



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de
fin de grado

Testamento viciado
y causas de
desheredación.

Antía López Caridad

Tutor: Dr. D. Rafael Colina Garea.

**Grado en Administración y Dirección de Empresas y
Derecho.**

Año 2016

Índice

Abreviaturas	3
I. Consideraciones previas y delimitación del supuesto de hecho.....	4
1. Cuestiones formuladas	5
2. Planteamiento del caso.	5
II. Cuestiones	6
1. Primera cuestión.	6
2. Segunda cuestión.	9
- Visicitudes de la compraventa – figura del tercero hipotecario.....	9
- Acción de Rosalía y Lorena.	14
- Defensa de Fulgencio.....	16
3. Tercera cuestión.	19
- ¿Podrían enmarcarse estas dentro de algún ilícito penal?.....	19
- Acciones que pueden ejercitar Rosalía y Lorena:.....	25
4. Cuarta cuestión:.....	26
- Consecuencias en la validez del documento.....	26
- Responsabilidad del notario.....	28
III. Fuentes	32
1. Legislación	32
2. Jurisprudencia.....	32
3. Bibliografía.....	33

Abreviaturas

CC	Código Civil
CP	Código Penal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LH	Ley Hipotecaria
Art. /s.	Artículo/s
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
RNot.	Reglamento Notarial

I. Consideraciones previas y delimitación del supuesto de hecho

Nerea y Roberto, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, mantenían una relación sin determinar desde hacía dos años cuando, el 5 de julio de 2000, Roberto falleció mientras se encontraba ingresado en el hospital Arquitecto Marcide de la localidad de Ferrol, en el que llevaba hospitalizado cerca de una semana como consecuencia del agravamiento del alzhéimer que venía padeciendo desde años atrás. Precisamente, como consecuencia de esta enfermedad, las hijas de Roberto, Rosalía y Lorena, habían solicitado la incapacitación de su padre, pero ésta no llegó a resolverse antes de producirse la muerte.

Dos días antes de su fallecimiento, el 3 de julio del año 2000, Roberto se puso en contacto con un Notario para otorgar poder general bastante para gestionar sus cuentas bancarias a favor de Nerea en el mismo hospital en el que se encontraba ingresado. A su vez, otorgó testamento abierto desheredando a sus hijas Rosalía y Lorena y a sus dos nietos, hijos de Lorena, argumentando que había recibido trato vejatorio por su parte. Así, instituye heredera única y universal de todos sus bienes derechos y acciones en pleno dominio a Nerea.

Pocas horas después del fallecimiento de Roberto, Nerea acudió a la sucursal bancaria Caixa Galicia, sita en la Avenida de la Paz de Ferrol, para retirar de un fondo del que Roberto era titular, la cantidad de 49.371,00 euros y abrió una cuenta a su nombre donde los ingresó. Para poder realizar esta operación, mostró el poder general que le había otorgado Roberto dos días antes y ocultó el hecho de su fallecimiento a los empleados de la sucursal.

El día 6 de julio del mismo año, Nerea realizó la misma operación y exhibiendo el mismo poder en una sucursal bancaria del BBVA, retirando así el dinero existente en cuentas y fondos a nombre de Roberto por importe de 83.821,46 euros, poniéndolos en una cuenta que abrió al efecto a su nombre.

Esos mismos, días 5 y 6 de julio de 2000, Nerea realizó 5 reintegros a través de cajeros de la Caixa por importe de 30.000 euros cada uno de una cuenta que poseía el fallecido en la sucursal de la Caixa sita en la calle María de Ferrol, puesto que Roberto le había facilitado su clave secreta. El día 7 de julio acudió con el mismo objetivo al Banco Popular, donde se negaron a entregarle el dinero a nombre de Roberto, ya que a través de sus hijas conocían del fallecimiento de éste.

Con este dinero, desde el año 2001 hasta el 2005, Nerea realiza inversiones con mediación de la sociedad de valores Inversia, por la cual cobra un cheque nominativo por importe de 113.148,17 euros a la fecha de liquidación, el 9 de enero del 2005, habiendo percibido diversos dividendos. Esta suma de dinero se ingresó en una cuenta de la Caixa titularidad de su hija.

Por otro lado, el 9 de abril de 2003, Nerea, adquiere el usufructo vitalicio, y su hija Rita, junto con su esposo César, la nuda propiedad, de una vivienda sita en la localidad de Sada por un precio de 51.200,00 euros abonados íntegramente por Nerea procedentes de la

masa hereditaria de Roberto. Finalmente, el 12 de octubre de 2008, en escritura otorgada ante Notario, la acusada renunció al usufructo que poseía sobre esta vivienda.

Por todo ello, Nerea reconoce que, a día de hoy, carece de patrimonio alguno. Sin embargo, Rosalía y Lorena, hijas de Roberto, consideran que deben recuperar la legítima que les pertenece de la herencia de su padre.

1. Cuestiones formuladas

A.- La desheredación es recurrida por las hijas de Roberto y encuentra respuesta el día 16 de octubre de 2001 en una sentencia del Juzgado de primera instancia núm. 1 de Ferrol, que declara nula la desheredación hecha en el testamento por Roberto y la nulidad de la institución de heredera a favor de Nerea. Dicha sentencia deviene firme, tras ser recurrida sin éxito, el 24 de septiembre de 2004 por sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña ¿qué acciones podrían ejercitar Rosalía y Lorena?

B.- A finales de 2004, Nerea vendió a Fulgencio una vivienda propiedad de Roberto en la que habían convivido Roberto y Nerea durante los últimos meses de vida, sita en Ferrol, por un precio de 91.700,00 euros. Comente las vicisitudes de esta compraventa y cómo afectaría a Fulgencio, a Nerea y a las herederas de Roberto.

C.- Considerando las actuaciones que ha venido desarrollando Nerea tras el fallecimiento de Roberto. ¿Podrían enmarcarse estas dentro de algún ilícito penal? ¿Qué acciones podrían emprender Rosalía y Lorena?

Investigando sobre la firma del testamento inicial, se descubre que el Notario en el momento de formalizar el testamento de Roberto, conoce fehacientemente que no tiene la capacidad requerida para otorgarlo, a causa de su enfermedad, así como la inexistencia de sentencia firme acerca del trato vejatorio sufrido por el causante. A pesar de ello, da fe pública de dicho documento impulsado por la promesa de recibir un pago en el momento en el que Nerea reciba la masa hereditaria. Califique jurídicamente estos hechos y los efectos que tienen sobre la validez del documento.

2. Planteamiento del caso.

En este caso nos encontramos ante un testamento, en principio, otorgado con todas las formalidades requeridas por la ley, a través del cual el causante deshereda a sus hijas e instituye heredera única y universal a su pareja (sin vínculo matrimonial). En la primera de las preguntas nos introducen dos nuevos hechos: se declara la nulidad de las dos cláusulas testamentarias que había otorgado el causante (sin especificarnos el motivo), y ante esto, se pregunta qué acciones podrían ejercitar las hijas del causante. Acudiremos por tanto a la legislación civil en materia de sucesiones para dar solución a este apartado.

Además, en la segunda pregunta se aporta otro dato fáctico a mayores: la pareja del causante, vende un inmueble perteneciente a la masa hereditaria a un tercero. La

legislación civil en materia de contratos y derechos reales, así como la legislación hipotecaria nos ayudará a desarrollar y comentar todas las vicisitudes de esta compraventa y responsabilidades derivadas para las partes.

Por otro lado, la pareja del causante lleva a cabo una serie de actuaciones que se relatan en los hechos que pueden ser subsumidas dentro de ciertos tipos penales, por lo que tendremos que remitirnos a la legislación de esta materia para determinar cuáles son, y a la legislación procesal penal para determinar cómo se puede incoar este procedimiento.

Finalmente, en la última pregunta el caso nos exige que cambiemos de perspectiva, aportando un nuevo hecho: el notario que otorgó el testamento conocía fehacientemente que el causante no tenía plena capacidad y además, aceptó promesa de recibir un pago futuro por otorgar el testamento. Acudiremos de nuevo a la legislación civil en materia de sucesiones para valorar cómo afecta este hecho a la validez del testamento. Naturalmente se derivan responsabilidades para el notario, tanto en materia civil como penal.

II. Cuestiones planteadas.

1. Primera cuestión.

A.- La desheredación es recurrida por las hijas de Roberto y encuentra respuesta el día 16 de octubre de 2001 en una sentencia del Juzgado de primera instancia núm. 1 de Ferrol, que declara nula la desheredación hecha en el testamento por Roberto y la nulidad de la institución de heredera a favor de Nerea. Dicha sentencia deviene firme, tras ser recurrida sin éxito, el 24 de septiembre de 2004 por sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña ¿qué acciones podrían ejercitar Rosalía y Lorena?

Esta cuestión debemos plantearla desde dos puntos de vista distintos.

En primer lugar, podemos entender que, tal y como son relatados los hechos en el supuesto que se plantea, no existan otras cláusulas en dicho testamento más que las que han sido declaradas nulas. Sosteniendo esto, el testamento de Roberto quedaría vacío de contenido, al ser declaradas nulas: primero, la cláusula que de institución de heredera universal en favor de Nerea; y, en segundo lugar, la cláusula de desheredación de Rosalía y Lorena, hijas de Roberto.

