutor y la guarda cualificada o el traspaso de responsabilidad al centro docente o empresa ex 1.903 del Código Civil; artículo que, con las debidas cautelas, la autora considera aplicable a la responsabilidad de las residencias de día, apoyándose para ello en la solución alcanzada en el Derecho francés.)

En segundo lugar, cuando el pupilo no viva en compañía del tutor, considera la autora, al determinar la responsabilidad, que existe una disociación entre titularidad y ejercicio de la tutela por mediar guardador complementario del guardado legal al que llama guardador convencional (pues media convenio). Si se produce internamiento en residencia psiquiátrica, dado el especial deber de vigilancia, parece considerar que debe responder igualmente el guardador de hecho, si bien señala que la jurisprudencia ha sido bastante fluctuante, a igual solución llega si se trata de residencia geriátrica de educación especial. En el supuesto de acogimiento familiar de personas mayores, se señala que carecemos de regulación que pueda aclararnos si la persona jurídico-privada queda exenta de responsabilidad. Se estima que cuando no convive el tutelado con el tutor sino con el acogedor, aquél queda eximido de responsabilidad y éste no estaría dispuesto a hacerse cargo de un discapacitado, asumiendo tales responsabilidades, por lo que se propone la contratación de seguros para cubrir los daños que pudiera causar a terceros.

Seguidamente se trata la naturaleza de la responsabilidad de los guardadores convencionales complementarios del guardador legal (que pueden considerarse guardadores de hecho ante el silencio del Código Civil), la respuesta diverge según si se trate de guarda ocasional (rige el art. 1.902 del Código Civil) o guardador de hecho de carácter permanente, pues en este caso se produciría un traspaso de responsabilidad ex 1.903 del Código Civil. Finalmente se hace breve referencia tanto a la figura del curador (no responsable, pues su misión no es la guarda de la persona) y del defensor judicial que en el supuesto previsto de sustitución del tutor sería responsable ex 1.903 del Código Civil.

7. En el capítulo tercero, DE SALAS MURILLO estudia la responsabilidad del guardador de hecho por los daños causados por el incapaz natural (no media sentencia de incapacitación) y en primer lugar pone de relieve que si bien es materia de importancia práctica notable (más que la tutela, dadas las escasas incapacitaciones que se producen de hecho) sin embargo paradójicamente padece de una legislación escasa y residual. Ante este grave problema, de mediar un mayor de edad no incapacitado (susceptible de serlo) se han propuesto diversas soluciones que analiza la autora.

En primer lugar se plantea si es posible encuadrar esta problemática en el supuesto de hecho del artículo 229 del Código Civil, pues de su tenor el pariente obligado a promover la constitución de la tutela será responsable de la indemnización correspondiente de no hacerlo, concluyendo que tal opción no es viable. Por un lado, en dicho artículo se prevé que la persona ya ha sido incapacitada por sentencia y necesita un tutor. Por ello, la aplicación de la norma queda muy limitada, dado que la vigente LEC dispone que la misma sentencia que declare la incapacitación nombrará a la persona que haya de asistir o representar al incapaz y velar por él, por tanto se trata de supuestos de muerte del tutor o de los progenitores al mediar *patria potestad* prorrogada. Pero, por otro lado, aunque esta norma fuere aplicable al incapaz natural (y no sólo al incapacitado), como señala la autora, se discute que exista un deber de incapacitar. De hecho considera determinante que el texto que tuvo el artículo 202 del Código Civil antes de su derogación por la Ley 1/2000, establecía literalmente: «Corresponde promover la declaración...», expresión repetida en el artículo 759 del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, que sin embargo fue objeto de enmienda y a propuesta de la Ponencia encargada de redactar el Informe sobre el Proyecto de Ley sustituido por «...pueden promoverla...», de DE SALAS MURILLO concluye el carácter no obligatorio para los familiares de la promoción del procedimiento de incapacitación. A mayor abundamiento pone de relieve que pueden haber circunstancias personales y familiares que desaconsejen tal opción, si bien entiende que los legitimarios han de asumir las consecuencias que pueden tener sus decisiones al respecto.

No obstante añade que es posible relacionar el artículo 757.2 LEC y el 229 del Código Civil como medida para proteger de forma indirecta a quien debió ser incapacitado (y no ha de serlo necesariamente todo incapaz natural) mediante una indemnización a cargo del Estado o de los parientes por los daños que se produjesen en persona y bienes del incapaz por el incumplimiento de las obligaciones de promover incapacitación (de la que responde el Ministerio Fiscal) y de promover la constitución de tutela (parientes y guardadores) siempre que el pago de la indemnización de los daños causados por el incapaz se considerase un daño a su patrimonio. Finalmente considera que la incapacitación no implica, en virtud del artículo 229 del Código Civil, por sí sola un plus de vigilancia sobre el enfermo, pues critica la tesis tradicional que hacía responder por el incumplimiento de un «deber» de promover la incapacitación al considerarse que se colocaba al enfermo en situación de desprotección.

8. A continuación se detiene en el estudio del artículo 1.903 del Código Civil, considerándolo posible fundamento de la responsabilidad del guardador de hecho mediante una interpretación extensiva. La cuestión es que el guardador de hecho asume «toda» la responsabilidad respecto al guardado, y por ello debería responder de la misma manera que el guardador legal (cuestión distinta sería que si el autor del daño fuera imputable civilmente, respondería él, por no estar incapacitado). En concreto se detiene en el supuesto en que

el guardador de hecho sea un «centro de salud» o residencia en los que la persona esté internada (que sería uno de los casos de acogimiento residencial ya estudiados), supuestos en los que cuando no se permita el libre movimiento o exista un régimen cerrado se exigiría para el internamiento el consentimiento del usuario o en su defecto el de la autoridad judicial. (Exigencia que, en opinión de la autora, puede perjudicar al anciano cuando determinados órganos judiciales se niegan sistemáticamente a autorizar el internamiento.) Respecto al alumno mayor de edad incapaz natural en centro docente de enseñanza, considera DE SALAS MURILLO adecuado aplicar el régimen de responsabilidad previsto en el artículo 1903.5 del Código Civil.

9. El capítulo cuarto y último se dedica al estudio de la responsabilidad civil del incapaz autor del daño. Aunque el orden lógico para la sistemática de la obra hubiera podido exigir tratar la responsabilidad por hecho propio antes que la de los guardadores (por hecho ajeno), sin embargo la autora ha preferido invertir el orden porque mientras que el Código Civil se refiere expresamente a la responsabilidad de los guardadores legales no regula la del incapaz, razón que le ha llevado a estimar más conveniente ocuparse en primer lugar de la responsabilidad principal de aquellos. En principio parecería que cuando el enfermo tuviera discernimiento suficiente como para ser declarado imputable civil, debería responder, aunque estuviese incapacitado y que cuando ni siquiera tuviese dicho discernimiento mínimo no respondería. Pero, como señala DE SALAS MURILLO, tal solución no deja satisfechos a quienes buscan a toda costa la protección de las víctimas, razón por la que se ha buscado hacerle responder por la vía de la responsabilidad objetiva, o incluso la equidad o el enriquecimiento injusto.

10. De tratarse de un imputable civil se opina que debería responder con sus propios bienes por los daños causados ex 1.902 del Código Civil con independencia de la responsabilidad, en su caso, de padres o tutores. Aquí el problema está en la falta de un canon uniforme para poder reprochar la realización de dicho acto dañoso. Ahora bien, se distingue según si se trate de un incapacitado o un incapaz natural. En el primer supuesto responderá otra persona además de él, si bien se discute si la responsabilidad del incapacitado será subsidiaria respecto a la de su guardador legal o directa y solidaria (solución esta última recogida en el Derecho comparado y en el Código Penal). En el segundo supuesto, si se tratase de un incapaz natural, encontramos que no está claro que tuviese que responder el guardador de hecho. En estos casos la autora se plantea si sería aplicable la acción de regreso prevista por el artículo 1.904 del Código Civil, considera que sería más oportuno aplicar las reglas de la solidaridad y hacer apreciación real de la proporción de las culpas. Finalmente se plantea el supuesto del inimputable civil, exponiendo dos alternativas. Por un lado recoge la posibilidad de que responda subsidiariamente en determinados casos para evitar la desprotección de la víctima, por vía de la responsabilidad objetiva o de la equidad (solución prevista por el parágrafo 829 BGB). Igualmente recoge el modelo francés de responsabilidad del inimputable, responsabilidad que si bien en el ámbito contractual resulta limitada en el extracontractual es ilimitada. Por otro lado recoge la opción de considerar que el inimputable civil no deba responder incluso aunque el daño quede sin indemnización, supuesto que sería similar al daño causado por las fuerzas de la naturaleza, solución que se aprecia injusta, pues a diferencia de la fuerza de la naturaleza, el inimputable civil puede tener un patrimonio, no olvidando que debe prevalecer el interés de la víctima. Termi-

na el trabajo DE SALAS MURILLO analizando la cuestión del montante de la indemnización en supuestos de imputabilidad reducida, pudiendo pensarse que en caso de incapaz inimputable, la responsabilidad subsidiaria podría ser graduada por su carácter excepcional.

11. Este estudio de la responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre una enfermedad o deficiencia ha venido a cubrir una notable carencia (es la primera monografía publicada en nuestro país sobre la materia) lográndolo hacer de forma completa, detallada, incluso exhaustiva. Hay que reconocer el enorme esfuerzo realizado (se aprecia tanto en el análisis jurisprudencial y doctrinal como en el tratamiento multidisciplinal de la materia), destaca la obra por una sistemática adecuada y un estilo muy cuidado que reflejan tanto la capacidad investigadora de la autora (continuamente nos aporta soluciones, no siempre fáciles, a los muchos problemas planteados) como su capacidad docente (se trata de una obra de denso contenido y fácil lectura).

