

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Programa para la simultaneidad del Grado en
Administración y Dirección de Empresas y
Grado en Derecho

**TESTAMENTO VICIADO Y CAUSAS
DE DESHEREDACIÓN**

Ricardo Pérez Gómez

Tutor: Aurelia Blanco González

INDICE DE CONTENIDOS

Supuesto de Hecho	1
1.A- Cuestión Primera	3
Sucesión y Testamento	3
Capacidad del testador	4
Otras causas de nulidad del testamento	6
La institución de heredera universal	7
Cláusula de desheredación	8
La desheredación en la tradición jurídica	8
Causas de desheredación	9
Acciones que podrían ejercitar las legitimarias	10
1.B- Cuestión Segunda	13
Contrato de Compraventa. Título y Modo	13
Características de esta Compraventa. Registro	14
Fe publica registral. Artículo 34 LH	15
Acciones de las que disponen hijas del testador	16
Sin la protección del tercero hipotecario	16
1.C- Cuestión Tercera	18
El poder general y bastante	18
Posibles ilícitos. Dolo y Error	20
Dolo penal VS Dolo civil	21
Estafa	21
Insolvencia punible	23
Conclusiones	24
Acciones de las que disponen las perjudicadas	25
2.- Cuestión cuarta	26
La figura del Notario	26
Nulidad del documento público	27
Juicio de capacidad	27
Responsabilidad del Notario	28

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. 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?

- Sucesión y Testamento

Ya en el derecho romano, antecedente histórico de nuestro derecho civil sucesorio, el particular conservaba un área de soberanía que le permitía crear derecho, es decir, establecer reglas con valor jurídico a través de las cuales deseaba regir sus relaciones. Esto se manifestaba de manera evidente con el testamento, en donde su voluntad era la ley que regía su sucesión. Hasta el siglo I a.C. el testador disponía de absoluta libertad a la hora de disponer sobre la suerte de sus bienes tras el fallecimiento pero posteriormente fue creándose un sistema donde confluía la protección de la legítima, parte de la herencia asignada a determinados herederos, con esa libertad en la elaboración del testamento; que llega hasta nuestros días. El Derecho de sucesiones viene establecido en el Libro Tercero del Código titulado “diferentes modos de adquirir la propiedad”, esto supone un error pues la sucesión mortis causa es mucho más que un simple modo de adquirir la propiedad, ya que mediante esta se adquiere todo derecho transmisible así como todo el patrimonio.

El fenómeno sucesorio consta de diversas fases: el momento inicial, que es la apertura de la sucesión y que coincide con la muerte del causante; la vocación de la herencia, o llamamiento abstracto a todos los posibles herederos; la delación, que resulta el llamamiento concreto a favor de una o varias personas, concluyendo con la aceptación o repudiación. La sucesión puede ser testada, en virtud de testamento, o intestada, en la que habrá que atenderse a la norma establecida¹.

El testamento viene definido de manera genérica en el artículo 667 CC como “*el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos*”. En cuanto a la clase de Testamento, hemos de decir que se conoce como testamento abierto, pues bien, el artículo 679 del CC nos indica que “*Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone.*” El artículo 694 exige que esta clase de testamentos se otorguen ante notario hábil, precisión que como sabemos si se ha llevado a cabo en este caso.

¹ O’Callaghan Muñoz, X.: *Código Civil. Comentarios y Jurisprudencia*, LA LEY, Madrid, 2012 pág. 683

- Capacidad del testador

En cuanto a la **capacidad del testador**, se trata de un tema controvertido. El testador además de querer testar, debe discernir o entender lo que quiere testar, esta capacidad para ello supone un requisito sine qua non para otorgar testamento². Este término ha sido definido con gran amplitud en nuestro Derecho, en concreto, establece el artículo 662 del Código Civil que solo carecen de ella aquellos “*a quienes la ley se lo prohíba expresamente*”, es decir, los sujetos del artículo 663. Se establece por tanto una presunción de capacidad *iuris tantum* debido al criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos que el TS viene reconociendo reiteradamente, no solo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho, con una clara proyección en el marco del Derecho de sucesiones en relación con el principio de *favor testamenti*, procedente también del Derecho Romano y que apoyaba la validez del testamento en caso de duda³. En opinión de la doctrina: *La mera sospecha de falta de lucidez suficiente o la duda ha de resolverse a favor de la capacidad del sujeto, y en definitiva, a favor de la validez del testamento*⁴.

Por otro lado, el artículo 696, establece que el notario “...*hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento...*”. En la misma dirección apuntan el inciso segundo del artículo 685 CC y el 145 del Decreto de 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (en adelante RN), que dice lo siguiente: “*deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad*”. En el supuesto se nos informa de que las hijas del causante habían solicitado la incapacidad judicial por el Alzheimer que aquejaba, pero esta no había sido concedida todavía y dice el artículo 663.2ª que está incapacitado para testar “*El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio*”. Este concepto no significa no ser un demente simplemente, sino que es un término mucho más amplio. Esta falta de cabal juicio supone una situación fáctica, no jurídica (para ello debería existir sentencia específica en este sentido) que impide la posibilidad de otorgar testamento. “Cabal juicio” significa, que existe capacidad de entendimiento y de voluntad, es decir, discernimiento intelectual normal y volitivo, supone la capacidad de entender y querer los que significa y conlleva el acto de la testamentifacción activa, o sea, el acto de disponer de sus bienes tras la muerte⁵.

Aun pudiendo suponer que esta enfermedad cuenta con procesos en los que la persona cumpliría el impedimento del que hablamos, es clave la apreciación del notario pues, es a él, en última instancia al que le otorga la ley la facultad de apreciar la capacidad del sujeto en el momento de otorgar testamento, desde la reforma introducida por la ley 30/1991, que zanja la controversia doctrinal sobre quien debía apreciar este requisito de capacidad. De manera que actualmente, esta función de asegurar que el testador dispone de capacidad para otorgar testamento pertenece en exclusiva al Notario, con la excepción del artículo 665 (en caso de sentencia de incapacitación sin pronunciamiento

² Alberruche Díaz-Flores, M^a: “El juicio de capacidad emitido por el notario en el testamento abierto”, *Actualidad Civil*, N^o1, 2014, pág. 46 y ss.