Entendemos que, en virtud de sentencia de nulidad por la cual se anulan ambas cláusulas testamentarias, Nerea quedaría obligada a la restitución de los bienes de los que ha dispuesto a la masa hereditaria de Roberto.

Por su parte, el artículo 912 del Código Civil contiene una numeración no exhaustiva de supuestos en los que se abre la sucesión intestada. Así, la norma se refiere a:

“1.º Cuando uno muere sin testamento, o con testamento nulo, o que haya perdido después su validez.

2.º Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso, la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto.

3.º Cuando falta la condición puesta a la institución de heredero, o éste muere antes que el testador, o repudia la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer.

4.º Cuando el heredero instituido es incapaz de suceder.”

Por lo cual, en este caso se abriría la sucesión intestada en virtud de este artículo. En primer lugar, porque los bienes que conforman la masa hereditaria no se han dispuesto en su totalidad, el testamento no contiene institución de heredero; y en segundo lugar, porque el testamento, al quedar vacío de contenido, anulándose todas las cláusulas, nos lleva a la primera de las situaciones que enumera el art. 912: “cuando uno muere sin testamento”.

Esta inexistencia de testamento debe ser probada, además del certificado de defunción, el certificado negativo del Registro de Actos de Última Voluntad. Por los datos que se aportan en el caso, entendemos que Roberto no había otorgado otro testamento anterior al que otorgó en el año 2004.

La sucesión intestada, frente a la testada, supone un llamamiento sucesorio a título universal (o de heredero). Los sujetos llamados lo son con carácter de heredero, con todos los derechos y obligaciones inherentes a dicha condición, y el llamamiento abarca todos los bienes del caudal hereditario carentes de disposición testamentaria eficaz.¹

Conforme al artículo 9.8 del C.C, “La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren.” Por tanto, debemos aplicar la legislación vigente en el año 2000, fecha de la muerte de Roberto.

En este caso, Rosalía y Lorena, hijas de Roberto, llegado el momento de determinar la condición concreta de un sujeto como heredero abintestato, se requiere de forma general una declaración de herederos abintestato.

La forma de obtención de la declaración de herederos abintestato que deben solicitar Rosalía y Lorena se encuentra regulada en la LECiv/1881, en su Título IX, Sección 2ª, y establece dos modalidades diferentes para obtener la declaración de herederos:

A) La que establece el art. 739 LECiv/1881: Mediante acta de notoriedad (regulada en el art.209 RNot.), tramitada conforme a la legislación notarial por Notario hábil para actuar en el lugar en que hubiere tenido el causante su último domicilio en España y ante el cual se practicará la prueba documental y testifical precisa. Ésta es la modalidad que preceptivamente ha de ser utilizada por quienes sean descendientes, ascendientes o cónyuges del finado y sus únicos herederos. Este será por tanto el mecanismo al que acudirán Rosalía y Lorena, y la tramitación de esta acta de notoriedad solo será interrumpida por la apertura de la vía contenciosa civil.

¹ (González Carrasco, 2012, pág. 244)

B) En vía judicial, ante el Juez de 1ª Instancia del lugar en que hubiere tenido el causante su último domicilio en España, justificando debidamente el fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate y su parentesco con la misma y, con la certificación del Registro general de actos de última voluntad y con la información testifical, que dicha persona ha fallecido sin disposición de última voluntad y que ellos solos o en unión de los que designen son sus únicos herederos. Ésta es la modalidad que preceptivamente ha de ser utilizada por los demás pretendidos herederos abintestato, es decir, con exclusión de quienes sean descendientes, ascendientes o cónyuges del finado.

Cabe señalar en este punto que, actualmente, ya se encuentra vigente la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que entró en vigor a partir del 23 de julio de 2015. En la disposición final undécima de esta ley se modifica la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado (arts. 55 y 56). Con esta nueva legislación, la declaración de herederos abintestato la declaran los notarios siempre a través de acta de notoriedad, mientras que, hasta entonces, la hacían los juzgados.

La sucesión corresponde en primer lugar a la línea recta descendiente (art. 930 CC), sin limitación de grado y sin distinción de sexo, edad o filiación matrimonial o extramatrimonial, adoptiva o biológica (art. 931 CC).

En este caso, entendemos que Rosalía y Lorena son las únicas hijas de Roberto y ambas concurren a la sucesión, por lo que actuaría lo dispuesto en el art. 932 CC: *“Los hijos del difunto le heredarán siempre por su derecho propio, dividiendo la herencia en partes iguales.”*

En este punto, Rosalía y Lorena, como sujetos titulares de la comunidad hereditaria, a tenor del art. 1052 CC, podrán pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia.

Según el art.1058 *“cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente.”*

Para la partición por los coherederos se requiere la asistencia de todos los herederos, actuando de común acuerdo, se requiere por tanto, unanimidad. Los herederos del heredero fallecido deberán comparecer bajo una sola representación (art.1055).

La jurisprudencia repite constantemente que los herederos capaces y mayores de edad, actuando unánimemente, pueden partir de la manera que mejor les cuadre, acomodando la división a sus peculiares intereses y conveniencias y valiéndose o no de terceros técnicos.².

Según el art. 1059 CC: *“Cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, quedará a salvo su derecho para que lo ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil.”* Se refiere en este artículo a la partición judicial contenida en el art. 782 LEC que establece que *“cualquier coheredero o legatario de parte alícuota podrá reclamar judicialmente la división de la herencia, siempre que ésta no deba efectuarla un comisario o contador partidario designado por el*

² STS 9 octubre 1962, por ejemplo.

testador, por acuerdo entre los coherederos o por resolución judicial". Rosalía y Lorena en el supuesto de que se encontrasen en la situación descrita en el 1059 CC, podrían instar la solicitud judicial de partición de la herencia.

Además, la partición también puede realizarla un árbitro designador por todos los coherederos. Este tipo de partición está regulada en el art. 10 de la Ley de Arbitraje: *"También será válido e arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia"*.

Para el supuesto por el que existieran otras disposiciones testamentarias distintas de las que fueron declaradas nulas por sentencia firme, instituyendo así a otras personas herederas de la masa hereditaria, por lo que el testamento seguiría siendo válido.

En este caso, nos encontraríamos en una situación de preterición. En concreto, de preterición intencional, ya que es hecha a propósito por el causante. Se da exactamente el concepto de preterición intencional: omisión de los legitimarios en el testamento, sabiendo que existen y que no han recibido nunca nada en concepto de legítima. El efecto lo declara, como principio, el inicio del artículo 814 CC: la preterición de un heredero forzoso (legitimario) no perjudica la legítima.

La preterición se produce por el hecho de no mencionar al legitimario en el testamento. Basta, para que haya preterición, que el heredero forzoso exista como nacido o como concebido al morir el causante.

Rosalía y Lorena interpondrían acción de preterición. Al tratarse de preterición intencional, mediante esta acción lo que se pretende es hacer efectivo el derecho a la legítima por parte de las descendientes. La acción pueden proponerla el legitimario omitido, reclamando que se reduzca la institución de heredero, o los legados, etc.³

2. Segunda cuestión.

B.- A finales de 2004, Nerea vendió a Fulgencio una vivienda propiedad de Roberto en la que habían convivido Roberto y Nerea durante los últimos meses de vida, sita en Ferrol, por un precio de 91.700,00 euros. Comente las vicisitudes de esta compraventa y cómo afectaría a Fulgencio, a Nerea y a las herederas de Roberto.

- Visicitudes de la compraventa – figura del tercero hipotecario.

Para analizar este apartado, partimos primero del art. 609 CC, que establece un elenco de modos de adquisición de la propiedad y de los derechos reales, estableciendo lo siguiente:

³ (Lacruz Berdejo, 2007, págs. 407-408)

“La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción.”

Para la adquisición de la propiedad, en España rige el sistema del título y del modo. Este sistema implica la persistencia de tres elementos: voluntad, entrega y causa.

Este sistema se sustenta fundamentalmente en los artículos 609 y 1095 CC. El art. 609.II establece que *“La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.”* Por su parte, el art. 1095: *“El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada.”*

Por tanto, se necesita la concurrencia de dos requisitos: por un lado, el título o contrato y por otro, el modo o la tradición.

El **título** es la causa de la tradición o entrega. Consiste, tal y como se deriva del artículo 609.II CC en *“ciertos contratos”*. En este caso encontramos el título en el contrato de compraventa.

El contrato de compraventa aparece regulado en el Título IV, Capítulo I del Código Civil. En concreto el artículo 1445 CC establece lo siguiente: *“Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.”*

Los caracteres esenciales del contrato de compraventa son los siguientes: es un contrato consensual, puesto que se perfecciona por el acuerdo de las partes; oneroso, porque existe un sacrificio patrimonial para ambas partes; bilateral o sinalagmático, porque se despliegan obligaciones para ambos contratantes; y conmutativo, ya que al perfeccionarse el contrato, tanto la cosa vendida como su precio están determinados o son determinables.⁴

El artículo 1450 CC: *“La venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato, y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado”*. La perfección del contrato implica el nacimiento de las obligaciones recíprocas entre ambas partes, de este modo, el vendedor está facultado para exigir el pago del precio, y el comprador, la entrega de la cosa.