JOSÉ MANUEL DE TORRES PEREA
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Málaga

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Número 207 (Enero-Febrero 2004)

«Algunas técnicas e instituciones urbanísticas innovadoras no recogidas en las leyes urbanísticas», por ENRIQUE PORTO REY, pág. 11.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: 1.1. APRECIACIONES PREVIAS SOBRE LA REGULACIÓN DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO DE LAS LEYES AUTONÓMICAS. 1.2. TENDENCIAS DESEABLES EN EL FUTURO PLANEAMIENTO DE LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA.—2. ALGUNAS TÉCNICAS E INSTITUCIONES URBANÍSTICAS INNOVADORAS NO RECOGIDAS EN LAS LEYES AUTONÓMICAS: 2.1. POLÍTICA DE VIVIENDA SOCIAL. 2.2. POLÍTICA DE CONSERVACIÓN Y REHABILITACIÓN. 2.3. POTENCIAR LA COLABORACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN EL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS URBANÍSTICAS POR LA ADMINISTRACIÓN. 2.4. LA CREACIÓN DE LA TÉCNICA DE LA CARGA UNITARIA DE REPARTO: 2.4.1. *En las áreas de reparto.* 2.4.2. *En los sectores, polígonos o unidades de actuación o de ejecución.*—3. TÉCNICAS FLEXIBILIZADORAS DEL PLANEAMIENTO DE DESARROLLO.—4. LAS DIRECTRICES, DESDE LA COMISIÓN DE EXPERTOS A LA CONFERENCIA SECTORIAL.

«Addenda al artículo “la valoración del suelo en las actuaciones estatales y sectoriales” (a propósito de la reforma de los arts. 25, 27 y 28 de la Ley 6/1998, de 13 de abril)», por GABRIEL SORIA MARTÍNEZ, pág. 27 (sin sumario).

«El deber normal de conservación y su límite: la evolución de un concepto», por JOSÉ V. FERRANDO CORELL, pág. 41.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL DEBER DE CONSERVACIÓN CONTENIDO EN EL DERECHO DE PROPIEDAD.—3. LA DECLARACIÓN DE RUINA COMO LÍMITE.—4. UN INTENTO POR DESVINCULAR EL LÍMITE DEL DEBER DE CONSERVACIÓN DEL ESTADO RUINOSO.—5. PROPUESTAS DE INTERVENCIÓN TENDENTES A LA CONSERVACIÓN. DIFICULTADES DE ÍNDOLE PRÁCTICA.

«Distribución de competencias entre los órganos municipales para la aprobación de los instrumentos de planeamiento y de gestión en la Comunidad Valenciana: discrepancias entre la LRAU y la LBRL», por RICARD ESCRIVÀ CHORDÀ, pág. 67.

SUMARIO: A) CLASES DE PLANES DE ORDENACIÓN E INSTRUMENTOS DE GESTIÓN URBANÍSTICA EN LA LRAU.—B) ATRIBUCIÓN DE LA

COMPETENCIA PARA APROBAR LOS PLANES E INSTRUMENTOS DE PLANIFICACIÓN Y GESTIÓN URBANÍSTICA: 1. REGULACIÓN EN LA LBRL. 2. REGULACIÓN EN LA LRAU.—C) ANÁLISIS PORMERIZADO DE LAS COLISIONES DETECTADAS ENTRE LAS PREVISIONES DE LA LRAU Y DE LA LBRL: 1. ¿INEXISTENCIA DEL TRÁMITE DE APROBACIÓN INICIAL DE LOS PLANES URBANÍSTICOS? 2. ¿QUÉ QUÓRUM REQUIEREN LOS ACUERDOS DE APROBACIÓN DE LOS PLANES PARCIALES? 3. ¿ES COMPETENTE EL PLENO PARA LA APROBACIÓN DE LOS PROYECTOS REPARCELATORIOS?—D) CONSECUENCIAS DE LA PUNTUAL INCOMPATIBILIDAD DE LA LRAU CON LAS PREVISIONES DE LA LBRL.

«La masa hereditaria ante la Junta de Compensación», por ANA MARÍA MENGUAL PRIETO y ANTONIO QUIRÓS ROLDÁN, pág. 87 (sin sumario).

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 250 (Octubre-Diciembre 2003)

«Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores», por JOSÉ MARÍA MUÑOZ PLANAS y JOSÉ MARÍA MUÑOZ PAREDES, pág. 1341.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD PREVISITAS EN TRLSA: A) EFECTOS SOBRE LA ACCIÓN SOCIAL. B) EFECTOS SOBRE LAS ACCIONES INDIVIDUALES Y DEL 262,5. C) RESPONSABILIDAD SOCIETARIA Y RESPONSABILIDAD EN CASO DE CONCURSO CULPABLE.—III. POSICIÓN CONCURSAL DEL ACREEDOR QUE OBTIENE SENTENCIA ESTIMATORIA EN ACCIÓN INDIVIDUAL O EX 262,5 Y DE LOS ADMINISTRADORES CONDENADOS. EXTINCIÓN O REDUCCIÓN DEL CRÉDITO CONCURSAL Y EVENTUAL DERECHO DE REPETICIÓN DE LOS ADMINISTRADORES: A) RESPONSABILIDAD EX ARTÍCULO 262,5 TRLSA. B) ACCIÓN INDIVIDUAL. C) EFECTOS DEL PAGO HECHO POR EL ADMINISTRADOR AL ACREEDOR CONCURSAL.—IV. EFECTOS DE LA APROBACIÓN DEL CONVENIO SOBRE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS ADMINISTRADORES.

«Las vicisitudes del factoring en la jurisprudencia y en la legislación recientes (TS de 2 de febrero de 2001/RJAr 1685; 11 de febrero de 2003/ActC 380; TS de 27 de junio de 2003/ActC 670; Ley 1/1999)», por JOSÉ MARÍA DE EZAGUIRRE, pág. 1385.

SUMARIO: I. PRELIMINAR.—II. SÍNTESIS DE LOS CASOS JUZGADOS POR LAS SENTENCIAS.—III. LA INTERVENCIÓN LEGISLATIVA DE 1999.—IV. ASPECTOS JURÍDICOS OBJETO DE CONSIDERACIÓN.—V. EL FACTORING COMO CONTRATO PLURIFUNCIONAL CON DOS MODALIDADES PRINCIPALES.—VI. EL FACTORING COMO CONTRATO MARCO CON EFICACIA DISPOSITIVA.—VII. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL FACTORING EN SUS DOS MODALIDADES, CON REGRESO Y SIN RE-

GRESO (TS DE 2 DE FEBRERO DE 2001).—VIII. RECTIFICACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL FACTORING CON REGRESO (TS DE 11 DE FEBRERO DE 2003).—IX. INEFICACIA DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS PARA PAGO DE UN PRÉSTAMO, SOBREVENIDA LA SUSPENSIÓN DE PAGOS DEL PRESTATARIO CEDENTE (TS DE 27 DE JUNIO DE 2003).—X. BALANCE DEL EXAMEN DE LA JURISPRUDENCIA RELEVANTE.—XI. LA REFORMA EN 1999 DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS.

«El acreedor hipotecario en la nueva legislación concursal», por JUANA PULGAR EZQUERRA, pág. 1425.

SUMARIO: I. LA REFORMA DEL DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL: LA LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, Y LA LEY 8/2003, DE 9 DE JULIO, PARA LA REFORMA CONCURSAL.—II. EL ACREEDOR HIPOTECARIO EN EL DERECHO ANTERIOR A LA REFORMA.—III. EL TRATAMIENTO DEL ACREEDOR HIPOTECARIO EN EL NUEVO CONCURSO DE ACREEDORES: 1. VENCIMIENTO, CLASIFICACIÓN Y RESCISIÓN DE HIPOTECAS: 1.1. *El vencimiento del crédito hipotecario*. 1.2. *La hipoteca como causa de preferencia convencional*. 1.3. *La rescisión de hipotecas*. 2. LA PARALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS REALES. 3. EL INICIO O LA REANUDACIÓN DE EJECUCIONES DE GARANTÍAS REALES: EL DERECHO DE EJECUCIÓN SEPARADA. 4. EL ACREEDOR HIPOTECARIO Y LAS DEUDAS DE LA MASA. 5. EL ACREEDOR HIPOTECARIO Y EL CONVENIO. 6. EL DEVENGO DE INTERESES Y LOS ACREEDORES SUBORDINADOS GARANTIZADOS.—III. CONCLUSIONES.

«El traslado internacional de domicilio de la Sociedad Europea (Societas Europaea)», por LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, pág. 1479.

SUMARIO: I. DOMICILIO Y LEY APLICABLE A LA SOCIETAS EVROPAEA (SE). ASPECTO ESTÁTICO DE LA LOCALIZACIÓN DE LA SE: I.1. INTRODUCCIÓN. I.2. LA «SEDE REAL» (= ADMINISTRACIÓN CENTRAL) DE LA SOCIEDAD EUROPEA VS. EL DOMICILIO SOCIAL. I.3. EL PROBLEMA DE LA «NACIONALIDAD» DE LAS SE. LA DETERMINACIÓN DE LA LEY PERSONAL (NACIONAL; DE ESTADO MIEMBRO) APLICABLE. SE «ESPAÑOLAS»: 1.3.1. *Cuestión previa. El consciente abandono del concepto de «nacionalidad» por el legislador europeo del RSE*. 1.3.2. *La alternativa entre el modelo de sede real y el modelo de incorporación. Somera referencia*. 1.3.3. *La opción normativa provisional del RSE por el modelo de sede real para la SE. Su alcance*. I.4. LA DISCORDANCIA ENTRE LA SEDE REAL Y EL DOMICILIO ESTATUTARIO DE LA SE (ART. 64 RSE): 1.4.1. *El presupuesto de hecho del artículo 64 RSE*. 1.4.2. *El problema de la calificación jurídico-societaria de la «irregularidad» del artículo 64 RSE*. 1.4.3. *Procedimientos de «regularización»*.—II. ASPECTO DINÁMICO. TRASLADO INTRACOMUNITARIO DE SEDE SOCIAL DE LA SE: II.1. INTRODUCCIÓN. LOS OBSTÁCULOS TRADICIONALMENTE ADUCIDOS PARA NEGAR VIABILIDAD A LAS OPERACIONES SOCIETARIAS DE TRASLADO INTERNACIONAL DE SEDE SOCIAL. II.2. EL RECONOCIMIENTO POR EL RSE DE LA LIBERTAD DE LA SE DE TRASLADAR INTERNACIONALMENTE EL DOMICILIO SOCIAL A OTRO ESTADO MIEMBRO: II.2.1. *La aparente novedad del reconocimiento en Derecho comunitario de la libertad de traslado internacional e intracomunitario de domicilio (y sede real)*. II.2.2. *El ámbito de aplicación objetivo del derecho*