³ Bercovitz-Cano, R. (Coord): *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2013, pág. 948

⁴ Callejo Rodríguez, C.: “Nulidad del testamento por falta de capacidad para testar”, *Actualidad Civil*, n^o 5, 2015, pág. 72 y ss.

⁵ Romero Colomo A.: “Testamento y personas ancianas”, *Revista jurídica del notariado*, n^o73, 2010, pág. 652

sobre la capacidad de testar, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan), sin que exista ahora caso alguno donde sean los testigos quienes deban apreciarla. Esto referido al derecho civil estatal, no obstante la Ley 2/2006 de derecho civil de Galicia sigue contemplando en su artículo 184 dos excepciones y establece lo siguiente: *“habrán de concurrir testigos al otorgamiento del testamento abierto ordinario cuando:*

1.º) Lo solicite el testador o el notario.

2.º) El testador sea ciego, demente en intervalo lúcido o no sepa o no pueda leer o escribir.”

Sin embargo este artículo ha quedado obsoleto con la reforma del Código. A este respecto es interesante citar una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia⁶. En esta causa se planteaba en un recurso la invalidez del testamento por no haber concurrido los testigos al testamento otorgado por un causante con demencia senil de tipo Alzheimer, al considerar el recurrente uno de los supuestos del artículo 184 de la LDCG. Sin embargo, a la luz de la reforma del Código español el Tribunal estimo desechar el recurso pues consideró *“la interpretación de aquellos artículos de la Ley gallega es la de que cuando se hace referencia al testamento del demente en intervalo lúcido se está refiriendo en realidad al supuesto contenido en el artículo 665 CC. De lo cual resulta que, por una parte, si se trata de persona que padezca alguna enfermedad mental que no haya sido judicialmente incapacitada, que sería el caso de autos, se aplicarán únicamente las normas generales sobre la apreciación de su capacidad, que queda remitida al juicio de capacidad que tiene que hacer el notario”* y además en cuanto al supuesto para el que la ley de Galicia estima pertinente la intervención de dos testigos *“...es el que ahora regula el Código Civil respecto de persona que haya sido judicialmente incapacitada en virtud de sentencia...”* Vemos de nuevo la importancia vital que tiene el notario en el juicio de capacidad del causante.

Aunque en la actualidad sea el notario quien deba dar fe de la capacidad del otorgante, podrán los interesados presentar prueba en contrario, pues se trata de una presunción *iuris tantum*. Esta prueba ha de ser bastante a juicio del juzgador para desacreditar la palabra del notario. Existen supuestos donde incluso habiendo sentencia de incapacitación del otorgante, la dación de fe por parte del notario, hace que se estime pertinente la presentación de *“prueba inequívoca, cumplida y convincente en contrario; 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”*⁷ Como vemos la presunción de capacidad comentada anteriormente, se refuerza con la relevancia destacada concedida al dictamen pericial del Notario. Restringiendo el Tribunal taxativamente los supuestos donde se estima la incapacitación del causante a instancia de parte. Por esto sería muy difícil atacar la validez del citado testamento en estos términos.

La incapacitación del testador supone la primera causa de nulidad de un negocio jurídico de este tipo y además del caso citado anteriormente, el artículo 663.1 le deniega la capacidad para testar a *“los menores de catorce años”* con la excepción recogida en el artículo 688 del testamento ológrafo, el cual exige la mayoría de edad.

⁶ STSJ 18/2011 de 30 de mayo (RJ 2011/4884)

⁷ STS 848/1998 de 19 septiembre. (RJ 1998\6399)

También referente a la edad y en concordancia con la capacidad psíquica de la persona, es interesante tratar el tema de los testamentos otorgados por personas de edad avanzada, como el caso en el que aquí nos encontramos. Todos conocemos que a ciertas edades la capacidad de la persona sufre un deterioro que no es baladí y sin embargo es frecuente que las personas dejen la resolución de sus problemas sucesorios hasta que cuentan con una avanzada edad, es más, son los ancianos los que con mayor frecuencia hacen testamento al ver más próximo el momento final de su vida⁸. Cuanto más ancianas las personas más posibilidades tienen de padecer algún empeoramiento de sus aptitudes psíquicas alejándolos del *cabal juicio* del que hablamos anteriormente, teniendo el Notario que apreciar esta característica a la hora de entablar el juicio de capacidad. Por lo que respecta a la jurisprudencia, el TS declara que, como regla general, no debe estimarse como causa que incapacite para otorgar testamento, la vejez, en atención a la presunción de capacidad comentada anteriormente. La doctrina⁹ también se ha declarado en este sentido afirmando que solamente se debe considerar incapaz para otorgar testamento a aquellas personas cuyo estado mental está afectado de tal manera que constituyen entes privados de razón. Es importante para la apreciación del estado mental de una persona, por ejemplo, la actitud de ésta cuando se pone en abierta contradicción con sus actos anteriores. Se trata de un indicio, que puede llevarnos a pensar que efectivamente esa persona no se encuentra dentro de su cabal juicio a la hora de la redacción del testamento. Sin embargo, no resulta este indicio, por sí solo, una causa justificable para declarar la incapacidad del otorgante, sino que ésta deberá ser apreciada por el intérprete junto con las demás circunstancias que le rodeen. Es interesante destacar también la frecuencia con la que la jurisprudencia ha atendido a la pericial de Médicos y facultativos a la hora de estimar si ciertas enfermedades que acompañan a la edad son suficientes para excluir la presunción de capacidad. Pero, recalca Romero Coloma¹⁰, que no se debe generalizar, se debe atender al caso concreto sin dejarse arrastrar por generalizaciones de ningún tipo. Es, como ya se dijo anteriormente, el Notario quien debe efectuar esta apreciación de la capacidad para testar, sin perjuicio de acudir en supuestos de especial complejidad, a la intervención y dictamen de los profesionales especializados en la materia.