Para la adquisición del dominio por el comprador se necesita que, además del contrato, concurra la tradición de la cosa vendida (arts 609 y 1095 CC). Es decir, el dominio se adquiere con la conjunción de dos elementos: el contrato traslativo del dominio (compraventa), seguido de la entrega, en cualquiera de sus modalidades.⁵

⁴ (Costas Rodal, 2003, pág. 75)

⁵ (Costas Rodal, 2003, pág. 76)

El consentimiento no necesita de ninguna forma. Si bien el artículo 1280.1º establece que *“Deben constar en documento público: Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles”*, el artículo 1279 dispone que *“los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez.”*

En cuanto a la capacidad para celebrar este contrato, el art. 1457 CC establece la siguiente regla general: *“Podrán celebrar el contrato de compra y venta todas las personas a quienes este Código autoriza para obligarse, salvo las modificaciones contenidas en los artículos siguientes.”* De forma que, todas las personas que son capaces para contraer obligaciones, lo son también para celebrar este contrato. El código establece en su artículo 1459 las únicas prohibiciones respecto a este contrato.

Con respecto al objeto del contrato de compraventa, en este caso cumple también con los requisitos establecidos por la legislación civil: existencia actual o futura, cosa determinada (art. 1445), y ha de tratarse de cosa de lícito comercio (art. 1271 CC). El objeto en el caso es un bien inmueble que cumple con los requisitos.

El **modo** o tradición, por otro lado, se asocia a la entrega de la cosa. La totalidad de la doctrina estima que los artículos 1462 a 1464 CC son los que regulan el modo, la tradición exigida por el artículo 609 CC para que el derecho real se adquiera por contrato.⁶

En este supuesto, como no se especifica nada en cuanto al modo o tradición, entendemos que podría darse de distintas maneras:

Por una parte, la tradición real, que es la forma originaria de la tradición como entrega material de la cosa, así el artículo 1462 CC hace referencia a la misma diciendo *“cuando se ponga en poder y posesión del comprador”*.

Por otra parte, en el segundo apartado de este artículo 1462 CC se establece la siguiente presunción legal: *“Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario.”* Nos referimos en este caso a la conocida como traditio instrumental.

La escritura pública incluye los documentos autorizados por el notario o por funcionario público competente, con las solemnidades requeridas por la ley, según estipula el art. 1216 CC.

En venta de bienes inmuebles como la del caso, en la práctica es muy frecuente que éste sea el momento en el que el comprador se convierte en el real propietario, aunque el documento privado de compraventa ya obligaba al vendedor a la entrega de la cosa.

De esta forma, aunque la cosa no se haya entregado materialmente, o aunque no sea posible la entrega de la posesión, la propiedad se transmite.

⁶ (Bercovitz Álvarez, 2013, págs. 49,50)

Existe un tercer requisito para que la adquisición de los derechos reales, en este caso de la propiedad se consolide: **la titularidad del transmitente**. Para que la transmisión sea eficaz debe concurrir la titularidad y poder de disposición del transmitente respecto del bien o derecho que se pretende transmitir.⁷

En este caso, a finales del año 2004 (fecha de la operación), Nerea (transmitente) no es titular del inmueble que se transmite, ni tampoco tiene poder de disposición sobre el mismo, pues existe sentencia firme dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña por la que se declara nula la institución de heredera a su favor.

Se trata por tanto de una adquisición a non dómimo. En este caso no rige el principio *nemo dat quod non habet*, pues se trata de una adquisición originaria en la que se ha creado una apariencia de derecho en el tráfico, en la que ha confiado un adquirente (Fulgencio). En estos casos hay que elegir entre dos posibles perjudicados: el propietario real o el adquirente.

Para ello el ordenamiento jurídico establece una serie de supuestos por los que se protege al adquirente siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos. Entre las adquisiciones a non dómimo nos encontramos la tutela ofrecida por el artículo 34 de la LH a quien ha confiado en la titularidad que refleja el Registro: la figura del tercero hipotecario.⁸

Fulgencio en este caso se encontraría ante una desprotección a raíz de esta compraventa. Para conservar la propiedad de la vivienda podría invocar el principio de fe pública registral contenido en el artículo 34 LH que se dirige a proteger a los terceros que hubieran adquirido del titular que figuraba como tal en el Registro, manteniéndose a Fulgencio en su adquisición siempre y cuando se cumplan los requisitos.

En jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha establecido que es “precisamente la adquisición a non domino la manifestación característica de la protección de la fe pública registral en favor del tercero hipotecario”⁹, y afirma que en un caso de venta de cosa ajena «el adquirente, si reúne los presupuestos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, será mantenido en su adquisición en todo caso”¹⁰

Para el caso que nos ocupa y con los datos fácticos que se nos proporcionan, Fulgencio no podrá acogerse a esta protección que ofrece el Registro.

En primer lugar, el artículo 34 LH establece que: *“El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.*

⁷ (Bercovitz Álvarez, 2013, pág. 55)

⁸ (Bercovitz Álvarez, 2013, pág. 55)

⁹ STS de 19 de octubre de 1998

¹⁰ STS de 21 de junio de 2000

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente”

A continuación, se procede a explicar los requisitos de protección del tercero hipotecario en relación al caso concreto que se nos plantea.

En primer lugar, la buena fe, que según STS de 19 de julio de 1989, este requisito consiste, en su aspecto positivo, en la creencia, por parte de quien pretende ampararse en la protección registral, de que la persona de quien adquirió la finca de que se trate era dueño de ella y podía transmitirle su dominio, y, en su sentido negativo, en la ignorancia y desconocimiento de inexactitudes o de vicios invalidatarios que puedan afectar a la titularidad del enajenante, por lo que carecen de tal cualidad quienes tienen noticia perfecta de la situación extratabular o de las posibles causas capaces de enervar el título de su transferente.

Además, la buena fe del tercero se presume, tal y como dice el artículo 34 anteriormente transcrito, y debe valorarse en el momento de la adquisición del derecho.¹¹

Según DIEZ PICAZO, la buena fe, sin embargo, requiere el despliegue de una diligencia para cerciorarse de que hay discordancia entre la realidad registral y la extrarregistral.

Para el caso concreto, entendemos que Fulgencio no actúa de buena fe, en base a distintos motivos:

- El primero de ellos, que adquiere una persona que, no es titular registral (Nerea), cuestión que podía haber sido fácilmente comprobada por Fulgencio. Los libros del Registro de la Propiedad son de carácter público y los terceros tienen la posibilidad de conocer lo que en ellos se publica siempre que acrediten un interés (art. 221 LH).

Las vías a las que podría haber acudido Fulgencio para conocer la historia registral del inmueble que adquiriría, ya no sólo para comprobar la titularidad del mismo, sino para informarse sobre las cargas y gravámenes posibles que podían existir sobre él, serían: la exhibición de los libros del Registro (art.222 LH, 332.1 RH); la nota informativa simple de alguna circunstancia (art. 332.5 RH); y la certificación registral o extracto del Registro, con valor de documento público, que el interesado en averiguar el estado del inmueble podrán solicitar al Registrador de la Propiedad (art. 223 a 237 LH).¹²

- y en segundo lugar, que existe sentencia firme dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña declarando nula la institución de heredera del tradens de la operación del mes de septiembre del año 2004, mismo año en el que se efectúa la compraventa de la vivienda.

¹¹ STS 5 de diciembre de 2002

¹² (López Fernández, 2013, págs. 137,138)

El siguiente requisito que emana del artículo 34 LH es que el negocio jurídico sea válido y de carácter oneroso.

El negocio jurídico debe ser válido en el sentido de que su único vicio ha de ser la falta de titularidad o facultades dispositivas del transmitente.¹³

Ya han sido analizadas anteriormente las visicitudes de la compraventa del inmueble.

La adquisición de titular inscrito: el tercero debe adquirir la propiedad o el derecho real limitado de persona que figure como titular en el Registro en el momento en el que se adquiere, sin que consten en el folio de la finca las circunstancias jurídicas que afecten o puedan afectar a la titularidad de ese transmitente.¹⁴

Si tenemos en cuenta que nuestro sistema registral se vertebra sobre el principio del folio real que se abre a cada finca, y que en él han de constar las cargas y gravámenes que le afecten (art. 13 LH), es consecuencia necesaria que al adquirente le pueden afectar únicamente los asientos vigentes del folio.¹⁵

Es otro requisito que para el caso concreto, no se cumple, ya que Nerea no es titular registral y no nos revela el caso ningún dato para considerar que Nerea utilice su condición de heredera para poner el inmueble a su nombre en el Registro de la Propiedad, de hecho, ya existe cuando le transmite la propiedad a Fulgencio una sentencia firme que declara nula su condición de heredera.

La inscripción de la adquisición por parte de tercero: este requisito se justifica por razones de coherencia. No puede protegerse la confianza que el tercero deposita en el Registro, si éste no efectúa su inscripción.¹⁶ Entendemos que como no se aportan datos en cuanto a esto, Fulgencio no ha inscrito en el Registro de la Propiedad.

Por todo esto, Fulgencio, como se afirmaba anteriormente, no goza de la protección otorgada por el Registro en base al principio de fe pública registral. No es por tanto, tercero hipotecario.

- Acción de Rosalía y Lorena.¹⁷

Rosalía y Lorena (legítimas herederas) interpondrían acción reivindicatoria contra Fulgencio.

La acción reivindicatoria es una acción de naturaleza real, que es definida como la acción de que dispone el propietario no poseedor frente al poseedor no propietario para obtener la restitución de la cosa. El art. 348 CC alude a la acción reivindicatoria como

¹³ SSTS 15 de diciembre de 2009 y 23 de abril de 2010.