de traslado internacional de domicilio social del artículo 8 del RSE. Su alcance limitado. II.2.3. *El ámbito de aplicación subjetivo del artículo 8 RSE.* II.3. LOS PROBLEMAS DOGMÁTICOS: LA PÉRDIDA DE PERSONALIDAD JURÍDICA Y LA LAGUNA DE PROTECCIÓN DE LOS INTERESES EN JUEGO: II.3.1. *El reparo dogmático de la presunta exigencia de pérdida de personalidad jurídica (necesidad de previa disolución).* II.3.2. *La aparente laguna de protección jurídica. La necesidad de tutelar los intereses dignos de protección comprometidos en una operación de traslado internacional de sede social.* II.4. EL PROCEDIMIENTO DE TRASLADO INTERNACIONAL DE DOMICILIO DEL ARTÍCULO 8 DEL RSE: II.4.1. *Fases del traslado.* II.4.2. *La necesidad de simultanear el procedimiento de traslado con la negociación con los trabajadores del «sistema de implicación» de la Directiva 2001/86/CE.* II.4.3. *Fase preparatoria: proyecto e informe de traslado:* a) Proyecto de traslado (art. 8.2 RSE). Naturaleza y contenido; b) El informe justificativo del traslado (art. 8.3 RSE). Ausencia de verificación externa; c) La difusión informativa del proyecto y del informe (arts. 8.2 y 8.4 RSE). II.4.4. *Fase decisoria. Acuerdo social de traslado:* a) Introducción. Competencia orgánica para decidir el traslado y contenido del acuerdo social; b) Derecho de previa oposición por razones de interés público. La «cláusula de salvaguardia» del artículo 8.14 RSE; c) Mayoría y quórum reforzados (art. 8.6 y 59 RSE); d) Tutela del interés de socios y de terceros. II.4.5. *Ejecución de la operación de traslado.* II.4.6. *Eficacia del traslado (arts. 8.10, 8.13 y 8.16 RSE).*—BIBLIOGRAFÍA MÁS FRECUENTEMENTE CITADA.

REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID Número 6 (2002)

«La Ley Autonómica», por MANUEL ARAGÓN REYES, pág. 23.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LEY AUTONÓMICA Y PRINCIPIO DE COMPETENCIA.—II. A PROPÓSITO DE UN LIBRO SOBRE LA LEY AUTONÓMICA.—III. LEY AUTONÓMICA Y ESTADO COMPUESTO.—IV. HETEROGENEIDAD DE LAS LEYES AUTONÓMICAS.

«Apuntes sobre la carga de la prueba en el proceso sobre responsabilidad de los administradores por ejercicio de la acción social de responsabilidad por la sociedad», por VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ, pág. 41.

SUMARIO: I. EL SISTEMA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS. BREVE REFERENCIA.—II. LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA.—III. EFICACIA PROBATORIA DE LOS ACUERDOS DE APROBACIÓN DE LA GESTIÓN SOCIAL, DE APROBACIÓN DE CUENTAS O DE RATIFICACIÓN O AUTORIZACIÓN DEL ACTO CAUSANTE DEL DAÑO, EN RELACIÓN CON LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD.

«Sistemática y *ius civile* en las obras de *quintus mucius scaevola* y de *accursio*», por ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, pág. 57.

SUMARIO: *QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA*: I. TRAYECTORIA VITAL.—II. AMBIENTE FAMILIAR Y CLIMA INTELECTUAL EN LA ROMA DE QUINTO MUCIO.—III. PRINCIPALES APORTACIONES MUCIANAS.—IV. VALORACIÓN ROMANÍSTICA DE LA OBRA DE QUINTO MUCIO. *ACURSIO*: I. TRAYECTORIA VITAL.—II. OBRA CIENTÍFICA.—III. LA GLOSA ORDINARIA O GLOSA MAGNA: 1. LA SUERTE DE LA COMPILACIÓN JUSTINIANA EN EL OCCIDENTE Y EL ORIENTE EUROPEO HASTA FINALES DEL SIGLO XI. 2. LA ESCUELA DE BOLONIA: LA GLOSA Y LOS GLOSADORES. 3. CÓDICES DE LA GLOSA MAGNA. 4. MÉTODO DE EXPOSICIÓN DE LA GLOSA MAGNA. 5. VALOR NORMATIVO DE LA GLOSA MAGNA. MÁXIMAS Y AFORISMOS.

«La incidencia de las recientes reformas legislativas en la ejecución de las resoluciones canónicas», por ALFREDO GARCÍA GÁRATE, pág. 81.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES.—II. EL SISTEMA MATRIMONIAL VIGENTE: NORMATIVA FUNDAMENTAL.—III. EL PROCEDIMIENTO PARA LA EFICACIA CIVIL DE LAS RESOLUCIONES CANÓNICAS: 1. EL ARTÍCULO 80 DEL CÓDIGO CIVIL. 2. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA DE LA LEY 30/1981, DE 7 DE JULIO: A) *Elaboración*. B) *Contenido*.—IV. LOS CAMBIOS LEGISLATIVOS: 1. EN EL ÁMBITO INTERNO. 2. EN EL ÁMBITO EUROPEO.—V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

«El delito de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 1995. Un análisis del artículo 197 del CP», por AGUSTÍN JORGE BARREIRO, pág. 99 (sin sumario).

«La creación judicial y el concepto de derecho implícito», por FRANCISCO J. LAPORTA, pág. 133 (sin sumario).

«Notas sobre la voluntad del testador», por JOSÉ M. MIQUEL GONZÁLEZ, pág. 153.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. VOLUNTAD HIPOTÉTICA Y VOLUNTAD REAL.—III. VOLUNTAD EXPRESADA Y VOLUNTAD NO EXPRESADA.—IV. VOLUNTAD AL TIEMPO DE OTORGAR TESTAMENTO Y VOLUNTAD ULTERIOR.

«Adquisición originaria de acciones propias», por CÁNDIDO PAZ-ARES y ANTONIO PERDICES HUETOS, pág. 191.

SUMARIO: PRESENTACIÓN.—I. LA PROHIBICIÓN DE AUTOSUSCRIPCIÓN: 1. ESTABLECIMIENTO LEGAL DE UNA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DE AUTOSUSCRIPCIÓN. 2. RATIO DE LA PROHIBICIÓN: LA ESPECIFICIDAD DE LA AUTOSUSCRIPCIÓN: a) *En general: la función productiva del aumento de capital oneroso*; b) *Aplicación a los derechos de suscripción preferente*; c) *Aplicación a las obligaciones converti-*

bles; d) *¿Autocartera en la sociedad en formación?* 3. ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN: a) *Autosuscripción originaria (fundación de la sociedad)*; b) *Autosuscripción derivativa (aumentos de capital)*; c) *Autosuscripción derivativa ante los aumentos mixtos*; d) *Emisión de capital para adquisición de acciones propias*; e) *Suscripción recíproca*. 4. FORMULACIÓN DE LA PROHIBICIÓN.—II. EL SISTEMA DE SANCIONES: 1. NATURALEZA Y CONDICIONES DE EJERCICIO DE LA SANCIÓN: a) *Sanción vs. Reparación*; b) *Responsabilidad solidaria*; c) *Exoneración de responsabilidad*; d) *Exigibilidad y dividendos pasivos*. 2. TITULARIDAD DE LAS ACCIONES OBJETO DE AUTOSUSCRIPCIÓN. 3. RÉGIMEN CONTABLE DE LAS ACCIONES SUSCRITAS. 4. OBLIGACIÓN DE ENAJENAR. 5. CONTROL NOTARIAL Y REGISTRAL DE LA OPERACIÓN. 6. SANCIONES ADMINISTRATIVAS (ART. 89 LSA).—III. LA SUSCRIPCIÓN DE ACCIONES DE LA SOCIEDAD DOMINANTE POR SUS SOCIEDADES FILIALES.—IV. LA SUSCRIPCIÓN DE ACCIONES PROPIAS A TRAVÉS DE PERSONA INTERPUESTA: 1. EN GENERAL: a) *Titularidad de las acciones*; b) *Responsabilidad de los administradores*. 2. EL PROBLEMA DE LOS CONSORCIOS DE EMISIÓN. 3. APARCAMIENTO DE ACCIONES EN PLANES DE STOCK OPTIONS.—V. FISCALIDAD DE LA SUSCRIPCIÓN ORIGINARIA.—VI. CONSIDERACIONES DE POLÍTICA DEL DERECHO: 1. EMISIÓN DE CAPITAL NO SUSCRITO. 2. AUTOSUSCRIPCIÓN EN AUMENTOS DE CAPITAL.—BIBLIOGRAFÍA.

«El nuevo orden mundial de la tribu opulenta», por ANTONIO REMIRO BROTONS, pág. 247.

SUMARIO: I. UN NUEVO ORDEN REGRESIVO.—II. UN NUEVO ORDEN GRUPAL BAJO LA HEGEMONÍA DE ESTADOS UNIDOS.—III. UN NUEVO ORDEN INTERVENCIONISTA Y REPRESIVO.—IV. UN NUEVO ORDEN DISCRIMINATORIO.—V. UN NUEVO ORDEN TRAMPOSO.—VI. UN DERECHO INTERNACIONAL UNIVERSAL, UNA SOCIEDAD INSTITUCIONALIZADA Y DEMOCRÁTICA.—VII. REFLEXIÓN FINAL.