Como vemos la capacidad del testador podría haber sido un motivo para alegar la nulidad del testamento con las vicisitudes de este caso. Sin embargo por todo lo dicho, resultaría muy difícil, que ésta fuese estimada por los Tribunales. Por ello, parece más lógico pensar que lo correcto para conseguir sus pretensiones era atacar la cláusula de desheredación de las hijas, cosa que se desprende del enunciado. (Supuesto que trataremos más adelante).

- Otras causas de nulidad del testamento

Además de la capacidad del otorgante supone una causa de nulidad del testamento, tal y como estipula el artículo 687 del Código Civil, la inobservancia de las formalidades respectivamente establecidas en el Título III, Capítulo Primero. A continuación trataremos las más importantes.

⁸ Rodríguez Guitián, A.M.: "La capacidad de testar: especial referencia al testador anciano", *Cuaderno Civitas*, 2006

⁹ Romero Colomo A.: "Testamento y personas ancianas", *Revista jurídica del notariado*, nº73, 2010, pág. 654

¹⁰ *Ibidem*

Lógicamente en la confección del testamento, el testador es la figura esencial, el verdadero protagonista que plasma su voluntad en ese documento, pues bien además de la apreciación de su capacidad, es evidente la necesidad fundamental de su identificación para que el documento resulte verdaderamente probatorio y se prevengan daños y usurpaciones. El artículo 685 CC obliga al notario a este requisito diciendo que *“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”*

En cuanto a la necesidad o no de testigos instrumentales en el testamento abierto, que es el que nos incumbe en este caso. Cabe decir que la intervención de testigos ha ido perdiendo importancia con las últimas reformas del Código. En la actualidad solamente se exige su actuación en los testamentos abiertos no autorizados ante notario y en algunos testamentos notariales que vienen especificados en la ley, concretamente en el artículo 697 CC¹¹. En este caso, se trata de un testamento otorgado ante notario, por lo que no es menester tratar el tema de los testigos. Cuestión que viene confirmado por el Derecho de la Comunidad, el cual en el artículo 183 de la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia estipula que *“El testamento abierto ordinario se otorgará ante notario, sin que sea necesaria la presencia de testigos”*

Pasemos ahora a hablar sobre la **voluntad del testador**. El artículo 673 enumera, con carácter general, los vicios de la voluntad que afectan a la validez de un testamento, dispone que *“Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude”*. En mi opinión es importante discutir esta cuestión, pues es evidente que surgen dudas acerca del momento y las circunstancias en las que el causante deshereda a las hijas y otorga toda su herencia a Nerea. El testamento viciado por dolo o fraude ha quedado definido por la doctrina como aquellas situaciones en las que la voluntad del testador se ha visto afectada por la inducción al error, maquinación o engaño por parte de otro. En este caso al tratarse de un testamento otorgado y aprobado ante notario, sería difícil probar este término, pero sin duda alguna resultan sospechosas las circunstancias en las que ha sido otorgado el testamento.

- La institución de heredera universal

El testamento en cuestión instituye como única heredera a Nerea. El heredero es sucesor universal, con respecto a toda la herencia de manera global. Sustituye al causante en todas las relaciones jurídicas del mismo, que permanecen a su muerte. A diferencia del legatario, el cual, sucede al causante únicamente en la titularidad de un bien concreto. Se habla de coherederos cuando existen varios sucesores a título universal, en este caso al solo haber uno se le identifica como único. El artículo 763 condiciona la posibilidad de disponer de todos los bienes en favor de una sola persona a no tener herederos forzosos. En nuestro caso se da la posibilidad de instituir como heredera universal a Nerea debido a que mediante clausula testamentaria se ha procedido a desheredar a los herederos forzosos o legitimarios, que son las hijas de Roberto y por derecho de representación respecto de su madre desheredada sus nietos, tal y como regula el 857 del Código el cual establece que *“Los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima”* y

¹¹ Bercovitz Rodriguez-Cano, R. (Coord.): *Manual de Derecho Civil Sucesiones*, BERCA, Madrid, 2008, pag. 126.

apoya la jurisprudencia, aduciendo que desheredado el hijo del causante “*son sus hijos, nietos del testador, los que ocupan su lugar en la legítima, son legitimarios que participan en aquella herencia por llamamiento que a ellos le hace la ley directa e inmediatamente*”¹². En este caso también se ha desheredado a sus nietos por lo que como se ha dicho existe la posibilidad de instituir heredera universal a Nerea.

- Cláusula de desheredación

Ocupémonos ahora de la ya comentada cláusula que permite que la susodicha se establezca como heredera única del patrimonio de Roberto.

La desheredación es una manifestación del valor que la ley atribuye a la voluntad del hombre para fijar su sucesión, esta voluntad queda reflejada en la disposición testamentaria expresa, ya que según el 849 “...*sólo podrá hacerse en testamento...*”, mediante la que el testador priva a un legitimario del derecho a participar en su herencia. Sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley y se debe expresar en el testamento la causa legal en que se funde¹³ que vienen enunciadas en los artículos 852 a 855 del Código haciendo remisiones a las causas de indignidad para suceder y añadiendo otras particulares.

- La desheredación en la tradición jurídica. Desheredación de hecho.

La desheredación es una excepción, prevista en el artículo 813 del Código Civil, al deber de legítima, consistente en privar al legitimario de su derecho cuando este incurre en alguna de las causas expresamente previstas en la ley, todas ellas infracciones graves contra la esfera moral o física del deudor de la legítima que repercuten en el orden o el honor de la familia¹⁴. El término honor en opinión de la autora Romero Coloma debería ser reemplazado por el más progresista de dignidad, término al que hace alusión también el Tribunal Supremo (Nota 19), de cada miembro de la unidad familiar, considerada en conjunto e individualmente. En otros Códigos Europeos, como el francés o el italiano la desheredación se relaciona con la indignidad para suceder, hasta el punto de sustituir aquella por ésta. En cambio, en nuestro ordenamiento jurídico subsiste la distinción entre ambas instituciones, además de no ser las causas para una y otra exactamente las mismas¹⁵. Procedamos ahora a realizar un pequeño apunte histórico de esta figura.