¹⁴ STS 18 de febrero de 2009

¹⁵ (Díez-Picazo & Gullón, 2012, pág. 287)

¹⁶ STS 21 de junio de 2011

¹⁷ A partir de: (Ordás Alonso, 2013, págs. 183-185)

una de las facultades del propietario: “*el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla*”.

La legitimación activa corresponde a Rosalía y Lorena ya que ostentan el título legítimo de dominio, que coincide con el primer requisito para interponer esta acción. Hay que puntualizar que ni los testamentos ni las declaraciones de herederos bastan por sí solas, ni la partición (aún aprobada judicialmente), puesto que hay que probar la pertenencia al causante del bien adjudicado.

Cuando se trata de reivindicar una cosa por unos herederos no es bastante para justificar su dominio la presentación de testamento en que han sido llamados a la herencia, o, en su caso, el auto de declaración de herederos abintestato, sino también se precisa la correspondiente partición o adjudicación. En el caso de que la herencia esté indivisa, la cuestión varía: Cada uno de los coherederos puede ejercitar acciones pertinentes en beneficio de esa comunidad hereditaria, y para ello tendría que probar no solo su cualidad de herederos, sino también los títulos adquisitivos de su causante, cuya personalidad continúan.¹⁸

La carga de la prueba recae en el reivindicante, y al demandado le basta con destruir la prueba de que dueño es otro, sin que tenga que demostrar que él es el propietario. Cualquier medio de prueba es válido, aunque las certificaciones del Catastro, o el pago de impuestos sobre el bien reivindicado son meros indicios o principios de prueba y no bastan por sí solos.

La legitimación pasiva corresponde al actual poseedor no propietario, Fulgencio en este caso. En este tipo de acciones hay que tener en cuenta los supuestos de irreivindicabilidad, pero como ya ha sido analizado anteriormente, Fulgencio no ostenta la calidad de tercero hipotecario.

Un segundo requisito es la posesión del demandado, que debe ser actual e indebida. En el caso la posesión de Fulgencio es actual, por un lado, y también indebida en el sentido de que posee sin título que justifique su posesión.

El tercero de los requisitos es la identificación de la cosa reclamada: se debe reclamar una cosa concreta y determinada, la cosa debe estar identificada plenamente. En el caso de que se trate de fincas, como es el caso, deben expresarse exactamente sus linderos, extensión y características que la identifican.

Como consecuencia de esta acción, Rosalía y Lorena recuperarían el inmueble detentado por Fulgencio. En su caso, se impondría la liquidación del estado posesorio conforme a los arts. 451 y ss. CC.

El plazo de prescripción de esta acción es, para el caso de bienes inmuebles, de 30 años desde el día que puso promoverse por el dueño desposeído (art. 1963 CC).

¹⁸ (Díez-Picazo & Gullón, La protección jurídica de la propiedad, 2012, págs. 179-180)

- Defensa de Fulgencio.

Si el comprador, Fulgencio, perdiese la cosa por el ejercicio de la acción reivindicatoria interpuesta por Rosalía y Lorena, podrá accionar la evicción contra Nerea (vendedora), reparándose así los perjuicios que haya sufrido.

En cambio, si no se ejercitase esta acción reivindicatoria (dicha acción interrumpiría el plazo de prescripción adquisitiva), Fulgencio podría alegar usucapión, adquiriendo el dominio de la vivienda. Todo ello suponiendo que hasta día de hoy no se produce ninguna actuación por parte de Rosalía y Lorena, interrumpiendo el plazo de prescripción, lo que sería muy poco probable en la realidad y por lo cual podemos entender que esta alegación por parte de Fulgencio tendría muy pocas posibilidades de éxito. Además, si se analizan los requisitos necesarios para la prescripción adquisitiva, podemos observar que no los cumpliría al completo.

Según BERCOVITZ la usucapión “consiste en la adquisición del dominio u otro derecho real susceptible de posesión, merced al mantenimiento de una situación posesoria en concepto de dueño durante un determinado plazo de tiempo, y de acuerdo con el resto de condiciones fijadas por la ley”

La usucapión es un modo originario de adquisición de la propiedad y de los demás derechos reales, ya que si estos se adquieren por usucapión es precisamente porque no habían sido adquiridos derivativamente, mediante tradición y a partir de la persona que antes los tenía y los podía transmitir, sino a partir de un non dómino, quien lógicamente no podía transferir a otro el derecho del que no era titular.

Para los bienes inmuebles, los plazos están establecidos en los artículos 1957 y 1959 CC y son 10 o 20 años para la usucapión ordinaria y 30 para la extraordinaria. La oscilación del plazo depende de si se computa entre presentes o entre ausentes.

Después de todo lo analizado anteriormente, a finales de 2004 entendemos que Fulgencio comienza a poseer la vivienda que le transmite Nerea, por lo que a día de hoy (febrero de 2016) Fulgencio llevaría poseyendo el inmueble 10 años y 2 meses aproximadamente, por lo que tendría que hacer valer los requisitos necesarios para la usucapión ordinaria.

Para adquirir la propiedad del inmueble y que se consolide la prescripción adquisitiva deben reunirse una serie de requisitos, además de los generales de usucapión que más adelante se enumerarán.

Estos requisitos adicionales son justo título y buena fe, ambos exigibles para la usucapión de bienes inmuebles.

En cuanto al justo título, se refiere a que la usucapión debe estar basada en un título o negocio de adquisición, el cual resulta ineficaz por el inconveniente que la usucapión está llamada a subsanar: la falta de titularidad del transmitente.

El título, en este caso, el contrato de compraventa, debe reunir tres requisitos: ser título justo, verdadero y válido.

- Justo: “Entiéndese por justo título el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate”, según el art. 1952 CC, pero en el caso concreto no ha producido la transmisión por existir un vicio en la facultad de disponer del transmitente. En virtud del art. 1954, se establece que a efectos de la usucapión, el justo título debe probarse y no se presume.
- Verdadero y válido (art. 1953 CC): verdadero, es aquel que está dotado de existencia objetiva, y por tanto, que no es simulado. Válido, lo que implica que está exento de vicios en sus elementos esenciales (consentimiento, objeto, causa, y en su caso, forma).

En cuanto a este primer requisito podríamos considerarlo cumplido en función de los datos que aporta el caso, pero, existe otro requisito indispensable que hay que valorar: la buena fe. Buena fe que consiste en la creencia por parte del usucapiente de que la persona de quien recibió el derecho era el titular del mismo y podía transmitirlo, hay que recordar que la buena fe se presume y es el perjudicado por la usucapión (en este caso Rosalía y Lorena) quien tiene la carga de la prueba. Ante esto, cabe remitirse a lo alegado y explicado anteriormente en el requisito de la buena fe del tercero hipotecario, puntualizando que la buena fe no es un mero estado de ignorancia, sino que se valorará si acaso el poseedor fue negligente al desconocer un dato que razonablemente debería haber conocido.¹⁹

Según este razonamiento, la alegación de usucapión ordinaria por parte de Fulgencio no prosperaría, puesto que falla el requisito de la buena fe.

En cuanto a los requisitos generales de la usucapión, contenidos en los arts. 1941 a 1959 CC. Según el art. 1941 CC, “*La posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida.*”

Hay que puntualizar en este sentido que en el caso de que Rosalía y Lorena interpusiesen cualquier acción contra Fulgencio por ser el poseedor del bien inmueble, se interrumpiría el plazo de prescripción, lo que es muy probable en la realidad, tal y como se explica a lo largo de la pregunta.

Para entender cómo afectaría a Nerea es necesario explicar la evicción y sus consecuencias en este caso.

En este caso entendemos que hay privación de la cosa al comprador de la vivienda (Fulgencio) por sentencia firme derivada de la acción reivindicatoria interpuesta por Rosalía y Lorena.

Nerea, vendedora, según el artículo 1461, no sólo está obligado a la entrega de la cosa vendida al comprador, sino a su saneamiento. Debe responder, según el art. 1474: “*1º: De la posesión legal y pacífica de aquella cosa. 2º: De los vicios o defectos ocultos que tuviere.*”

¹⁹ (Sánchez Aristi, 2012)

En virtud del art. 1475 “*Tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada.*”

El saneamiento no podrá exigirse hasta que haya recaído sentencia firme, por la que se condene al comprador a la pérdida de la cosa adquirida o de parte de la misma. (art. 1480 CC).

La privación ha de ser en todo o en parte de la cosa y en virtud de un derecho anterior a la compra (la acción reivindicatoria interpuesta por Rosalía y Lorena) y debe de afectar a su derecho de dominio. El comprador tiene derecho a exigir al vendedor el cumplimiento de la obligación de garantizarle la “posesión legal” de la cosa que le entregó, lo que obligará a este a recuperarla del tercero y a indemnizar los daños y perjuicios. Pero no podrá pedir la resolución del contrato porque no hay un obstáculo que de modo definitivo impida el cumplimiento frustrando su interés.