«Deber urbanístico de conservación y órdenes de ejecución: crisis de la regulación tradicional, nuevas regulaciones autonómicas y algunas propuestas», por JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, pág. 273.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD Y DEBER DE CONSERVACIÓN.—III. REACCIÓN ADMINISTRATIVA ANTE EL INCUMPLIMIENTO VOLUNTARIO DEL DEBER DE CONSERVACIÓN: LA ORDEN DE EJECUCIÓN: A) NOTA SOCIOLOGICA SOBRE EL ORIGEN DE LA MAYOR PARTE DE LOS CONFLICTOS EN ESTA MATERIA: LA REGULACIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS. B) REGULACIÓN TRADICIONAL DE LAS ÓRDENES DE EJECUCIÓN E INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL: 1. *La orden de ejecución ha de ser detallada y concreta, contener un presupuesto y conceder un plazo*. 2. *Dictada la orden de ejecución no es necesaria posterior licencia*. 3. *El destinatario de la orden de ejecución: la doctrina de la «apariencia de titularidad»*. 4. *Procedimiento: informe técnico y audiencia*. 5. *Ejecución subsidiaria: artículo 10.3 RDU, responsabilidad administrativa por inactividad*.—IV. UN CASO DE INCOHERENCIA VALORATIVA EN NUESTRO DERECHO URBANÍSTICO: UNA REGULACIÓN QUE FAVORECE A QUIEN INCUMPLE

SUS DEBERES LEGALES FRENTE A QUIEN LOS CUMPLE VOLUNTARIAMENTE: A) LA INCORRECTA (PERO COMPRENSIBLE) CALIFICACIÓN DE LA ORDEN DE EJECUCIÓN COMO «ACTO DECLARATIVO DE DERECHOS». B) EXIGENCIA DE TASAS Y DEL IMPUESTO SOBRE CONSTRUCCIONES, INSTALACIONES Y OBRAS. C) ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA A FAVOR DE LA ADMINISTRACIÓN CUANDO ÉSTA HA REALIZADO OBRAS EN UNA EDIFICACIÓN PRIVADA QUE DESPUÉS NO PUEDE COBRAR POR DEFECTOS FORMALES DEL ACTO JURÍDICO-PÚBLICO QUE IMPONE EL PAGO. D) ALGUNAS PROPUESTAS: 1. *La orden de ejecución como mandato de presentar un proyecto para la realización de obras*. 2. *Regulación de formas alternativas de ejecución forzosa (para evitar la responsabilidad administrativa por inactividad en el cumplimiento subsidiario de una obligación que corresponde al propietario)*. 3. *Ejecución subsidiaria sometida a las reglas generales de la LRJPAC: derogación del artículo 10.3 RDU*. 4. *Contenido posible de las órdenes de ejecución (obras de estricta conservación, obras de adaptación a circunstancias cambiantes, no solapamiento con las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística)*.—V. LÍMITES DEL DEBER DE CONSERVACIÓN: A) LA SITUACIÓN DE RUINA CONSTITUYE, COMO REGLA GENERAL, EL LÍMITE DEL DEBER DE CONSERVACIÓN: 1. *Perspectiva material (ruina económica, ruina técnica, ruina urbanística)*. 2. *Consecuencias procedimentales*. 3. *Modificación del límite del 50 por 100 del valor actual de la edificación en algunas leyes autonómicas*. B) LAS «OBRAS DE RECONOCIDA URGENCIA»: OBRAS DE REALIZACIÓN OBLIGATORIA POR EL PROPIETARIO AUN EN SITUACIÓN DE RUINA. C) EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL DE LA RUINA COMO LÍMITE DEL DEBER DE CONSERVACIÓN. BIENES DE INTERÉS CULTURAL (DE LA LEY DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL) Y, EN ALGUNAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS, TAMBIÉN LOS INMUEBLES INCLUIDOS EN CATÁLOGOS URBANÍSTICOS. D) INDEMNIZACIÓN POR VINCULACIONES SINGULARES RELATIVAS A LA CONSERVACIÓN DE EDIFICIOS (ART. 43 LRSV).

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA

Número 1 (2004)

«Los derechos de retención y anticresis en la Ley 19/2002, de Cataluña, de Derechos Reales de Garantía», por ÁNGEL CARRASCO PERERA y ANA CARRETERO GARCÍA, pág. 9.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DERECHO DE RETENCIÓN: 1. EL DERECHO DE RETENCIÓN EN CATALUÑA: RASGOS DEL TIPO. 2. INNOVACIONES Y DISFUNCIONES: RETENCIÓN SOBRE INMUEBLES. 3. APLICACIONES DIVERSAS DE LA ERRÓNEA DECISIÓN LEGAL. 4. EL SUJETO ACTIVO DEL DERECHO DE RETENCIÓN. 5. ALGUNOS PROBLEMAS DE PRATICABILIDAD PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO. 6. OBLIGACIONES ASEGURABLES. 7. RETENCIÓN, PREFERENCIA Y CONCURSO DE ACREEDORES.—III. ANTICRESIS: 1. ¿A QUÉ MODELO RESPONDÍA LA ANTICRESIS DEL CÓDIGO CIVIL? 2. ¿CÓMO RESPONDE A ESTOS RETOS LA LEY CATALANA? 3. UN PROBLEMA AÑADIDO DE LA ANTICRESIS CATALANA. 4. ¿QUÉ ESTRUCTURA CAUSAL Y QUÉ FUNCIÓN DESEMPEÑA LA ANTICRESIS CATALANA? 5. OMISIONES REGULADORAS RESPECTO DEL CÓDIGO CIVIL. 6. REGULACIÓN PROPIA DE LA LDRG. 7. REGULACIÓN COINCIDENTE ESTATAL Y CATALANA. 8. LA CONSTITUCIÓN DE LA ANTICRESIS. 9. LA INDIVIDUALIDAD DE LA ANTICRESIS.

«L'any de viduïtat», por GEMMA RUBIO GIMENO, pág. 35.

SUMARIO: 1. DE L'HAC NOSTRA A L'ANY DE VIDUÏTAT: 1.1. L'ANY DE PLOR COM L'AJUSTAT PARADIGMA D'UN SISTEMA RESTRICTIU DE PROTECCIÓ VIDUAL. 1.2. EL LLIGAM I INDEPENDÈNCIA ENTRE L'ANY DE PLOR I EL RÈGIM DOTAL (EN ESPECIAL, LA TENUTA). 1.3. LA RECENT RECIPROCIAT DEL BENEFICI VIDUAL. 1.4. LA DEROGACIÓ DE LA TERMINOLOGÍA CLÁSICA.—2. LA IMPREVISIBILITAT DE LA SITUACIÓ VIDUAL COM A FONAMENT DELS DRETS INTEGRANTS DE L'ANY DE VIDUÏTAT: 2.1. LA JUSTIFICACIÓ DE L'ANY DE PRELIMINAR. 2.2. LA INDEPENDÈNCIA ENTRE L'ANY DE VIDUÏTAT I EL RÈGIM ECONÒMIC I ELS DRETS SUCCESSORIS. 2.3. LA PREVISIÓ CONVENCIONAL O LEGAL DE LA SITUACIÓ VIDUAL I LA SEVA COMPATIBILITAT AMB L'ANY DE VIDUÏTAT.—3. LA CARACTERITZACIÓ LEGAL DE L'ANY DE VIDUÏTAT: 3.1. L'ANY DE VIDUÏTAT COM A BENEFICI VIDUAL FAMILIAR. 3.2. L'ESPECIALITAT DEL DRET D'ALIMENTS EX ART. 36 CF: 3.2.1. *La perllongació del deure conjugal de socors mutu*. 3.2.2. *L'especial pressupòsit de l'obligació legal d'aliments: no estat de necessitat sino «estat de viduïtat»*. 3.2.3. *L'especialitat del contingut del dret d'aliments: dret d'ús d'habitatge autònom dins el concepte d'aliments*. 3.2.4. *L'aplicació supletòria de la disciplina aliments*. 3.2.5. *La vigència anual del benefici vidual*. 3.3. EL BENEFICI DE L'ANY DE VIDUÏTAT. L'EXTENSIÓ DEL BENEFICI A LES UNIONS ESTABLES DE PARELLA.—4. EL CONTINGUT DE L'ANY DE VIDUÏTAT: 4.1. EL DRET D'HABITAR TOT L'HABITATGE CONJUGAL: UN SUPÒSIT DE DRET LEGAL D'ÚS. 4.2. EL PRESSUPÒSIT DEL DRET D'ÚS EX ART. 36 CF. 4.3. LA NOVA POSSESSIÓ SOBRE L'ANTIC HABITATGE CONJUGAL: 4.3.1. *La legitimació per prendre'n possessió per sí mateix*. 4.3.2. *El reconeixement d'un ius possidendi basat en el dret d'ús legal ex art. 36 CF*. 4.4. LA CONSIDERACIÓ DEL RESTANT DRET D'ALIMENTS A FAVOR DEL CÒNJUGE SUPERVIVENT: 4.4.1. *Els aliments deguts: de càrrega familiar a càrrega hereditària*. 4.4.2. *Els peculiars criteris de determinació de la prestació alimentària*.—5. L'EXCEPCIÓ A LA LEGITIMACIÓ PER RECLAMAR L'ANY DE VIDUÏTAT.—6. LA RESOLUCIÓ DELS DRETS DEL CÒNJUGE SUPERVIVENT.

«Naturalesa i règim jurídic de les aigües minerals», por JOAN PERDIGÓ, pág. 67.