En el *ius civile*, la eficacia de la desheredación o exheredatio de los herederos sui no requería de justificación alguna, ya que era un sistema calificado por la libertad de testar. Sin embargo, debía hacerse de forma solemne por testamento. Como reacción contra el ejercicio abusivo de esta libertad se introdujo una figura, la *querella inofficiosi testamenti*, para cuyo ejercicio estaba legitimado el que hubiera sido arbitrariamente desheredado. Justiniano asumió tales criterios y con atención a la seguridad jurídica determinó que la desheredación debía hacerse *nominatium*, es decir, con identificación expresa y tipificando sus justas causas¹⁶. Este sistema justiniano ha sido acogido por el Derecho Civil moderno en nuestro territorio. Sin embargo el mantenimiento férreo en la

¹² STS 31 octubre 1995 (RJ 1995/7784)

¹³ Artículos 848 y 849 del Código Civil

¹⁴ Lacruz Berdejo, J.L. y Sancho Rebullida, F.: *Elementos de derecho civil V. Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1981

¹⁵ Romero Coloma, A.M.: “La desheredación”, Bosch, 2005, pág. 12

¹⁶ M.A. Pérez Álvarez (Coord.), *Curso de derecho civil. Derecho de Sucesiones*, COLEX, Madrid, 2013. Pag.340

norma del derecho a la legítima, en no pocas ocasiones ha provocado un sentir contrario de la sociedad sobre este sistema, por considerarse contrario a la voluntad del testador. Este hecho unido a las diferentes regulaciones que ofrecen los derechos civiles coexistentes en nuestro territorio ha provocado que cada vez aparezcan más supuestos donde una persona puede ver perjudicado su derecho a legítima sin incurrir el testamento en cuestión en ninguna causa de desheredación atacable. Estas situaciones son conocidas como desheredaciones de hecho y en general responden a dos sistemas: Alegar que la legítima ya ha sido satisfecha en vida, por ejemplo la apartación gallega¹⁷, que *se puede definir como un pacto sucesorio por el cual el apartante adjudica en vida la plena titularidad de bienes o derechos al heredero legitimario (apartado), quedando éste excluido de la condición de heredero forzoso*¹⁸; así como, el desprendimiento en vida del patrimonio del causante para disminuirlo y en consecuencia las legítimas a su muerte¹⁹.

- Causas de desheredación

La causa en la que se base la desheredación además de estar recogida en el Código ha de ser cierta, de manera que el artículo 850, establece que la carga de la prueba corresponde a los herederos, *“si el desheredado la negare”*.

En el supuesto que tratamos entendemos que el testador ha desheredado a sus hijas y nietos con respecto al artículo 853.2 que nos dice que será justa causa de desheredación *“Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra”*, sin embargo, el supuesto nos habla de que la causa por la que el causante deshereda a sus legitimarios es *“trato vejatorio”*. Siendo parecidas estas causas no son idénticas y, en concreto, la segunda no viene recogida en el código por lo que podría pensarse que, de acuerdo con el artículo 848, esta cláusula ya no sería válida. No obstante, es más lógico pensar, en mi opinión, que la acción mediante la cual las hijas recurren esta cláusula testamentaria, se haya fundado en el artículo 851 CC, que dice lo siguiente: *“La desheredación hecha sin expresión de causa, o por causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se probare, o que no sea una de las señaladas en los cuatro siguientes artículos, anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado”*. Este hecho queda aclarado también con la jurisprudencia del TS que se remite al citado artículo y afirma que *“si no se da la causa legal tipificada y se prueba, la cláusula testamentaria conteniendo la desheredación es ineficaz”*²⁰

Además resalta el Alto Tribunal que se debe hacer una interpretación restrictiva de esta institución y salvo que las injurias, calumnias o el maltrato tengan entidad suficiente y esta sea probada no son bastantes para *“provocar la desheredación y, a su vez, la falta de relación afectiva o el abandono sentimental con los padres son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al campo de la moral y no a la apreciación o valoración jurídica”*²¹. Sin embargo, también existe jurisprudencia en el sentido

¹⁷ Artículo 224 y ss. de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.

¹⁸ Fernandez Lopez, R.I.: “Los pactos sucesorios del Derecho Civil de Galicia”, *Anuario de derecho de USC*, Santiago, 2014

¹⁹ Monje Balmaseda, O. (Coord.): *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Dickinson, Madrid, 2014, pags 1113 y ss.

²⁰ STS de 19 diciembre 1988. (RJ 1988/9479)

²¹ STS 675/1993 de 28 de junio (RJ 1993/4792)

contrario, siendo muy flexible y permisiva en la aceptación de estas cláusulas cuando hablamos de maltrato psicológico que debe considerarse comprendido en la expresión “maltrato de obra”, y que “*sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales*”²²

Sea como fuere, al haberse declarado nula la cláusula de desheredación y por consiguiente la institución de heredera universal, que como nos dice el artículo 763, está supeditada a la no concurrencia con el heredero de herederos forzosos y presumiendo estas cláusulas, con los datos que conocemos, como las únicas que contenía el testamento, quedara éste declarado nulo sin la posibilidad de producir los efectos que le son propios y por lo tanto a ojos del Derecho será como si no se hubiese realizado²³. No obstante en la mayoría de los casos habrá que acudir a la solución judicial para la resolución de las controversias que generaron tales negocios, sin que en ningún caso tenga la sentencia el objetivo de anular el negocio, sino más bien de declarar o constatar la realidad de una circunstancia externa y objetiva²⁴. La nulidad del negocio sucesorio hace que, al no existir un testamento anterior, se deba abrir la sucesión intestada, pasando las hijas del causante a ser legitimarias, con la posibilidad de presentar las acciones que pasamos ahora a analizar.

- Acciones que podrían ejercitar las legitimarias

Lo primero de todo hay que aclarar que las hijas estaban legitimadas para ejercitar la acción pues tenían un interés personal, debido a que, de ser declarada nula la institución de heredera en favor de Nerea, serían llamadas a suceder por la sucesión abintestato, al no haber testamento anterior.

Si Rosalía y Lorena decidieran impugnar el testamento nulo por alguna de las causas que comentamos anteriormente, en concreto, por la causa que considerábamos potencialmente aplicable a este proceso, la incapacidad del testador; debería de ejercitar una acción de nulidad del testamento.