El art. 1481 CC establece que es un requisito indispensable para que el comprador pueda proceder por evicción frente al vendedor que a éste se le haya notificado la demanda. Dicha notificación debe ser pedida por el comprador demandado al órgano judicial dentro del periodo que señale para contestar a la demanda (art. 1482), con lo que se abre la posibilidad de que el primero intervenga en el proceso, adquiriendo la condición de parte procesal si en él comparece. El vendedor no está obligado a personarse en el procedimiento, la única consecuencia que el vendedor puede tener la demanda de evicción es venir obligado a sanear a tenor de lo dispuesto en el art. 1475 CC²⁰. Ante la situación de que el vendedor haya sido notificado y se haya negado a participar en el pleito, podría allanarse a las pretensiones del tercero, sin perder su derecho al saneamiento por evicción.²¹

El contenido de la obligación del vendedor aparece reflejado en el artículo 1478 CC, que fija las consecuencias legales de la responsabilidad por evicción en el derecho del comprador a exigir del vendedor:

1.º La restitución del precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, ya sea mayor o menor que el de la venta.

2.º Los frutos o rendimientos, si se le hubiere condenado a entregarlos al que le haya vencido en juicio.

3.º Las costas del pleito que haya motivado la evicción y, en su caso, las del seguido con el vendedor para el saneamiento.

4.º Los gastos del contrato, si los hubiese pagado el comprador.

5.º Los daños e intereses y los gastos voluntarios o de puro recreo u ornato, si se vendió de mala fe.

²⁰ STS de 5 de mayo de 1997

²¹ (Díez-Picazo & Gullón, El contrato de compraventa (continuación), 2012, págs. 43-46)

Por tanto, ante una sentencia estimatoria de la demanda de evicción, Nerea respondería ante Fulgencio cumpliendo su obligación como vendedora de saneamiento por evicción.

3. Tercera cuestión.

C.- Considerando las actuaciones que ha venido desarrollando Nerea tras el fallecimiento de Roberto. ¿Podrían enmarcarse estas dentro de algún ilícito penal? ¿Qué acciones podrían emprender Rosalía y Lorena?

- ¿Podrían enmarcarse estas dentro de algún ilícito penal?

Tras analizar el comportamiento llevado a cabo por Nerea, podemos determinar que éste se puede enmarcar en el delito continuado de estafa, contenido en los artículos 248 a 251 del Código Penal, en su redacción recogida en la L.O. 10/1995, vigente en la época en la que ocurrieron los hechos.

El delito de estafa es el delito defraudatorio por excelencia, se caracteriza por tener cuatro elementos básicos que se irán desarrollando posteriormente y relacionándolos con el caso concreto, y son: engaño, error, acto de disposición y perjuicio patrimonial, además de la necesaria presencia del ánimo de lucro.²²

El artículo 248.1 CP establece que: “1. Cometan estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.”

En todo caso, es imprescindible que existe una relación de causalidad entre estos elementos, es decir: el sujeto activo ha de idear un engaño bastante para causar un error en la víctima, y este error ha de inducir a la víctima a realizar un acto de disposición que le cause un perjuicio patrimonial.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo²³ se han establecido como elementos configuradores del delito de estafa los siguientes:

1º) Un engaño precedente o concurrente, espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa, fruto del ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno.

2º) Dicho engaño ha de ser «bastante», es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en

²² (Vives Antón & González Cussac, 2008, pág. 410)

²³ STS num. 1375/2005 de 24 noviembre, STS num. 1035/2009 de 17 octubre

función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado, el doble módulo objetivo y subjetivo desempeñarán su función determinante.

3º) Originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad, por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial.

4º) Acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, será producto de una actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado y, en definitiva, del engaño desencadenante de los diversos estadios del tipo; acto de disposición fundamental en la estructura típica de la estafa que ensambla o cohesionada la actividad engañosa y el perjuicio irrogado, y que ha de ser entendido, genéricamente, como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial en sí misma o en un tercero, no siendo necesario que concurren en una misma persona la condición de engañado y de perjudicado.

5º) Animo de lucro como elemento subjetivo del injusto, exigido hoy de manera explícita por el artículo 248 del Código Penal, entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio típico ocasionado, eliminándose, pues, la incriminación a título de imprudencia.

6º) Nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el «dolo subsequens», es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate; aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado, y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa.

Estos requisitos están presentes en el caso que se propone. Pues bien, utilizando un poder notarial de persona fallecida y ocultando el hecho del fallecimiento del poderdante, Nerea acude a la sucursal bancaria Caixagalicia, sita en la Avenida de la Paz de Ferrol, pocas horas después del fallecimiento de Roberto, para retirar de un fondo del que éste era titular, la cantidad de 49371,00 euros y los ingresa en una cuenta a su nombre. Nerea lleva a cabo la misma operación el 6 de julio de 2000 en una sucursal del BBVA por importe de 83821,46 €, ingresándolos en una cuenta también a su nombre. Acude igualmente y con el mismo objetivo a otra tercera sucursal del Banco Popular, donde se niegan a entregarle el dinero porque son conocedores del fallecimiento de Roberto.

Además, realiza 5 reintegros en cajeros de La Caixa por importe de 30.000 euros cada uno de una cuenta que poseía el fallecido en la sucursal, ya que éste le había proporcionado su clave secreta.

El poder notarial se extingue con la muerte del poderdante, así, el artículo 1732 CC establece que el mandato se extingue con la muerte del mandatario, por lo que Nerea no podría haberlo utilizado para realizar todas estas operaciones que se narran en los hechos ya que carece de validez. Además, ocultó al personal de las entidades financieras el hecho del fallecimiento de Roberto, todo ello actuando con extrema rapidez, acudiendo a las sucursales horas después del fallecimiento y no utilizando el testamento que le instituía como heredera única y universal para hacer valer su derecho, sino que utiliza el poder notarial que le había otorgado Roberto a su favor, evitando así la espera a la liquidación de la herencia y teniendo inmediato acceso a las cuentas del fallecido.

El uso de este poder provocó un engaño bastante en los empleados de las sucursales bancarias que permitieron que Nerea extrajera las cantidades que se indican en los hechos y las ingresará posteriormente en cuentas a su nombre, provocando el consiguiente desplazamiento patrimonial en favor de Nerea, con el evidente ánimo de lucro que, tal y como establece la SAP Zaragoza num. 353/1995 de 21 julio, se materializa con el ingreso de estas cantidades en cuentas a su nombre, apreciando de este modo todos los elementos del tipo anteriormente descritos.

Por otro lado, podemos considerar el delito de estafa como continuado, ya que no se trata de una acción única sino que llega a acudir a dos sucursales más en las que utiliza el poder notarial. En este sentido, el artículo 74 del CP (L.O. 1995) establece que *“en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.”*

Además, se aplicará el artículo 250 CP que contempla los tipos agravados del delito de estafa, en su apartado 5º ya que el valor de la defraudación supera los 50.000 euros, siendo castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses.

Ante esta situación, Nerea se encontraría acusada de un delito continuado de estafa, en su modalidad agravada. Para defender su posición, podría sostener en primer lugar, que no existió engaño, y que por tanto, no puede resultar de aplicación el delito de estafa contenido en el art. 248 CP. Pues bien, al encontrarse en la creencia de que el dinero era suyo en virtud de su condición de heredera universal y única del causante, y sin ánimo ninguno de ocultación, basándose en que abrió cuentas a su nombre en los mismos bancos y en los mismos momentos en los que extrajo el dinero de las cuentas del fallecido Roberto. En el momento en el que extrajo estas cantidades, Nerea tenía la creencia de que era legítima heredera y el dinero que extrajo de las cuentas le pertenecía ya que no es hasta septiembre de 2004 cuando se declara nula la institución de heredera a su favor. Por lo cual, hasta esta fecha el ordenamiento jurídico ampararía las actuaciones de Nerea, ya que el art. 659 del CC dispone que *“La herencia comprende todos los bienes, derechos y*

obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte”, y que los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte (art. 657 CC).

Además, el engaño debe presentar un nexo causal con el desplazamiento patrimonial que el sujeto pasivo realiza, lesionándose a sí mismo o a un tercero, en virtud del error que ha creado el autor. Nerea ocultó el hecho del fallecimiento, pero hay que tener en cuenta también que en ese momento Nerea creía que el patrimonio era suyo, de tal forma que desde esta perspectiva no sería posible subsumirlo en el delito de estafa.

Por otra parte, esta creencia de ser única y universal heredera y de que lo que estaba disponiendo le pertenecía junto con el hecho de que en virtud de las disposiciones testamentarias Nerea era heredera única y universal y por tanto no existían otros herederos partícipes, Nerea no tendría por qué tener ánimo doloso, lo que lleva a valorar la posible alegación de error de tipo.

La STS 258/2006, de 8 de marzo, declara que *“el dolo, en su elemento intelectual, supone la representación o conocimiento del hecho, que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento del resultado de la acción. En consecuencia, el conocimiento equivocado o juicio falso, concepto positivo, que designamos como error y la falta de conocimiento, concepto negativo, que se denomina ignorancia y que a aquél conduce, incidirán sobre la culpabilidad, habiéndose en la doctrina mayoritaria distinguido tradicionalmente entre error de hecho (error facti) que podría coincidir con el error de tipo, y error de Derecho (error iuris) que correspondería a la ignorancia, o propio error de derecho.”*

El artículo 14 CP establece que:

“1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.”

Se refiere en los dos primeros apartados al error del tipo, que supone el conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo, con distinta relevancia según sea sobre los elementos esenciales del tipo (1), y a su vez vencible o invencible, o sobre circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven (2). El último apartado se refiere al error de prohibición, que es la falta de conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, en la que se distingue entre el error sobre la norma prohibitiva (error de prohibición directo) y un error sobre la causa de justificación (error de prohibición indirecto).