SUMARIO: INTRODUCCIÓ.—1. LES AIGÜES SUBTERRÀNIES, MINERALS I TERMALS, A LA LEGISLACIÓ D'AIGÜES I DE MINES, ANTERIOR A LA LLEI D'AIGÜES DE 1985: 1.1. ANTECEDENTS. 1.2. LA LEGISLACIÓ D'AIGÜES AL SEGLE XIX. 1.3. LES AIGÜES MINERALS.—2. LES AIGÜES SUBTERRÀNIES, I LES MINERALS I TERMALS A LA CONSTITUCIÓ I ALS ESTATUTS D'AUTONOMIA.—3. LES AIGÜES MINERALS I DECLARACIÓ DE DOMINI PÚBLIC DE LES AIGÜES SUBTERRÀNIES PER LA LLEI D'AIGÜES DE 1985: 3.1. LA LLEI DE MINES DE 1973 NO PRETÉN ATRIBUIR UN ESPECIAL RÈGIM DOMINICAL A LES AIGÜES MINERALS I TERMALS. 3.2. EL CODI CIVIL NO POT SOSTENIR EL DOMINI PRIVAT DE LES AIGÜES MINERALS. 3.3. LA REMISSIÓ DE LES AIGÜES MINERALS I TERMALS A LA SEVA LEGISLACIÓ ESPECÍFICA ESTÀ CONDICIONADA PER LES COMPETÈNCIES AUTONÒMIQUES. 3.4. LA COMPOSICIÓ FÍSICO-QUÍMICA O LA TEMPERATURA DE LES AIGÜES SUBTERRÀNIES NO PODEN SER FACTORS DETERMINANTS DE LA SEVA TITULARITAT. 3.5. LA DIRECTIVA MARC SOBRE POLÍTICA D'AIGÜES FA INEVITABLE L'APLICACIÓ A LES AIGÜES MINERALS I TERMALS DEL RÈGIM GENERAL DE LES AIGÜES SUBTERRÀNIES.—4. CONCLUSIÓ I ALTERNATIVES.

«La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico (de la STC 116/1999, de 17 de junio, al affaire Odievre)», por FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, pág. 106.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 116/1999, Y SU REPERCUSIÓN EN CUANTO AL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN: 2.1. SITUACIÓN Y DEBATE ANTERIOR A ESTA SENTENCIA. 2.2. PLANTEAMIENTO DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. 2.3. ARGUMENTACIÓN Y PRONUNCIAMIENTO. 2.4. INTERPRETACIÓN Y JUICIO CRÍTICO DE LA SENTENCIA: 2.4.1. *Interés del hijo en conocer su origen biológico*. 2.4.2. *Argumentación deficiente*. 2.5. ALCANCE EFECTIVO DE LA STC 116/1999 EN ORDEN AL CONOCIMIENTO DEL ORIGEN DE LA PERSONA.—3. LA POSIBILIDAD DE INVESTIGACIÓN POR EL ADOPTADO DE SU ORIGEN BIOLÓGICO (PROGENITORES).—4. LA DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD Y OBSTÁCULOS (HISTÓRICOS) AL CONOCIMIENTO DEL PROPIO ORIGEN: 4.1. FILIACIÓN MATERNA NO MATRIMONIAL. PROBLEMAS REGISTRALES. 4.2. PLANTEAMIENTO SOCIO-JURÍDICO Y DIALÉCTICO DE LA CUESTIÓN. 4.3. JURISPRUDENCIA SOBRE INVESTIGACIÓN DE LA VERDADERA FILIACIÓN, EN GENERAL. CONCLUSIÓN.—5. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 SEPTIEMBRE DE 1999: 5.1. ANTECEDENTES FÁCTICOS. 5.2. ARGUMENTACIÓN Y PRONUNCIAMIENTOS DE LA STS DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1999. 5.3. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1999.—6. EL CASO ODIÈVRE CONTRA FRANCIA (STEDH DE 13 DE FEBRERO DE 2003): 6.1. ANTECEDENTES FÁCTICOS DEL «AFFAIRE» ODIÈVRE. 6.2. ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA TEDH DE 13 DE FEBRERO DE 2003. 6.3. RAZONAMIENTO DE LOS JUECES DISIDENTES. 6.4. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA «SENTENCIA ODIÈVRE».—7. ARGUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA EN DEFENSA DEL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN.—CONCLUSIÓN.

«Pensió d'aliments per al cònjuge i pensió compensatoria», por MARTA BALCELLS ROCA, pág. 135.

SUMARIO: INTRODUCCIÓ.—I. ALIMENTS PER AL CÒNJUGE I CONTRIBUCIÓ A LES CÀRREGUES.—II. NATURALES NO ALIMENTÀRIA DE LA PENSIÓ COMPENSATÒRIA.—III. DESEQUILIBRI I EMPITJORAMENT COM A REQUISITS DE CONCESSIÓ DE LA PENSIÓ COMPENSATÒRIA.—IV. ESTIMACIÓ DEL DESEQUILIBRI EN EL MOMENT DE LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA.—V. ENCAIX DELS ALIMENTS DINTRE DELS PROCESSOS MATRIMONIALS. COMPATIBILITAT AMB LA PENSIÓ COMPENSATÒRIA.—VI. VALORACIÓ DEL DESEQUILIBRI AMB MOTIU DE LA PÈRDUA DELS ALIMENTS EN EL DIVORCI.—CONCLUSIONS.

«Crisis matrimoniales e indemnización por daño moral», por ADRIÁN PÉREZ MAYOR, pág. 163.

SUMARIO: I. ÁMBITO DEL TRABAJO.—II. INCIDENCIA DEL DAÑO MORAL EN LAS CRISIS CONYUGALES.—III. EL DAÑO MORAL Y LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.—IV. LA PENSIÓN E INDEMNIZACIÓN

COMPENSATORIAS NO REPARAN EL DAÑO MORAL.—V. INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL EN SUPUESTOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO.—VI. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL.—VII. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—VIII. CONCLUSIONES.

«Los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña», por FRANCISCO MÁLAGA DIÉGUEZ, pág. 173.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. COMPETENCIA.—3. RESOLUCIONES RECURRIBLES.—4. MOTIVACIÓN: A) RECURSO DE CASACIÓN. B) RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.—5. ADMISIBILIDAD. DOCTRINA SOBRE TÉCNICA CASACIONAL.—6. CONCLUSIÓN.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN

Número 2 (Febrero 2004)

«La potestad reglamentaria en el Proyecto de Ley de medidas para la modernización del gobierno local», por PABLO GARCÍA MANZANO, pág. 13.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA ATRIBUCIÓN DE POTESTAD REGLAMENTARIA.—3. SINGULARIDADES DE LA POTESTAD NORMATIVA DE LOS ENTES LOCALES: A) ORDENANZAS Y REGLAMENTOS EN LOS MUNICIPIOS DE RÉGIMEN COMÚN. B) MANCOMUNIDADES DE MUNICIPIOS. C) MUNICIPIOS DE GRAN POBLACIÓN (RÉGIMEN ESPECIAL): a) *El ámbito de aplicación: su determinación;* b) *Algunas singularidades de la potestad reglamentaria en el régimen especial de «Grandes ciudades»:* 1. Reglamentos de naturaleza orgánica. 2. La técnica de la delegación en la aprobación de normas reglamentarias. 3. Procedimiento de elaboración. 4. Revisión de oficio de ordenanzas y reglamentos locales.—4. REGLAMENTOS LOCALES Y RESERVA DE LEY.

«La interpretación constitucional», por JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, pág. 37.

SUMARIO: 1. ¿QUÉ ES INTERPRETAR?—2. TRES CONCEPCIONES DEL DERECHO.—3. SOBRE LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN.—¿Y LA ONTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN?

«Constitución testamentaria de fundaciones en la Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León», por TEODORA TORRES GARCÍA, pág. 75.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO: 1.1. TÉCNICA LEGISLATIVA SEGUIDA EN LA LEY 13/2002, DE 15 DE JULIO, DE FUNDACIONES.—2. CONSTITUCIÓN TESTAMENTARIA DE LA FUNDACIÓN: 2.1. RASGOS PROPIOS DE LA FUNDACIÓN TESTAMENTARIA: 2.1.1. *Naturaleza jurídica del negocio fundacional.* 2.1.2. *Unidad o diversidad de contenido testamentario.*—3. FORMAS DE CONSTITUCIÓN.—4. REQUI-

SITOS PERSONALES: CAPACIDAD PARA SER FUNDADOR: 4.1. EDAD. 4.2. DISPONER GRATUITAMENTE. 4.3. VOLUNTAD DE FUNDAR. 4.4. DISPONER DE LOS BIENES Y DERECHOS DE LA DOTACIÓN. LEGITIMACIÓN PARA OTORGAR LA ESCRITURA PÚBLICA DEL ARTÍCULO 10 LF.

«Algunas propuestas de reforma del régimen presupuestario de las Corporaciones Locales: especial referencia al principio de estabilidad», por ALEJANDRO MENÉNDEZ MORENO y AMABLE CORCUERA TORRES, pág. 103.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PROPUESTAS DE REFORMA VINCULADAS A PRINCIPIOS PRESUPUESTARIOS DISTINTOS AL DE ESTABILIDAD: 2.1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2.2. EL PRINCIPIO DE UNIDAD. 2.3. EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD. 2.4. EL PRINCIPIO DE NO AFECTACIÓN. 2.5. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: 2.5.1. *Los créditos presupuestarios y su nivel de vinculación*. 2.5.2. *Las modificaciones de los créditos presupuestarios*. 2.6. EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD. 2.7. OTROS PRINCIPIOS A TENER EN CUENTA.—3. PROPUESTAS DE REFORMA VINCULADAS AL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA: 3.1. CONSIDERACIONES GENERALES. 3.2. ASPECTO SUBJETIVO DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD. 3.3. ASPECTO OBJETIVO DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD: 3.3.1. *Concepto de estabilidad presupuestaria*. 3.3.2. *Instrumentos para la consecución de la estabilidad presupuestaria*.—4. CONCLUSIONES.—5. BIBLIOGRAFÍA.