Esta acción de nulidad es una acción declarativa de carácter negativo que pretende que se declare lo que ya existe por sí mismo, el carácter de ilegalidad por la que se caracteriza el negocio jurídico nulo, las causas de admisión de esta acción, ejercitada por Rosalía y Lorena, lógicamente coinciden con las causas de nulidad del testamento, que hemos comentado anteriormente. Dice la doctrina que ha de ser ejercitada por los que en virtud de testamento anterior o por ley resultarían herederos y han de ejercitarse contra quienes han sido favorecidos por el testamento impugnado.

Tradicionalmente esta acción venía siendo únicamente ejercitable a instancia de parte interesada. Pero a finales del siglo pasado se vino extendiendo una doctrina del Tribunal supremo que apuntaba a la posibilidad de que pueda “*declararse, no sólo a instancia de parte, sino también de oficio*”²⁵.

²² STS 258/2014 de 3 junio. (RJ 2014/3900)

²³ Pérez González y Alguer, *Anotaciones al Tratado de Derecho Civil de Ennecerus-Kipp-Wolf*, Tomo I, Vol 2º, Barcelona 1950, pág. 373

²⁴ Díez-Picazo, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Tomo I, Madrid 1983, pág. 313

²⁵ STS de 21 junio 1986. (RJ 1986\3788)

No obstante lo anterior, parece desprenderse del enunciado de la cuestión, que las hijas de Roberto recurrieron la desheredación, mediante la acción de impugnación de la desheredación injusta, dirigida a declarar la nulidad de tal institución en tanto perjudique al desheredado y con efecto a partir del día de la apertura de la sucesión, es decir, la muerte del causante²⁶. Por consiguiente, la institución de heredero en favor de Nerea resulta anulable, en la medida que perjudica al desheredado y lesiona las legítimas.

Tras haberse resuelto la nulidad del testamento o su vaciamiento (por ser declaradas nulas las únicas cláusulas que en él se contenían), cuentan las hijas de Roberto con una serie de acciones para el resarcimiento de su derecho. Podríamos pensar que tras haber anulado la institución de heredera universal de Nerea y recuperar las hijas del causante su condición de legitimarias, sería lo correcto interponer la reivindicatoria en virtud del artículo 348 del CC, que establece lo siguiente: “...*El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla*”; con el objetivo de devolver a su poder los bienes de la masa hereditaria que Nerea posee.

Sin embargo la casuística y la doctrina, han ido cincelandando otra figura al efecto que sería la adecuada a nuestro caso. Hablamos de la acción que ejercita el heredero para reclamar bienes de la herencia que le corresponden en virtud de su título, frente a quien posee tales bienes a título de heredero del mismo causante o sin tener título alguno, y que niega el título de aquél o invocando otro que excluye el del actor. El reconocimiento de la condición de heredero del actor comportará que se le entreguen los bienes de la herencia que está poseyendo el demandado.²⁷. Esta es conocida como la **acción de petición de herencia**.

La acción de petición de herencia se dirige en contra de una persona que en calidad de heredero ocupa la herencia, esta acción busca que se adjudique la herencia al que probare su derecho sobre ella, mientras que en la acción reivindicatoria de las cosas hereditarias se busca, que cuando las cosas hereditarias reivindicables hayan pasado a terceros y no hayan sido prescritas por ellos, sean reivindicadas a sus legítimos propietarios. Como vemos la reivindicatoria sería la acción correcta en el caso de que los bienes de la masa hereditaria fueran transmitidos a terceros, como en el caso del inmueble propiedad de Roberto que Nerea transmitió, problema que trataremos en la siguiente pregunta.

Interpuesta la acción, el poseedor de los bienes hereditarios que ostente esta condición por un título que se ha declarado nulo, debe restituir los bienes a la masa hereditaria o si lo hubiese al verdadero heredero universal. El Tribunal Supremo así lo ha declarado diciendo que “*declarada la nulidad del título hereditario, se condenaba a los herederos "aparentes" a reintegrar a la herencia "todas las cantidades obtenidas en las distintas ventas de bienes inmuebles y participaciones indivisas de bienes inmuebles correspondientes a la citada herencia realizadas entre el momento en que obtuvieron la declaración de herederos y aquel otro en que fueron notificados de la sentencia [...] en la que fue declarada la nulidad de su título hereditario, [además de]... todos los bienes de la misma que todavía obren en su poder, así como del valor de aquellos bienes o participaciones indivisas de bienes de la misma herencia de que hayan dispuesto*

²⁶ Romero Coloma, A.M.: *La desheredación*, Bosch, 2005, pág. 24

²⁷ C. Martínez Escribano. “*La sucesión hereditaria y el juicio divisorio*”. Thomson-Reuters Lex Nova.

después de declarada la nulidad de su título hereditario, con los frutos e intereses correspondientes, incluyendo los que hubiera podido percibir”²⁸

Ambas acciones, tanto la de nulidad como la de petición de herencia son ejercitables en el mismo proceso como se observa en la mayoría de pleitos con estas características²⁹

Restituidos los bienes del patrimonio del causante se abrirá la sucesión intestada, debido a la nulidad del testamento otorgado por Roberto, al no aportarnos más contenido que la cláusula de desheredación y la institución de heredera universal a favor de Nerea, al no haber otro anterior (todo ello supuesto con los datos que nos aporta el caso). En este caso tratándose de una nulidad parcial de alguna de las cláusulas, esta desemboca en una nulidad total por no tener más contenido el testamento que las cláusulas nulas.

Si las hermanas no consiguen alcanzar un acuerdo ante Notario para la división de la herencia, ambas dispondrán de la acción de partición de herencia para que esta tenga lugar en sede judicial. Esta acción es imprescriptible tal y como reconoce el artículo 1965 del CC.

²⁸ STS 33/2006 de 14 septiembre (RJ 2007/956)

²⁹ STS 896/2007 de 31 julio. (RJ 2007/6258) y STS 286/2006 de 21 marzo. (RJ 2006/1590)

1. 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.

- Contrato de compraventa. Título y modo.