Esa creencia de Nerea de ser la única y universal heredera y estar disponiendo de su patrimonio, lleva a analizar el error en los términos del art. 14.1 CP. En estos casos el autor cree equivocadamente que no concurren en su conducta alguno de los elementos del tipo de acción, pero en verdad si ocurren.²⁴, relacionamos los hechos con un error de tipo invencible en el sentido de que el Derecho no le puede exigir que tuviera un conocimiento exacto de la realidad, ya que en ése momento creía que estaba realizando operaciones con su propio patrimonio debido a su cualidad de heredera universal.

El Tribunal Supremo ha destacado en su jurisprudencia la dificultad en determinar la existencia de error, por “pertener al íntimo de la conciencia de cada individuo, sin que baste su mera alegación, sino que deberá probarse, tanto en su existencia como en su vertiente de invencible.”

Por otro lado, Nerea podría ser autora de un delito de insolvencia punible por alzamiento de bienes. Este delito aparece regulado en el artículo 258 Código Penal aprobado por la LO 10/1995 y establece lo siguiente: “*El responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo, realizare actos de disposición o contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.*”²⁵

Reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tratado la insolvencia punible por alzamiento de bienes²⁶. En la actualidad alzamiento de bienes equivale a la sustracción u ocultación que el deudor hace de todo o parte de su activo de modo que el acreedor encuentra dificultades para hallar algún elemento patrimonial con el que poder cobrarse.

Ocultación o sustracción, en la que caben diversas modalidades: puede apartarse físicamente algún bien para que el acreedor ignore donde se encuentra, o a través de algún negocio jurídico en el que se enajena alguna cosa en favor de otra persona, generalmente parientes o amigos, o se constituye un gravamen que impide o dificulta la posibilidad de realización ejecutiva, bien sea tal negocio real, porque efectivamente suponga una transmisión o gravamen verdaderos pero fraudulentos, como sucede en las donaciones de padres a hijos, bien se trate de negocios ficticios que, no disminuye en verdad el patrimonio del deudor, pero impide la ejecución del crédito porque aparece un tercero como titular del dominio o de un derecho real (según jurisprudencia del TS antes citada).

En el caso los hechos nos revelan como Nerea, a partir del año 2001 comienza a deshacerse progresivamente de su patrimonio: primero, realizando inversiones por las cuales cobre un cheque nominativo en 2005 por importe de 113.148,17 que ingresa en una cuenta titularidad de su hija; segundo, en el año 2003 Nerea adquiere el usufructo de una vivienda, cuya nuda propiedad corresponde a su hija y su yerno, pero curiosamente es ella quien paga íntegramente el importe de la operación utilizando dinero procedente de la masa hereditaria de Roberto; y tercero, en 2008 llega hasta el punto de renunciar al

²⁴ (Orts Berenguer, 2008, págs. 167-168)

²⁵ (Vives Antón & González Cussac, Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (IX): Insolvencias punibles., 2008, pág. 453)

²⁶ STS de 24 de febrero de 2002, 24 de noviembre de 2005, de 21 de octubre de 1998, de 23 de septiembre de 1998

usufructo sobre esta vivienda, declarándose así insolvente y sin patrimonio alguno con el que hacer frente a las deudas contraídas.

La Sentencia de 15 de octubre de 2003 resume la doctrina del Tribunal Supremo sobre el concepto y elementos de este delito: tal como entiende la doctrina, el alzamiento de bienes consiste en una actuación sobre los propios bienes destinada, mediante su ocultación, a mostrarse real o aparentemente insolvente, parcial o totalmente, frente a todos o frente a parte de los acreedores, con el propósito directo de frustrar los créditos que hubieran podido satisfacerse sobre dichos bienes.

Los elementos de este delito son:

1º) existencia previa de crédito contra el sujeto activo del delito, que pueden ser vencidos, líquidos y exigibles, pero también es frecuente que el defraudador se adelante en conseguir una situación de insolvencia ante la conocida inminencia de que los créditos lleguen a su vencimiento, liquidez o exigibilidad, porque nada impide que, ante la perspectiva de una deuda, ya nacido pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes.

2º) un elemento dinámico que consiste en, una destrucción u ocultación real o ficticia de sus activos por el acreedor.

3º) resultado de insolvencia o disminución del patrimonio del delito que imposibilita o dificulta a los acreedores el cobro de lo que les es debido.

4º) un elemento tendencial o ánimo específico en el agente de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores de cobrar sus créditos, o ánimo de perjudicar a sus acreedores.²⁷.

Basta para su comisión que el sujeto activo haga desaparecer de su patrimonio uno o varios bienes dificultando con ello seriamente la efectividad del derecho de los acreedores, y que actúe precisamente con esa finalidad. No se cometerá el delito si se acredita la existencia de otros bienes con los que el deudor acusado pueda hacer frente a sus deudas²⁸.

En resumen, la STS núm. 668/96 de 8 de octubre, explica así los elementos de este delito: el tipo delictivo se compone de dos elementos esenciales, uno objetivo y otro subjetivo. El requisito objetivo que exige el tipo lo constituye la existencia de uno o varios créditos reales y exigibles en su día, de los que sea deudor el acusado del delito, sin la necesidad de que esos créditos estén vencidos o fueran líquidos en el momento del alzamiento, de ahí que digamos «exigibles en su día», ya que es precisamente el temor a que llegue el momento del cumplimiento de la deuda lo que induce al deudor a evitarlo con la necesaria anticipación, deshaciéndose de todos sus bienes o parte de ellos para así caer en insolvencia total o parcial e impedir a los acreedores o dificultarles el cobro de lo debido. El elemento subjetivo consiste en la intencionalidad del agente comisor de «alzarse» con sus bienes en perjuicio de su acreedor o acreedores, utilizando para ello el mecanismo de desaparición simulada o aparente del patrimonio que sirve de garantía al crédito, esto es,

²⁷ SSTS de 28 de septiembre, 26 de diciembre de 2000, 31 de enero y 16 de mayo de 2001.

²⁸ STS núm. 129/2003, de 31 de enero

el ánimo de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores. Esa intencionalidad directa (no cabe la comisión por imprudencia) ha de inferirse necesariamente de los actos realizados por el deudor en orden a provocar su insolvencia, que normalmente consisten en la transmisión de los bienes a familiares, amigos o personas de su confianza que ya saben de antemano lo ficticio o irreal de esa transmisión.

En el presente caso se cumplen los requisitos exigidos para calificar los hechos como un delito de alzamiento de bienes: en primer lugar, por la actuación llevada a cabo por Nerea en 2005 por la que ingresa una suma de dinero procedente de inversiones realizadas a partir de dinero procedente de la masa hereditaria en una cuenta a nombre de su hija; y en segundo lugar, el 12 de octubre de 2008 renuncia al usufructo vitalicio sobre la vivienda que se comentaba anteriormente. En ambas fechas Nerea ya conocía que la institución de heredera había sido declarada nula por sentencia firme de la Audiencia Provincial de A Coruña en el año 2004, ya que previamente había recurrido la sentencia del Juzgado de lo Penal num.1 de Ferrol (16 de octubre de 2001) que contenía el mismo fallo, y por tanto, debía reintegrar el patrimonio del que había dispuesto a la masa hereditaria. Al observar estas fechas, podemos entender la extraña operación que lleva a cabo Nerea adquiriendo el usufructo en 2003 de una vivienda cuya nuda propiedad la ostentan su hija y su yerno, pero que curiosamente ella abona el precio de la compraventa con dinero procedente de la masa hereditaria.

Se observa por tanto, una clara intención de eliminar su patrimonio en perjuicio de tercero, intención que culmina con la renuncia en 2008 al usufructo de la vivienda que utiliza.

- Acciones que pueden ejercitar Rosalía y Lorena:²⁹

En relación con todo lo dispuesto anteriormente, Rosalía y Lorena tendrán la facultad de iniciar un procedimiento penal contra Nerea interponiendo denuncia o querrela.

Según GIMENO SENDRA, la denuncia es una declaración de conocimiento y, en su caso, voluntad, por la que se transmite a un órgano judicial, Ministerio Fiscal o Autoridad con funciones de policía judicial la noticia de un hecho constitutivo de delito.

Existen varios órganos ante los que se puede interponer la denuncia, son:

- Policía judicial: es el supuesto más frecuente. Puede presentarse ante cualquiera de los funcionarios que integran los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado (art. 11 L.O. 2/1986).
- Ministerio Fiscal: arts. 259, 262 y 773.2 LECrim.
- Autoridad Judicial: ante cualquier Juzgado, sea éste competente o no.

En cuanto a la forma, la denuncia no requiere ningún requisito especial más que la transmisión de la información acerca de la comisión del hecho delictivo de un lado, y de la identificación y ratificación del denunciante, de otro. La LECrim es totalmente antiformalista. La denuncia puede ser verbal o escrita, personal o por medio de mandatario con poder especial (art. 265 de la LECrim.)