«El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores», por MARÍA LUISA SEGOVIANO ASTABURUA-GA, pág. 147.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO LABORAL.—III. LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS NORMAS LABORALES.—IV. EL DERECHO A LA INTIMIDAD: a) CONCEPTO; b) EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO; c) EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO LABORAL.—V. DERECHOS FUNDAMENTALES, RELACIONES LABORALES Y NUEVAS TECNOLOGÍAS: a) CONSIDERACIONES GENERALES; b) IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS; c) COMUNICACIÓN A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES.—VI. CORREO ELECTRÓNICO: a) CONSIDERACIONES GENERALES; b) REGULACIÓN LEGAL; c) CRITERIOS APLICABLES; d) DECISIONES JUDICIALES; e) DERECHO COMPARADO; f) CONCLUSIONES.—VII. INTERNET: a) CONSIDERACIONES GENERALES; b) CRITERIOS APLICABLES. EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES; c) DECISIONES JUDICIALES; d) CONCLUSIONES.—VIII. LIBERTAD SINDICAL Y DERECHO DE HUELGA: a) CONSIDERACIONES GENERALES; b) ACTIVIDADES DE VIDEOVIGILANCIA; c) INTIMIDAD INFORMÁTICA Y LIBERTAD SINDICAL; d) ACCIÓN SINDICAL Y NUEVAS TECNOLOGÍAS.—IX. SITUACIÓN ACTUAL EN LAS EMPRESAS.—X. TRATAMIENTO PROCESAL: a) PROCESO SOBRE VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES; b) PROCESO DE DESPIDO EN QUE SE INVOKA INFRACCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES; c) PRUEBAS OBTENIDAS ILÍCITAMENTE.—XI. CONCLUSIONES.

«Responsabilidad civil cinegética en Castilla y León», por JOSÉ M.^a CABALLERO LOZANO, pág. 191.

SUMARIO: 1. POSIBILIDAD DE UNA LEY DE CAZA AUTONÓMICA.—2. CONCLUSIÓN: LA REALIDAD DE LA LEY 4/1996.—3. LAS PIEZAS DE CAZA.—4. EL MARCO NORMATIVO AUTONÓMICO Y ESTATAL. 5. EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.—6. SUJETOS RESPONSABLES DE LOS DAÑOS CAUSADOS.—7. EN PARTICULAR, LAS ZONAS DE SEGURIDAD. EL CRITERIO DE LA PROCEDENCIA.—8. OTROS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.—9. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL CINEGÉTICA.—10. A MODO DE CONCLUSIONES.

NÚMERO EXTRAORDINARIO 25 AÑOS DE CONSTITUCIÓN

«Constitución y Derecho Constitucional: apuntes con motivo de un aniversario», por JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO, pág. 15 (sin sumario).

«La consolidación de la democracia y justicia constitucionales», por JAVIER GARCÍA ROCA, pág. 33 (sin sumario).

«La lealtad constitucional en el Estado de las Autonomías», por PALOMA BIGLI-NO CAMPOS, pág. 51.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LEALTAD CONSTITUCIONAL FRENTE A LEALTAD FEDERAL.—3. LAS DIFICULTADES PARA LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS: 3.1. RIGIDEZ FRENTE A CONCURRENCIA. 3.2. LOS PROBLEMAS DE LA DISTRIBUCIÓN DE FUNCIONES. 3.3. INTEGRACIÓN EUROPEA Y ORDEN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS.—4. LEALTAD CONSTITUCIONAL Y PRINCIPIO DE COLABORACIÓN.

«El Estado de las Autonomías en la encrucijada: cierre, evolución o desintegración», por JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, pág. 75.

SUMARIO: 1. REFLEXIÓN PRELIMINAR.—2. FIN DEL TRAYECTO: HASTA AQUÍ HEMOS LLEGADO.—3. EVOLUCIÓN DENTRO DE UN ORDEN.—4. PROPUESTAS QUE ENTRAÑAN UNA RUPTURA DEL PACTO CONSTITUCIONAL: 4.1. LA PROPUESTA DE IBARRETXE. 4.2. LAS PROPUESTAS DE REFORMA DEL ESTATUTO CATALÁN.

«Castilla y León en Europa», por FRANCISCO JAVIER MATÍA PORTILLA, pág. 113.

SUMARIO: 1. DE ANIVERSARIOS Y OBJETIVOS.—2. LOS AÑOS OCHENTA: LOS FONDOS COMUNITARIOS.—3. LOS AÑOS NOVENTA: LAS ASPIRACIONES DE LOS GOBIERNOS REGIONALES.—4. EL SIGLO XXI: LAS CARENCIAS DEL MODELO Y LOS RETOS DE CARA AL FUTURO: 4.1. LAS CARENCIAS DEL MODELO. 4.2. LA MEJORA DE LOS SISTEMAS ACTUALES DE PARTICIPACIÓN: 4.2.1. *Las reformas imprescindibles: Del Senado y la CARCE.* 4.2.2. *De la reforma simbólica (la participación de representantes autonómicos en el Consejo de Ministros de la Unión Europea) a la conveniente*

(*el observador autonómico en la REPER y en el Consejo de Ministros de la Unión Europea*). 4.3. LA TAREA PENDIENTE: EL LUGAR DE LOS PARLAMENTOS REGIONALES: 4.3.1. *Un control político más férreo*. 4.3.2. *Un control político tan preciso como limitado*.—5. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

«La Constitución y el Estatuto de Autonomía de Castilla y León ante la exigencia de responsabilidad jurídica a los gobernantes», por ESTHER SEIJAS VILLADANGOS, pág. 141.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PRECISIONES CONCEPTUALES.—3. EL ARTÍCULO 102 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: 3.1. ITER CONSTITUYENTE. 3.2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL A LOS GOBERNANTES: 3.2.1. *Perspectiva subjetiva*. 3.2.2. *Perspectiva objetiva*. 3.2.3. *Perspectiva procesal*.—4. EL ARTÍCULO 21 DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CASTILLA Y LEÓN.—5. REFLEXIÓN FINAL.

«El cierre del sistema institucional castellano y leonés tras la última reforma estatutaria: semejanzas y diferencias con el modelo estatal», por JUAN FERNANDO DURÁN ALBA, pág. 175.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS CORTES DE CASTILLA Y LEÓN COMO PARLAMENTO AUTONÓMICO: ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS AL *STATUS* DE LOS PROCURADORES: 2.1. LAS PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS SEGÚN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA. 2.2. LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS PROCURADORES.—3. EL CONTROL EXTERNO DE LAS CUENTAS PÚBLICAS: RELACIONES ENTRE LAS CORTES DE CASTILLA Y LEÓN Y EL CONSEJO DE CUENTAS.—4. LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA: LA POSICIÓN INSTITUCIONAL DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA Y LEÓN.—5. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL CITADA.—6. ANEXO BIBLIOGRÁFICO.

«Los partidos políticos y la Constitución de 1978. Libertad de creación y organización de los partidos en la Ley Orgánica 6/2002», por AUGUSTO MARTÍN DE LA VEGA, pág. 201.

SUMARIO: 1. DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO DE PARTIDOS.—2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA LEY DE PARTIDOS POLÍTICOS 6/2002, DE 27 DE JUNIO.—3. LA LIBERTAD DE CREACIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS. EL REGISTRO DE PARTIDOS POLÍTICOS.—4. LA LIBERTAD DE ORGANIZACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS.

«La prestación de la educación», por AGUSTÍN S. DE VEGA, pág. 229 (sin sumario).

«La enseñanza de la Constitución en España. Por una cultura constitucional», por ALEJANDRO RUIZ-HUERTA CARBONELL, pág. 239.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: 1.1. DE LA ENSEÑANZA DE LA CE A LA CULTURA CONSTITUCIONAL. 1.2. EL SIGNIFICADO DE LA ENSEÑANZA DE LA CONSTITUCIÓN COMO

EDUCACIÓN DEMOCRÁTICA: UNA PERSPECTIVA DE FILOSOFÍA POLÍTICA Y DE HISTORIA. 1.3. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES EN ESPAÑA.—2. EL PROCESO NORMATIVO PARA INCORPORAR EL CONOCIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN A LAS ENSEÑANZAS MEDIAS: 2.1. ANTECEDENTES PRÓXIMOS: DE LA LEY VILLAR PALASÍ A LA CE. 2.2. LA EDUCACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978 (CE). 2.3. EL DESARROLLO CONSTITUCIONAL: LA LEY 19/1979 Y SU APLICACIÓN. 2.4. LA EDUCACIÓN POLÍTICA POSTERIOR: DE LA LODE A LA LOGSE. 2.5. LA SITUACIÓN ACTUAL.—3. POR UNA CULTURA CONSTITUCIONAL: 3.1. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE CULTURA CONSTITUCIONAL. 3.2. LA IMAGEN ACTUAL DE LA CE. 3.3. LOS PROBLEMAS DE ASENTAMIENTO DE LA CULTURA CONSTITUCIONAL. 3.4. EL FORTALECIMIENTO DE LA CULTURA DEMOCRÁTICA Y CONSTITUCIONAL.—4. CONCLUSIONES Y BIBLIOGRAFÍA.

«Cuando el derecho a la libertad religiosa colisiona con el derecho a la educación», por MARÍA DEL CAMINO VIDAL FUEYO, pág. 299.

SUMARIO: I. DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LIBERTAD RELIGIOSA.—II. LIBERTAD RELIGIOSA *VERSUS* ENSEÑANZA OBLIGATORIA: LA NEGATIVA A CURSAR DETERMINADAS ASIGNATURAS OBLIGATORIAS POR MOTIVOS RELIGIOSOS: 1. LA LABOR DE PONDERACIÓN ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES EN COLISIÓN QUE CORRESPONDE AL JUEZ. 2. LA PROPORCIONALIDAD COMO PARÁMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA ACTIVIDAD DEL JUEZ.—III. NEUTRALIDAD DEL ESTADO *VERSUS* LIBERTAD RELIGIOSA: EL VELO ISLÁMICO.—IV. PODERES PÚBLICOS *VERSUS* ENSEÑANZA RELIGIOSA: EL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS PROFESORES DE RELIGIÓN: 1. LAS FUENTES NORMATIVAS DE LA ENSEÑANZA RELIGIOSA EN ESPAÑA. 2. EL RÉGIMEN LABORAL DE LOS PROFESORES DE RELIGIÓN. 3. ALGUNAS REFLEXIONES DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL.