Nos encontramos aquí ante un contrato de compraventa que viene definido en el CC como aquel por el cual “*uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto*”. En este caso en concreto se trata de una compraventa de inmueble en el que se persigue la transmisión de la propiedad del bien. Pero este contrato, no se vale por sí mismo para la transmisión de la propiedad, sino que el artículo 609 del Código nos dice que “*La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por [...] por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción.*”.

El termino tradición o *traditio* no vuelve a ser nombrado en ningún precepto del código, si bien es una figura del derecho tradicional muy tratada y discutida por la doctrina, que se encuentra muy presente en nuestro derecho civil.

Pues bien, el sistema español de adquisición de derechos reales por contrato sigue la llamada *teoría del título y el modo* (en nuestro caso el contrato sería el título y la tradición el modo). Tiene su origen en la *emptio-venditio* del Derecho Romano, que junto con dos formas simbólicas (*mancipatio* e *in iure cessio*) constituían las tres formas de transmitir la propiedad intervivos. La clave en la primera de ellas era la entrega de la posesión de la cosa y el comprador acababa por adquirir la propiedad mediante *usucapio*. Esa entrega de la posesión de la cosa a título de dueño es en Derecho Romano la *traditio*. Ésta exigía tres elementos: el *animus* o intencionalidad, la entrega y una justa causa. Estos tres elementos son retomados por el sistema actual que rige en el Código español y que ha venido siendo el propio de la tradición histórica de nuestro territorio.

En nuestro sistema por tanto se necesita la concurrencia de dos elementos: título o contrato y modo o tradición.

El título es por tanto la causa a la que se hace referencia en el artículo 609 “*ciertos contratos*”. Como es en nuestro caso el de compraventa. Al tratarse de un elemento necesario para conseguir el efecto transmisivo, sus particularidades y vicisitudes afectan a la misma, es decir, en caso de nulidad, anulación, rescisión o resolución del contrato la adquisición derivativa deviene ineficaz. Sin embargo, existen casos en el que la titularidad real se consolida a través de reglas distintas, propias de la adquisición originaria, como ocurre en la adquisición *a non domino* con la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que trataremos seguidamente.

El modo o tradición venía siendo identificado con la entrega de la cosa en su concepción originaria. Pero desde un primer momento, ya surgen fórmulas para obviar la entrega material, estas son las conocidas como *traditio ficta*. Debemos por lo tanto

considerar la tradición como el simple fenómeno de transmitir la propiedad y no confundirlo con la entrega corporal de la cosa, pues hay veces, por ejemplo, que el propietario desposeído puede transmitir lo que tiene (la propiedad) sin lo que no tiene (la posesión)³⁰.

Atendiendo a nuestro caso en particular, podemos decir también que en la transmisión de inmuebles *“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”*³¹. Como vemos la inscripción registral constituye en este caso la tradición.

- Características de esta compraventa. Registro de la Propiedad.

Vamos a centrarnos ahora en las particularidades de la transmisión del inmueble perteneciente a la masa hereditaria, que Nerea, la cual había sido desposeída de su título de heredera universal, vende a Fulgencio. La venta se produce a finales del año 2004, por lo tanto se produce después de que la sentencia que declaraba nula la desheredación hecha en el testamento por Roberto, así como de la institución de heredera en favor de Nerea, adquiriera firmeza con la sentencia de la Audiencia Provincial en septiembre del mismo año.

En la transmisión de los bienes inmuebles cobra especial importancia la titularidad registral de los mismos, pero ésta no necesariamente, tiene que coincidir con la realidad jurídica extrarregistral, surgiendo una serie de supuestos distintos.

Normalmente, como comentamos anteriormente, la escritura pública de compraventa implica de por sí la tradición instrumental. La inscripción en el Registro de la Propiedad no cambia nada, en cuanto al contrato se refiere, solamente añade la seguridad jurídica. El Registro es una institución pública cuyo objeto es la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles³². Cumple dos funciones fundamentales, la primera y ya comentada es la de conferir seguridad al tráfico jurídico inmobiliario, otorgando a los terceros información sobre la titularidad jurídica de los inmuebles; y otra que es la de servir de prueba de las titularidades jurídicas reales sobre los bienes registrados.

Pero, ¿por qué damos tanta importancia al Registro? Pues bien, a mi parecer, es la clave de esta compraventa inmobiliaria. Es así debido a que en el supuesto no se nos habla de titularidad registral del inmueble, tan solo de la propiedad que sobre el mismo ostentaba Roberto. Por ello, podría ser que Nerea en el plazo que ostento la condición de heredera universal, inscribiera el inmueble a su nombre mediante el procedimiento establecido en los artículos 198 y ss. de la Ley Hipotecaria, con el correspondiente título, el cual a estos efectos establece el artículo 14 de la misma ley que es: *“es el testamento, el contrato sucesorio, la declaración judicial de herederos abintestato o el acta de notoriedad a que se refiere el artículo 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”*.

³⁰ Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Derechos Reales*, BERCAL, Madrid, 2013 págs. 45 y ss.

³¹ Artículo 1462 Código Civil

³² Artículo 2 Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

- Fe pública registral. Artículo 34 Ley Hipotecaria.

Continuando con el supuesto de que Nerea se hubiese establecido como titular registral y atendiendo a lo establecido en el artículo 38 conforme al cual “*a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo*”. Fulgencio podría estar protegido por la ley y no se podría atacar de ninguna manera este contrato si cumple los requisitos que establece el artículo 34 de la misma ley. Conforme a este “*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.*”

Este principio conocido como la **fe pública registral**, está dirigido a proteger a los terceros que hubieran adquirido el derecho confiando en la condición de propietario que otorga el Registro. Este precepto mantiene la validez de su adquisición siempre que los procedan a su inscripción y cumpliendo una serie de requisitos.