²⁹ A partir de: (Gimeno Sendra, 2015, págs. 215,220) (Asencio Mellado, 2015, págs. 129-133)

La otra opción sería la de interponer querrela. La querrela es un acto de iniciación del proceso penal mediante el cual una persona, ofendida o no por el delito, manifiesta ante la Autoridad Judicial su voluntad de mostrarse parte en la persecución de un delito a cuyo efecto solicita su investigación. A diferencia de la denuncia, la querrela constituye un acto de ejercicio de la acción penal, mediante el cual el querellante asume la condición de parte en el procedimiento. De este modo, Rosalía y Lorena se posicionarían en el proceso como acusación particular, siendo las personas ofendidas por el hecho delictivo, ambas ostentan capacidad y legitimación.

La querrela, según lo que establece el art. 277 LECrim. *“se presentará siempre por medio de Procurador con poder bastante y suscrita por Letrado.”* Y además, se exigirá *“La firma del querellante o la de otra persona a su ruego si no supiere o no pudiere firmar, cuando el Procurador no tuviere poder especial para formular la querrela.”*

La querrela se interpondrá ante el Juez de Instrucción competente (art. 272 LECrim), que en este caso sería el Juzgado de Instrucción de Ferrol.

En cuanto a los requisitos de forma, resulta relevante que en el caso de la querrela a diferencia de la denuncia, siempre debe plantearse por escrito. Los demás requisitos necesarios se recogen en el artículo 277 LECrim.

4. Cuarta cuestión:

Investigando sobre la firma del testamento inicial, se descubre que el Notario en el momento de formalizar el testamento de Roberto, conoce fehacientemente que no tiene la capacidad requerida para otorgarlo, a causa de su enfermedad, así como la inexistencia de sentencia firme acerca del trato vejatorio sufrido por el causante. A pesar de ello, da fe pública de dicho documento impulsado por la promesa de recibir un pago en el momento en el que Nerea reciba la masa hereditaria. Califique jurídicamente estos hechos y los efectos que tienen sobre la validez del documento.

- Consecuencias en la validez del documento.

En primer lugar, hay que hacer referencia a las consecuencias que tienen estos nuevos hechos a la validez del testamento. En este sentido, los arts. 663 y 665 CC establecen la regulación de la capacidad para testar.

El art. 663 CC establece que: *“Están incapacitados para testar:*

1. ° Los menores de catorce años de uno y otro sexo.

2. ° El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.”

Por lo tanto, son requisitos necesarios y suficientes para otorgar testamento: ser mayor de catorce años y hallarse en su cabal juicio. Estos requisitos deben ser apreciados por el notario en todos los testamentos en los que intervenga, de este modo el art. 685 CC dispone *“El Notario deberá conocer al testador, y si no lo conociese se identificará su*

persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo Notario, o mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas. También deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar.” Y además, el art. 696 CC también establece que *“El Notario dará fe de conocer al testador o de haberlo identificado debidamente y, en su defecto, efectuará la declaración prevista en el artículo 686. También hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.”*

En cuanto al requisito del cabal juicio, el Tribunal Supremo ha manifestado que éste debe exigirse, única y exclusivamente en el momento del otorgamiento. Según jurisprudencia de este mismo tribunal, el cabal juicio no debe entenderse como un sinónimo de “absoluta integridad”, sino más bien en el sentido de que “concurran en una persona las circunstancias y condiciones que normalmente se estiman como expresivas de la aptitud mental”³⁰.

Por tanto, con los nuevos hechos que se aportan, Roberto no cumpliría con los requisitos necesarios que exige la legislación civil para testar, de lo que se derivarían las oportunas consecuencias que se comentan a continuación.

La sanción civil aplicable a los testamentos otorgados por personas incapaces de testar es de conformidad con la mayor parte de la doctrina, la nulidad de pleno Derecho³¹

Según Bercovitz, son necesarios cuatro presupuestos para que un testamento adquiera eficacia:

- Que se haya producido la muerte del testador
- Que el testamento se haya presentado.
- Que el testamento sea válido (que no incurra en motivos de nulidad)
- Que el testamento esté vigente (que no haya caducado o haya sido revocado)

Atendiendo al tercero de los requisitos, si acudimos a la doctrina general, podemos caracterizar el testamento válido como aquel que está otorgado por persona legitimada para ello, en el que están presentes todos sus elementos esenciales carentes de vicios, y cuyo contenido, además, no es contrario a las normas imperativas, a la moral y al orden público que se derivan del art. 1255 CC. En caso contrario, el testamento será inválido, y en definitiva, ineficaz.

La invalidez del testamento, dará lugar a la aplicación del régimen de la nulidad, que puede ser total (cuando afecta a todo el negocio jurídico) o parcial (afecta sólo a algunas disposiciones). La consecuencia de la nulidad total, sería la ineficacia completa del negocio, mientras que la nulidad parcial supondría la ineficacia restringida a una o varias de sus cláusulas.

³⁰ STS 27 de noviembre de 1995

³¹ (Peña López, 2012, pág. 129)

El artículo 743 CC establece un principio de interpretación restrictiva de las causas o motivos que producen la nulidad del testamento, explicitando que las disposiciones testamentarias sólo serán ineficaces, en todo o en parte, «*en los casos expresamente prevenidos en este Código*». En aplicación de este principio restrictivo, reconocido por la jurisprudencia³², suele enumerarse, entre otras, la falta de capacidad del testador (art. 663 CC) como causa que determina la nulidad del testamento.

La sanción de nulidad parcial es aplicable cuando la causa de nulidad repercute sólo en una o varias de sus disposiciones que no impiden el mantenimiento del resto del negocio³³. Por el contrario, no se puede declarar la nulidad parcial si la causa afecta a la totalidad del testamento o a una parte esencial del mismo. Así las cosas, la falta de capacidad del testador, los vicios de la voluntad testamentaria y el incumplimiento de las formalidades previstas, al influir en uno de los elementos esenciales del testamento y, por consiguiente, en todo el negocio jurídico, darán lugar a la nulidad total.³⁴

Es la sentencia la que determina la nulidad del negocio jurídico, y cabe la apreciación de oficio por parte del Tribunal encargado de enjuiciar el testamento o las disposiciones testamentarias nulas, siempre dentro del respeto de la regla constitucional que prohíbe la indefensión³⁵.

- Responsabilidad del notario.

De los deberes de notario antes comentados con relación al testamento, se derivan unas responsabilidades por el incumplimiento de dichos deberes. En este caso, el testamento que había otorgado Roberto tenía la condición de testamento abierto notarial por lo que se aplicará el artículo 705 CC que establece lo siguiente:

“Declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el Notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia, o de negligencia o ignorancia inexcusables.” Por lo tanto, el notario deberá responder por daños y perjuicios en el ámbito civil.

Por otro lado, el notario va a tener responsabilidades penales derivadas de sus actos. El hecho de conocer fehacientemente que Roberto no tenía la capacidad suficiente para testar y tener conocimiento de la inexistencia de sentencia firme acerca del trato vejatorio y aun así, dar fe pública del testamento, todo ello impulsado por la promesa de recibir un pago en el momento en el que Nerea recibiese la masa hereditaria, podría subsumirse dentro de los siguientes delitos.

En primer lugar, cohecho pasivo propio, contenido en los artículos 419, 420 y 421 CP aprobado por L.O. 10/1995.

³² STS 12 de noviembre de 1964

³³ SSTS 12 de noviembre de 1964 y 3 de octubre de 1979

³⁴ (Peña López, 2012, págs. 161-165)

³⁵ STS 14 de octubre de 1997

El bien jurídico protegido en los delitos de cohecho es, en términos del Tribunal Supremo, la protección de la imagen del Estado de derecho, en el sentido de preservar la confianza pública en que los funcionarios públicos ejerzan sus funciones sometidos al imperio de la ley, imagen que se ve dañada seriamente si tales funciones son retribuidas por los particulares que se benefician de ellas, pues se genera una impresión de venta de las mismas³⁶. Podemos entender por tanto, que se trata de los servicios que los poderes públicos deben prestar a los ciudadanos y su sujeción a los principios constitucionales, especialmente el de imparcialidad u objetividad.³⁷

El sujeto activo en el delito de cohecho pasivo es el funcionario público o autoridad. Con respecto al caso del notario, se trata de un funcionario público, y así lo establece el artículo 1, párrafo 2º del RNot., que dice lo siguiente: *“Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado.”*

El precepto aplicable a este caso concreto sería el art. 419 CP, que establece lo siguiente: *“La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito.”*

Para este caso, es interesante mencionar a qué se refiere el Código con “recibir”, supone que un particular entrega una dádiva al funcionario, quien la incorpora a su patrimonio o al de un tercero. Además, la aceptación de la promesa o del ofrecimiento supone posponer por un tiempo la entrega de la dádiva, una vez cerrado el compromiso.

El cohecho pasivo propio, debido a la forma en que está conformado, se consuma para el funcionario al tiempo de hacer la solicitud o aceptar la dádiva.

Cuando hay un pacto entre funcionario y particular, como es el caso, el primero va a responder por cohecho pasivo y el segundo por cohecho activo.³⁸

En este caso se cumplen todos los elementos necesarios para subsumir los hechos que realiza el notario en el delito de cohecho pasivo propio, pues acepta la promesa de dádiva por parte de Nerea con la finalidad de realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a sus deberes, como es el de dar fe pública en el otorgamiento de un testamento cuando el testador no cuenta con la suficiente capacidad.