«El artículo 25.2 CE: algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad», por LUIS E. DELGADO DEL RINCÓN, pág. 339.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA REEDUCACIÓN Y LA REINSERCIÓN SOCIAL COMO FIN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD: 2.1. EL SENTIDO DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA REEDUCACIÓN Y REINSERCIÓN SOCIAL SEGÚN LA DOCTRINA PENAL. 2.2. LA DOCTRINA FIJADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—3. LA REEDUCACIÓN Y LA REINSERCIÓN SOCIAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS PRESOS O COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL ORIENTADOR DE LA POLÍTICA PENAL Y PENITENCIARIA: 3.1. LA DOCTRINA FIJADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 3.2. LA RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—4. A MODO DE CONCLUSIÓN.—5. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.

«La institución del procurador del común», por ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA, pág. 371.

SUMARIO: 1. EL PROCURADOR DEL COMÚN EN CUANTO INSTITUCIÓN POLÍTICA.—2. MARCO JURÍDICO DE LA INSTITUCIÓN.—3. LA JUSTIFI-

CACIÓN PRÁCTICA DEL PROCURADOR DEL COMÚN.—4. NATURALEZA JURÍDICA.—5. ESTATUTO JURÍDICO.—6. ÁMBITO COMPETENCIAL.—7. ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA.

REVISTA JURÍDICA DE NAVARRA Número 35 (Enero-Junio 2003)

«Integración en Europa y Derecho Civil navarro», por M.^a ÁNGELES EGÚSQUIZA BALMASEDA, pág. 9.

SUMARIO: I. ASPECTOS GENERALES.—II. LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN LA UNIÓN EUROPEA: PARÁMETROS ACTUALES: 1. MATERIAS EXCLUIDAS DE LA ACCIÓN NORMATIVA. 2. EL DERECHO CONTRACTUAL: OBJETIVO PRINCIPAL DE LA ARMONIZACIÓN.—III. NAVARRA EN EL PROCESO DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO. 1. EL PLANTEAMIENTO DE LA UNIÓN EN CUANTO A LA TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS. 2. COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y LA TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS: LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 3. MARCO DE ACCIÓN DE LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA EN LA TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS SOBRE DERECHO CONTRACTUAL DE CONSUMO: A) *Las competencias de Navarra en materia de Derecho Civil y protección al consumidor*. B) *Posibles escollos en la acción normativa navarra en materia contractual de consumo*. C) *Líneas futuras de actuación: ¿legislación especial o reforma del Fuero Nuevo?*

«La ordenación jurídica del turismo en Navarra», por MARTÍN M.^a RAZQUÍN LIZÁRRAGA, pág. 39.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: MARCO NORMATIVO.—II. LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DEL TURISMO.—III. ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS.—IV. LOS RECURSOS TURÍSTICOS Y LA PROMOCIÓN DEL TURISMO.—V. LA INTERVENCIÓN LEGAL Y ADMINISTRATIVA SOBRE EL TURISMO: 1. FIJACIÓN DE CONCEPTOS PREVIOS. 2. DETERMINACIÓN DE DERECHOS Y OBLIGACIONES. 3. INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA: COMUNICACIÓN, AUTORIZACIÓN E INSPECCIÓN. 4. REGLAMENTACIÓN DE LAS ACTIVIDADES TURÍSTICAS: A) *Actividad de alojamiento turístico*. B) *Actividad de restauración*. C) *Actividad de mediación turística*. D) *Actividades turísticas complementarias*. E) *Profesiones turísticas*.—5. DISCIPLINA TURÍSTICA.

«Habilitación para la creación de firma electrónica (sujetos, objeto y acaecimiento integrador)», por FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, pág. 73.

SUMARIO: I. DE LA RELACIÓN JURÍDICA DE HABILITACIÓN PARA LA CREACIÓN DE FIRMA ELECTRÓNICA: 1. DEFINICIÓN. 2. DIFERENCIACIÓN DE OTRAS RELACIONES VECINAS. 3. ESTRUCTURA.—II. SUJETOS: 1. LOS CIMENTOS DEL SISTEMA DE COMUNICACIÓN TELEMÁTICA: LAS «TERCERAS PARTES EN QUIENES SE CONFÍA» (TRUSTED THIRD PARTIES): A) *El principio o regla de la fiabilidad*. B) *«Parte que confía» y «parte en quien se confía»*. 2. LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN

JURÍDICA DE CREACIÓN DE FIRMA ELECTRÓNICA: A) *Prestador de servicios de certificación (I). En general:* a) Terminología y definición legal; b) Naturaleza; c) Clases; d) Requisitos; e) Acreditación. B) *Prestador de servicios de certificación (II). Especial referencia a las Administraciones Públicas como prestadoras de servicios de certificación:* a) La Fábrica Nacional de Moneda y Timbre y Real Casa de la Moneda; b) Otras organizaciones administrativas. C) *Usuario (y potencial signatario): (I) Ideas generales:* a) Inseguridad terminológica; b) Clasificación legal: usuarios privados y usuarios públicos. D) *Usuario (y potencial signatario): (II) El problema de la titularidad:* a) Personalidad y titularidad; b) Titularidad en nombre propio y por cuenta propia: el usuario signatario; c) Titularidad en nombre propio y por cuenta ajena: el signatario por sustitución; d) Titularidad en nombre ajeno y por cuenta ajena: el signatario por representación. E) *Usuario (y potencial signatario): (III) Especial referencia al sistema judicial como usuario de firma electrónica:* a) Situación hasta el Real Decreto 1317/2001; b) En el sistema judicial, la firma electrónica está prevista únicamente para los actos de comunicación procesal. F) *Usuario (y potencial signatario): (IV) Notarios y registradores.* 3. ORGANIZACIONES DE TUTELA, CONTROL Y VIGILANCIA: A) *Comité de firma electrónica de la Unión Europea.* B) *Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (Ministerio de Ciencia y Tecnología).* C) *Entidad Nacional de Acreditación (ENAC).* D) *La Administración Pública tutelar del derecho de privacidad:* a) Riesgos para los derechos de la personalidad que pueden derivar del acopio y tratamiento de datos de carácter personal por medios informáticos; b) La Agencia de protección de datos (de carácter personal). E) *Registros:* a) Registro de Prestadores de Servicios de Certificación (Ministerio de Justicia); b) Registro de Usuarios (FNMT-RCM); c) Registros de certificados. 4. OTRAS ORGANIZACIONES COLABORADORAS: A) *Idea general.* B) *Oficinas de acreditación.* 5. LOS QUE TRABAJAN EN LA SOMBRA: A) *La criptología, ciencia del secreto.* B) *De la ocultación del mensaje a la ocultación del significado, y del cifrado a la encriptación:* a) Ocultación del mensaje; b) Ocultación del significado; c) Cifrado y encriptación.—III. OBJETO: 1. DEL OBJETO DE LA RELACIÓN JURÍDICA EN GENERAL Y DEL OBJETO DE LA SINGULAR RELACIÓN JURÍDICA QUE AQUÍ ESTOY ESTUDIANDO: A) *Objeto, objetos del mundo exterior, y objetos jurídicos.* B) *Una terminología confundente: bien jurídico.* C) *El patrimonio y la cosa son correlatos lógicos de la personalidad y la titularidad.* D) *Variedades relevantes, aunque no sustanciales, del objeto.* E) *Objeto de la relación jurídica de habilitación para la creación de firma electrónica.* 2. DATOS Y DISPOSITIVOS DE CREACIÓN DE FIRMA: A) *Datos de creación de firma.* B) *Dispositivos de creación de firma.* 3. DATOS Y DISPOSITIVOS DE VERIFICACIÓN DE FIRMA: A) *Datos de verificación de firma.* B) *Dispositivos de verificación de firma.* 4. FIRMA ELECTRÓNICA: A) *Conceptos previos:* a) Firma electrónica y firma digital; b) Firma digital y firma manual. B) *Clases de firma electrónica: la «escala de firmas electrónicas»:* a) Firma electrónica simple; b) Firma electrónica avanzada; c) Firma electrónica avanzada amparada por un certificado reconocido. C) *Firmas no autógrafas que no son firmas electrónicas.* 5. CERTIFICADO ELECTRÓNICO: A) *Concepto y naturaleza.* B) *Clases.* C) *Requisitos.* D) *Especial referencia a los certificados digitales:* a) Certificado digital de identidad; b) Certificado digital de atributos.—IV. ACAECIMIENTO INTEGRADOR.

«El derecho de las lenguas y las lenguas de los derechos», por MARGA GÓMEZ BORRAS, pág. 117.

SUMARIO: I. LENGUA OFICIAL Y LENGUA PROPIA. CRITERIO Y ALCANCE: 1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LAS GARANTÍAS MÍNIMAS EN MATERIA LINGÜÍSTICA. 2. EL RECONOCIMIENTO DE LAS «LENGUAS MINORITARIAS» COMO DERECHO. 3. CRITERIOS PARA EL LEGISLADOR: A) *Territorialidad y personalidad*. B) *Oficialidad y lengua propia*. 4. RECONOCIMIENTO DE DERECHOS LINGÜÍSTICOS Y TRANSFERENCIA DE FUNCIONES. 5. LA DECLARACIÓN DE OFICIALIDAD Y SUS CONSECUENCIAS: LO PÚBLICO Y LO PRIVADO.—II. LA TENDENCIA EUROPEA: DERECHOS HUMANOS, DERECHOS LINGÜÍSTICOS: 1. UNA EUROPA DE LOS ESTADOS O UNA EUROPA DE LAS REGIONES. 2. AÑO 2001: AÑO EUROPEO DE LAS LENGUAS. 3. LAS LENGUAS MINORITARIAS DE EUROPA Y OTRAS LENGUAS MINORITARIAS.—III. LOS DERECHOS DE LAS LENGUAS EN ESPAÑA: 1. LEGISLACIÓN LINGÜÍSTICA EN ESPAÑA. LENGUAS OFICIALES Y PROTECCIÓN LINGÜÍSTICA. 2. EL CASO DE LAS LENGUAS EMERGENTES Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS. 3. EL ANTEPROYECTO DE UNA LEY DE LENGUAS DE ARAGÓN. 4. CONFLICTOS ENTRE REALIDAD Y VOLUNTAD POLÍTICA: DIFERENCIACIÓN, TRADICIONALISMO Y LENGUA ESTÁNDAR.