En segundo lugar, los hechos podrían subsumirse dentro del tipo del artículo 390 CP: falsedad documental cometida por funcionario público o autoridad. Dicho artículo establece que: *“Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis*

³⁶ SSTs de 16 de marzo y 16 de diciembre de 1998, 21 de diciembre de 1999, 29 de enero de 2001

³⁷ (Orts Berenguer, Delitos contra la Administración Pública (II), 2008, págs. 665,668)

³⁸ (Orts Berenguer, Delitos contra la Administración Pública (II), 2008, pág. 668)

a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:

1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.

2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o de octubre de atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos.”

La actuación del notario en este caso, podría encuadrarse en el cuarto apartado de este artículo 390, pues está faltando a la verdad de los hechos dando fe pública de que concurre una capacidad del otorgante, mientras que conoce fehacientemente que esto no es así.

El sujeto activo en este caso es la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, comete alguna de las falsedades previstas en los cuatro números del artículo 390 CP.

En el artículo 24 CP se ofrece el concepto penal de autoridad y funcionario público:

1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.

Al igual que se mencionaba en el delito de cohecho, los notarios tienen son considerados funcionarios públicos en virtud del art. , parr.2º del RNot.

Se encuentra en el ejercicio de sus funciones el funcionario o la autoridad que desarrolla las que tiene encomendadas, pero lo hace de manera desmedida e injusta (según STS de 29 de octubre de 1992). Como en el caso, el notario se encontraba en el ejercicio de las funciones que le son encomendadas.

Cualquiera de las conductas típicas puede proyectarse sobre tres clases de documentos: públicos, oficiales y mercantiles.

Para la resolución de este caso, es necesario centrarse en el primero de ellos, los documentos públicos. El concepto genérico de documento a efectos penales se encuentra

en el artículo 26 CP, y la definición de documento público en el art. 1216 CC, y en la LECiv. En su art. 317 se establece una relación de documentos públicos (el TS ha negado que se trate de una lista cerrada, en STS 21 de marzo de 1989). El rasgo más característico de documento público es la intervención en él de un fedatario público, notario o empleado público, siempre que actúe como y en su condición de tal, dentro del ámbito de su competencia.³⁹

En definitiva y con arreglo a este caso, el testamento abierto notarial se considera documento público, cumpliéndose el requisito exigido en este tipo penal.

Por otra parte, si acudimos al Decreto 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, podemos observar que se derivan responsabilidades para los notarios que incurran en una serie de infracciones que se establecen en este Reglamento.

Para este caso, destacamos el art. 348 RNot. que establecen que son infracciones muy graves: *“a) Las conductas constitutivas de delito doloso relacionadas con la prestación de la fe pública que causen daño a la Administración o a los particulares declaradas en sentencia firme.; c) La autorización o intervención de documentos contrarios a lo dispuesto en las leyes o sus reglamentos, a sus formas y reglas esenciales siempre que se deriven perjuicios graves para clientes, para terceros o para la Administración.”*

Para las infracciones muy graves, el art. 347 RNot. determina que éstas prescribirán a los cuatro años, computados desde su comisión.

Además, este artículo 347 también indica que la incoación de procedimiento penal no será obstáculo para la iniciación de un expediente disciplinario por los mismos hechos, mas no se dictará resolución en éste en tanto no haya recaído sentencia o auto de sobreseimiento firmes en la causa penal. En todo caso, la declaración de hechos probados contenida en la resolución que pone término al procedimiento penal vinculará a la que se dicte en el expediente disciplinario, sin perjuicio de la distinta calificación jurídica que pueda merecer en una u otra vía.

Es importante tener en cuenta que sólo podrá recaer sanción penal y disciplinaria sobre los mismos hechos cuando no hubiere identidad de fundamento jurídico y de bien jurídico protegido.

En cuanto a la sanción, el art. 353 RNot. establece que *“Las infracciones muy graves se sancionarán con multa en el último tramo, traslación forzosa, suspensión de funciones y separación del servicio.”* Además *“la imposición de una sanción por infracción grave o muy grave llevará aneja, como sanción accesoria, la privación de la aptitud para ser elegido miembro de las juntas Directivas mientras no se haya obtenido rehabilitación.”*

³⁹ (Orts Berenguer, Falsedades, 2008)

III. Fuentes

1. Legislación

Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (BOE-A-1944-6578)

Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE-A-1946-2453)

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE -A-1995-25444)

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE-A-2000-323)

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE-A-2015-7391)

Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (BOE-A-1862-4073)

Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (BOE-A-1882-6036)

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (BOE-A-1889-4763)

2. Jurisprudencia

STS 9 octubre 1962.

STS de 19 de octubre de 1998.

STS de 21 de junio de 2000.

STS de 19 de julio de 1989.

STS 5 de diciembre de 2002.

STS 15 de diciembre de 2009.

STS de 23 de abril de 2010.

STS 18 de febrero de 2009.

STS 21 de junio de 2011.

STS de 5 de mayo de 1997.

STS núm. 1375/2005 de 24 noviembre.

STS núm. 1035/2009 de 17 octubre.

STS 258/2006, de 8 de marzo.

STS de 24 de febrero de 2002.

STS de 24 de noviembre de 2005.

STS de 21 de octubre de 1998.

STS de 23 de septiembre de 1998.

STS de 15 de octubre de 2003.

STS núm. 668/96 de 8 de octubre.

STS de 28 de septiembre de 2000.

STS de 26 de diciembre de 2000.

STS de 31 de enero de 2001

STS de 16 de mayo de 2001.

STS núm. 129/2003, de 31 de enero.

STS 27 de noviembre de 1995.

STS 12 de noviembre de 1964.

STS 12 de noviembre de 1964.

STS de 3 de octubre de 1979.

STS 14 de octubre de 1997.

SSTS de 16 de marzo y 16 de diciembre de 1998, 21 de diciembre de 1999, 29 de enero de 2001.

SAP Zaragoza num. 353/1995 de 21 julio

3. Bibliografía

Asencio Mellado, J. (2015). Iniciación del proceso penal. En J. M. Asencio Mellado, *Derecho Procesal Penal* (7ª ed., págs. 129-134). Valencia: Tirant Lo Blanch.

- Bercovitz Álvarez, G. (2013). Nacimiento, modificación y extinción de la relación jurídico real. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Manual de Derecho Civil. Derechos Reales* (págs. 45-59). Madrid: Bercal, S.A.
- Costas Rodal, L. (2003). La compraventa. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Manual de Derecho Civil. Contratos* (págs. 75-101). Madrid: Bercal, S.A.
- Díez-Picazo, L., & Gullón, A. (2012). El contrato de compraventa (continuación). En L. Díez-Picazo, & A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil. Contratos en especial. Cuasicontratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. (págs. 43-63). Madrid: Tecnos.
- Díez-Picazo, L., & Gullón, A. (2012). La fe pública registral. En L. Díez-Picazo, & A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil. Derechos Reales en General* (Vol. III, págs. 287-297). Madrid: Tecnos.
- Díez-Picazo, L., & Gullón, A. (2012). La protección jurídica de la propiedad. En L. Díez-Picazo, & A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil. Derechos reales en general*. (págs. 178-187). Madrid: Tecnos.
- Gimeno Sendra, V. (2015). La iniciación del procedimiento. En V. Gimeno Sendra, *Manual de Derecho Procesal Penal* (págs. 215-228). Madrid: Castillo de Luna Ediciones Jurídicas.
- González Carrasco, C. (2012). La sucesión intestada. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Manual de Derecho Civil. Sucesiones*. (págs. 243-253). Madrid: Bercal, S.A.
- Lacruz Berdejo, J. L. (2007). La legítima. En J. L. Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones* (págs. 309-415). Madrid.
- López Fernández, L. M. (2013). El Registro de la Propiedad Inmobiliaria. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Manual de Derecho Civil. Derechos Reales*. (págs. 123-138). Madrid: Bercal, S.A.
- Ordás Alonso, M. (2013). La defensa de la propiedad. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Manual de Derecho Civil. Derechos Reales* (págs. 183-193). Bercal, S.A.
- Orts Berenguer, E. (2008). Delitos contra la Administración Pública (II). En T. Vives Antón, E. Orts Berenguer, J. Carbonell Mateu, J. González Cussac, & C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal. Parte Especial*. (págs. 665-682). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Orts Berenguer, E. (2008). Falsedades. En T. Vives Antón, E. Orts Berenguer, J. Carbonell Mateu, J. González Cussac, & C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal. Parte Especial*. (págs. 629-652). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Orts Berenguer, E. (2008). La ilicitud. Antijuridicidad formal. En E. Orts Berenguer, *Compendio de Derecho Penal. Parte General* (págs. 159-180). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Peña López, F. (2012). El testamento. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Manual de Derecho Civil. Sucesiones* (págs. 125-173). Madrid: Bercal, S.A.
- Sánchez Arísti, R. (2012). La posesión. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Manual de Derecho Civil. Derechos Reales*. (págs. 77-98). Madrid: Bercal, S.A.

- Vives Antón, T., & González Cussac, J. (2008). Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. En T. Vives Antón, E. Orts Berenguer, J. Carbonell Mateu, J. González Cussac, & C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal. Parte Especial*. (págs. 410-428). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Vives Antón, T., & González Cussac, J. (2008). Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (IX): Insolvencias punibles. En T. Vives Antón, E. Orts Berenguer, J. Carbonell Mateu, J. González Cussac, & C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal. Parte Especial* (págs. 450-459). Valencia: Tirant Lo Blanch.