«Las Fundaciones navarras ante la nueva Ley Estatal 50/2002, de 26 de diciembre», por FRANCISCO J. DÍAZ BRITO, pág. 153.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NORMATIVA FORAL Y NORMATIVA ESTATAL: SISTEMA DE RELACIONES.—III. LA FUNDACIÓN NAVARRA FRENTE A LAS NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO DE FUNDACIONES EN ESPAÑA: 1. LA FUNDACIÓN EN EL DERECHO FORAL NAVARRO. 2. LA FUNDACIÓN A LA LUZ DE LA LEY 50/2002.

«La compleja realidad lingüística belga y la organización del Estado», por IGNACIO IRURITA DÍEZ DE ULZURRUN, pág. 173.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO BELGA: 1. REGIONES LINGÜÍSTICAS. 2. COMUNIDADES CULTURALES. 3. REGIONES ECONÓMICAS. 4. EL ESTADO FEDERAL.—III. REGULACIÓN DE LA MATERIA LINGÜÍSTICA: 1. RELACIÓN CRONOLÓGICA DE LA LEGISLACIÓN MÁS IMPORTANTE. 2. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL.—IV. RÉGIMEN LINGÜÍSTICO EN LA ENSEÑANZA Y EN LA ADMINISTRACIÓN: 1. RÉGIMEN LINGÜÍSTICO EN LA ENSEÑANZA. 2. RÉGIMEN LINGÜÍSTICO EN LA ADMINISTRACIÓN.—V. INCIDENCIA DEL CRITERIO LINGÜÍSTICO EN LA ORGANIZACIÓN CENTRAL DEL ESTADO: 1. PODERES LEGISLATIVO Y EJECUTIVO. 2. OTROS ÓRGANOS. 3. ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA.—VI. OTRAS CONSECUENCIAS DEL RÉGIMEN LINGÜÍSTICO BELGA: 1. APARICIÓN DE MINORÍAS LINGÜÍSTICAS. 2. LABOR JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CUESTIÓN DE LAS LENGUAS.

«La incidencia de la reforma del sistema financiero sobre las entidades de capital-riesgo», por RAFAEL LARA GONZÁLEZ, pág. 195.

SUMARIO: I. EL ITER NORMATIVO DE LA ACTIVIDAD DE CAPITAL-RIESGO.—II. EL OBJETO SOCIAL: 1. RÉGIMEN ANTERIOR A LA LECRYSG: DEL

OBJETO SOCIAL EXCLUSIVO AL OBJETO PRINCIPAL. 2. LA LECRYSG: LA CONSOLIDACIÓN DEL OBJETO SOCIAL PRINCIPAL. 3. LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 44/2002: A) *La posibilidad de tenencia de valores cotizados*. B) *La extensión del concepto de empresas «no financieras»*. C) *Las inversiones propias*.—III. LAS LIMITACIONES DE GRUPO: 1. LA REGULACIÓN CONTENIDA EN LA NORMATIVA PRECEDENTE. 2. LA MODIFICACIÓN PARCIAL DEL RÉGIMEN DE INVERSIONES POR LA LEY 44/2002.—IV. EL CAPITAL SOCIAL: 1. LA REGLAMENTACIÓN PREEXISTENTE. 2. LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LAS APORTACIONES POR LA LEY 44/2002.—V. LA AMPLIACIÓN DEL RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN: 1. EL RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN EN LA LECRYSG: A) *El régimen común a las entidades de capital-riesgo*. B) *El régimen específico de las sociedades de capital-riesgo*. 2. LA AMPLIACIÓN DEL RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN POR LA LEY 44/2002 A DETERMINADAS OPERACIONES SOCIETARIAS.—VI. VALORACIÓN DE LA REFORMA.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL Número 1 (Enero-Junio 2003)

«El accidente del Prestige y el derecho internacional: de la prevención fallida a la reparación insuficiente», por JOSÉ JUSTE RUIZ, pág. 15.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA INEFICACIA DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS: 1. LOS CONVENIOS DE LA OMI. 2. LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR: A) *Derechos y obligaciones del Estado de pabellón*. B) *Acción residual del Estado ribereño y del puerto*. 3. EVOLUCIÓN ACTUAL.—III. LA INSUFICIENCIA DE LAS MEDIDAS REPARADORAS: 1. RESPUESTA FRENTE AL ACCIDENTE: A) *Marco jurídico internacional*. B) *Actuaciones del Estado español*. 2. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS. 3. INDEMNIZACIÓN DE LAS VÍCTIMAS.—IV. CONCLUSIÓN.

«En torno a la revisión del régimen jurídico internacional de seguridad marítima y protección del medio marino a la luz del accidente del Prestige», por JORGE PUEYO LOSA, ISABEL LIROLA DELGADO y JULIO JORGE URBINA, pág. 43.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. ACCIDENTE DEL PRESTIGE Y BUQUES SUBESTÁNDAR.—2. EL ACCIDENTE DEL PRESTIGE COMO CONSECUENCIA DE LA FRAGILIDAD DEL DERECHO DEL MAR: 1. LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO DEL PABELLÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN Y PRESERVACIÓN DEL MEDIO MARINO. BANDERAS DE CONVENIENCIA Y BUQUES SUBESTÁNDAR. 2. LOS LIMITADOS PODERES ATRIBUIDOS AL ESTADO RIBEREÑO EN LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LA CONTAMINACIÓN CAUSADA POR BUQUES. 3. LA RELEVANCIA DE LAS COMPETENCIAS ATRIBUIDAS AL ESTADO DEL PUERTO Y LAS DIFICULTADES PARA SU OPERATIVIDAD PRÁCTICA.—III. LOS EFECTOS DEL ACCIDENTE DEL PRESTIGE DESDE UNA DINÁMICA DE APLICACIÓN EFECTIVA Y DE REVISIÓN DEL DERECHO DEL MAR: 1. HACIA UN FORTALECIMIENTO DE LAS COMPETENCIAS DE CONTROL Y EJECUCIÓN DEL ESTADO RIBEREÑO EN LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA: A) *Sobre un aprovechamiento y aplicación efectiva de los mecanismos que ofrece el actual Derecho del Mar*. B) *Sobre las tenden-*

cias de revisión general de las competencias del Estado ribereño en la ZEE en materia de protección y preservación del medio marino. 2. HACIA UNA DINAMIZACIÓN DE LA FIGURA DEL ESTADO DEL PUERTO.—IV. CONSIDERACIONES FINALES.

«La acción de la Unión Europea en materia de seguridad marítima», por JOSÉ MANUEL SOBRINO HEREDIA, pág. 79.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA NECESIDAD Y URGENCIA DE UN PLANTEAMIENTO COMUNITARIO EN MATERIA DE SEGURIDAD MARÍTIMA: DE UNA NORMATIVA DE REACCIÓN A UNA DE PREVENCIÓN.—III. LOS ÁMBITOS DE ACTUACIÓN: DE UNA ESTRATEGIA DE ACTUACIÓN FRAGMENTARIA A LA COHERENCIA DE UNA POLÍTICA COMUNITARIA: 1. CONTROL POR EL ESTADO RECTOR DEL PUERTO. 2. SOCIEDADES DE CLASIFICACIÓN. 3. RETIRADA GRADUAL DE SERVICIO DE LOS PETROLEROS DE CASCO ÚNICO. 4. ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA DE GESTIÓN DE TRÁFICO MARÍTIMO FRENTE A LAS COSTAS DE LA UNIÓN EUROPEA. 5. SISTEMA DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS CAUSADOS POR LA CONTAMINACIÓN EN AGUAS EUROPEAS. 6. HACIA UNA ESTRUCTURA EUROPEA DE SEGURIDAD MARÍTIMA: LA CREACIÓN DE LA AGENCIA EUROPEA DE SEGURIDAD MARÍTIMA. 7. FORMACIÓN DE LAS TRIPULACIONES.—IV. CONSIDERACIONES FINALES.

«Claves de Derecho Privado en el asunto Prestige», por ELOY MIGUEL RODRÍGUEZ GAYÁN, pág. 117.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PERIPLO Y CATÁSTROFE.—III. GRADO DE PROTECCIÓN DE LOS «INTERESES COLECTIVOS» EN FUNCIÓN DE LA NORMATIVA APLICABLE AL CONTRATO DE SALVAMENTO: 1. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD E IMPROVISACIÓN: UN RIESGO AÑADIDO. 2. LA INEFICACIA DE LO OBSOLETO Y VIGENTE, EN ESPAÑA, CONVENIO DE BRUSELAS DE 1910. 3. LAS «INNOVADORAS» MEDIDAS DEL CONVENIO DE LONDRES DE 1989 EN MATERIA DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE: QUIEBRA DE LOS PRINCIPIOS TRADICIONALES DE SALVAMENTO Y LA NECESARIA COOPERACIÓN DE LAS PARTES PARA AUTORIZAR LA ENTRADA EN PUERTO.—IV. LLEGA EL MOMENTO DE ELUDIR RESPONSABILIDADES: 1. UNA VEZ MÁS, CONFLICTO DE INTERESES: A) *Desequilibrio entre el poder económico y los «intereses colectivos»*. B) *La defensa del propietario como objetivo esencial*. 2. LA BÚSQUEDA DEL LUGAR MÁS RENTABLE ECONÓMICAMENTE EN LA SOLICITUD DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS PRODUCIDOS AL MEDIO AMBIENTE. 3. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE UN MODELO PÚBLICO DE SALVAMENTO.

«Relaciones internacionales, política exterior y cooperación para el desarrollo: reflexiones para un debate en el caso español», por IRENE RODRÍGUEZ MANZANO y JOSÉ ÁNGEL SOTILLO LORENZO, pág. 149.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CINCUENTA AÑOS DE ANÁLISIS DE LA POLÍTICA EXTERIOR.—III. LA COOPERACIÓN PARA EL DESARROLLO: ¿NECESIDADES DE LOS RECEPTORES O INTERESES DE LOS DONANTES?—IV. EL CASO ESPAÑOL.—V. EN BUSCA DEL TIEMPO PERDIDO.