El último inciso del artículo establece una aclaración muy importante, pues en el caso de que en el Registro constara la anotación preventiva de la demanda de nulidad contra la disposición testamentaria que otorgaba la titularidad al *tradens*, la adquisición del tercero no quedaría protegida por este artículo³³. Siguiendo con el supuesto básico en el que esto no ocurre, lo que protege este artículo no es una transmisión derivativa de la propiedad, sino que se trata de una adquisición originaria *a non domino*. Como venimos comentando si en estas adquisiciones se cumplen los requisitos que enumera el citado artículo 34 de la Ley Hipotecaria, la posición del tercero resulta inatacable. Sin embargo, el verdadero propietario de la cosa podrá reclamar los perjuicios que se deriven de la aplicación de este precepto.³⁴

Al adquirente, en estos supuestos protegidos por el artículo 34 se le denomina tercero hipotecario y los requisitos para su protección son:

- a) La buena fe: se resume en la creencia por parte del adquirente de que la titularidad registral del *tradens* era exacta. No se puede considerar que el tercero actuó de buena fe si conoció o tuvo medios racionales para conocer que la finca estaba siendo poseída en la realidad extraregistral por persona distinta que la que ahí constaba. “*La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro*”. Este concepto 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 invalidatorios 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 transferente³⁵.
- b) Negocio jurídico válido, de carácter oneroso: su única tacha o vicio debe ser la falta de titularidad del transmitente. El último inciso del artículo 34 establece que “*los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral*”

³³ STS 708/2007 de 14 junio. (RJ 2007\3516)

³⁴ Bercovitz Rodríguez-Cano R. (Coord.), *Derechos Reales*, BERCAL, Madrid, 2013 págs 131 y ss.

³⁵ STS 1205/2000 de 22 diciembre. (RJ 2000/10136)

que la que tuviere su causante o transferente". Es lógico pues es preferible que el adquirente deje de percibir un lucro a que resulten perjudicados quienes acrediten tener un derecho no inscrito.

- c) Adquisición del titular inscrito además, no podrán constar en el registro las circunstancias jurídicas que afecten o puedan afectar a su titularidad, como ya se dijo.
- d) Inscripción en el registro. No puede protegerse la confianza que una persona deposita en la realidad registral si este no procede a efectuar la inscripción. Además *"Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero."*³⁶

Visto esto, en cuanto al caso particular que nos ocupa, si la transmisión del inmueble realizada entre Nerea y Fulgencio se hubiese llevado a cabo con las condiciones recién revisadas. Este último quedaría protegido por la fe pública registral.

- Acciones de las que disponen las hijas

Las hijas de Roberto dispondrán de la acción reivindicatoria sobre el piso, habida cuenta de que la transmitente no era la verdadera propietaria, sino que eran ellas las que ostentaban ese derecho por ser las legitimarias de Roberto. La acción reivindicatoria tiene su base legal en el artículo 348 y está definida por el TS como *"la acción que puede ejercitar el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario para exigir la restitución de la cosa y reintegrarla a su poder. Sin embargo, como venimos diciendo esta acción no prosperaría, no obstante contarán las verdaderas sucesoras de Roberto con la posibilidad de reclamar frente a Nerea por los perjuicios derivados de esta protección mediante la correspondiente indemnización por daños y perjuicios.*

- Sin la protección del tercero hipotecario

Volviendo ahora al principio, en el caso de que Nerea no hubiese inscrito en el Registro su titularidad sobre el inmueble con causa en el testamento que posteriormente sería declarado nulo. Rosalía y Lorena dispondrían de la acción reivindicatoria frente a Fulgencio y esta normalmente prosperaría, porque el tercero no estaría protegido por la Ley Hipotecaria como en el caso anterior. Si en este supuesto, como sería lo lógico, fuese estimada la reivindicatoria, Fulgencio contaría con una acción de saneamiento por evicción recogida en el artículo 1475 del Código Civil. Este artículo establece *que "El vendedor responderá de la evicción aunque nada se haya expresado en el contrato"* definiendo este suceso como la situación que se da *"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."*

La ley también establece en el artículo 1478 del Código los conceptos por los que podrá reclamar el vendedor que ha sido despojado de su adquisición, estos incluyen además del precio de la cosa al tiempo de la evicción, los frutos o rendimientos, si se le hubiere condenado a entregarlos al que le haya vencido, las costas del pleito, los gastos del

³⁶ Artículo 32 Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

contrato, si los hubiese pagado el comprador y los daños e intereses, así como los gastos voluntarios si se vendió de mala fe.

Hay que mencionar que el artículo 1481 establece la obligación del comprador de notificar a la otra parte la demanda de saneamiento. Sin embargo, Nerea no está obligada a personarse en tal procedimiento, pudiendo simplemente allanarse a las pretensiones del perjudicado por la evicción. En el contrato de compraventa podría, sin que existiera mala fe por parte del vendedor, haberse pactado un aumento, disminución o incluso la supresión de tal obligación.

1. 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?

- El poder general y bastante

En primer lugar debemos de discutir si el poder general otorgado por el fallecido y la posición de heredera universal que Nerea ostentaba, hasta la nulidad del testamento que así lo establecía, le permitían llevar a cabo las actuaciones y movimientos patrimoniales que realizó.

Con respecto al **poder de representación** otorgado por Roberto, en este caso poderdante, a Nerea, apoderado; debemos establecer una serie de puntualizaciones.

El apoderamiento es un acto de voluntad, plasmado en una declaración, que constituye un precepto de autonomía privada destinado a la reglamentación de una situación de intereses³⁷. Se trata, verdaderamente de un negocio jurídico por el que se confiere la facultad de representar al poderdante en los actos que en él se establezcan.

No existe en el Código Civil precepto alguno que se encargue de esta figura específicamente y por ello se regula bajo los preceptos del Libro IV, Título IX referentes al contrato de mandato. Aun regulándose bajo los mismos preceptos, el artículo 1709, que se encarga de definir el contrato de mandato, no incluye la representación dentro de este contrato, es decir, no atiende a si el mandatario debe o puede actuar en nombre del mandante, sino que únicamente regula la relación gestora y la obligación de obrar por cuenta de otro. Es el artículo 1717 CC el que admite expresamente que el mandatario obre en su propio nombre. Como vemos existe una independencia conceptual entre mandato y representación en nuestro derecho, además, la doctrina también viene estableciendo una distinción entre ambas instituciones, tanto conceptual como funcional que se puede sintetizar en³⁸:

1. Su nacimiento: El mandato se origina mediante un contrato entre dos partes, mandatario y mandante, mientras el poder nace de una concesión de la ley o de una declaración unilateral de voluntad del dominus.
2. Perfección de la relación jurídica: En el mandato simplemente son necesarias dos personas, mandante y mandatario, en el poder es necesario el concurso de un tercero.
3. Sus elementos personales: En el mandato se necesita tener capacidad; en el poder el representado puede ser un incapaz o bien no existir, como en el caso de los albaceas.
4. Su objeto: El mandato regula relaciones internas y reciprocas entre las dos partes, mientras el poder simplemente contiene una autorización para obrar en nombre del dominus.
5. Su extensión: Hay mandatos sin poder, por ejemplo si el mandatorio actúa en nombre propio. Y también hay poder sin mandato, por ejemplo si el poder nace de una ley o de una decisión judicial. Incluso puede ser que el poder sobreviva al

³⁷ Díez Picazo L., *La representación en el Derecho Privado*, Madrid, 1979

³⁸ Crespo Allue F., *La revocación del mandato*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1984, págs 67-68.

mandato si el mandato se revoca sin conocimiento de terceros, como veremos en el punto siguiente.

6. Su extinción: El mandato se extingue por su revocación y comunicación al mandatario, el poder necesita además, la comunicación a terceros, en ciertos casos, como veremos a continuación. Este es un punto clave en el caso que nos ocupa pues el poder otorgado por Roberto es general y bastante³⁹ para gestionar sus cuentas bancarias a favor de Nerea. El artículo 1732 CC establece en su punto 3º que el contrato de mandato se acaba “Por muerte [...] del mandante o mandatario” y por lo tanto lo hará así el poder, si bien existen casos, según defiende la doctrina en la que el mandato puede estar afectado por un pacto de irrevocabilidad, en cuanto que es un contrato formado por la voluntad de ambas partes, si bien el apoderamiento al tratarse de un negocio unilateral no podría ser irrevocable. Por el contrario, Díez Picazo⁴⁰, opina que aun siendo un negocio jurídico unilateral está destinado a producir sus efectos en la órbita de terceros, de manera que la cláusula de irrevocabilidad, yuxtapuesta al apoderamiento, es conocida por estos terceros y suscita en ellos un grado razonable de confianza. Como vemos para la doctrina la posibilidad de inclusión de una cláusula de irrevocabilidad que deje inerte el artículo 1732.3º parece hoy fuera de toda duda, siempre que tal pacto posea una causa suficiente.

En nuestro caso no existe tal cláusula por lo que el poder quedara sin efectos tras la muerte del poderdante.

Siguiendo con el estudio del poder de representación que el fallecido Roberto otorgo a Nerea, según nos dice el Código, el contrato de mandato es aquel por el cual una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra. Nos aclara el Código en el artículo 1712 que estos negocios pueden tener carácter general, si “*comprende todos los negocios del mandante*”, o particular, si solamente se establece para “*uno o más negocios determinados*”. En el caso se nos habla del otorgamiento de un poder general para gestionar sus cuentas, entendiéndolo como tal un poder que le otorga todas las facultades al apoderado, incluida la de la gestión de las cuentas bancarias del poderdante. Si entendiésemos que ha habido un error en la elaboración del caso y se tratara de un poder que otorgaba al apoderado únicamente la capacidad para gestionar sus cuentas bancarias, podríamos tener un problema, pues existe numerosa jurisprudencia que exige la especificidad de los bienes sobre los que poder disponer, o en este caso gestionar, estableciendo que “*no es suficiente con referirse genéricamente al patrimonio o a los bienes del mandante*”⁴¹.

³⁹ El bastanteo es un término que fue introducido por la antigua ley de enjuiciamiento civil de 1881 en su artículo 3. Este término fue derogado por la nueva ley 1/2000, de 7 de enero. Esta ley establece en su preámbulo lo siguiente: “...se elimina el requisito del bastanteo de los poderes, desde hace tiempo desprovisto de sentido...”

En resumen, significa que el poder esté correctamente formalizado y que las facultades que el poderdante otorga al apoderado sean suficientes y bastantes para realizar los actos pertinentes. En cualquier caso el Notario aclarará con más detalle dicho concepto, y en su caso, un abogado.

⁴⁰ Díez Picazo L., *La representación en el Derecho Privado*, Madrid, 1979

⁴¹ STS 687/2013 de 6 noviembre. (RJ 2013\7261)

- Posibles ilícitos. Dolo y Error.

Tras conocer las especificidades que rodeaban al poder objeto de estudio, hemos de dilucidar si Nerea actuó conforme a derecho, utilizando el poder que le había otorgado Roberto, habiendo éste fallecido, para retirar las cantidades que se ha comentado. Pues bien, como quedo claro en los párrafos anteriores el poder en cuestión pierde su validez con la muerte del poderdante, si bien, al no conocer este término los empleados de las dos primeras sucursales bancarias a las que acude, este poder, aun estando acabado, sirvió para retirar tales sumas de dinero. La clave aquí, está en el conocimiento o desconocimiento de tal punto por parte de Nerea, si bien es menester habitual de un notario comunicar estas vicisitudes legales a los comparecientes, e incluso hacerlas constar en el documento. Otro hecho importante es que la susodicha, había sido nombrada heredera universal por parte de Roberto, lo que complicará aún más el supuesto. Pues Nerea aun siendo conocedora de que el poder no era válido, pudo haberlo utilizado a sabiendas de que ella era la heredera única a título universal y por lo tanto el dinero le correspondía, pues, tal y como dispone el artículo 440, párrafo primero del CC: *“La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante”*, además en este caso al no haber legitimarios, ya que han sido desheredados sus hijas y nietas, y no hablarse de otros sujetos con derecho a legítima, es mucho más clara la titularidad de Nerea sobre los bienes de Roberto al fallecimiento de éste, todo ello claro está, hasta que se declara nula tal desheredación testamentaria.

Pues bien, la clave en este caso para valorar la responsabilidad penal de Nerea está en el dolo. La posibilidad de que la susodicha retirara el dinero de las cuentas bajo la creencia de que era la única heredera, podría haberle hecho pensar que no estaba llevando a cabo ninguna acción antijurídica y podríamos encontrarnos ante un error de los recogidos en el artículo 14 del CP.

El **dolo** es *“un elemento intelectual, que supone la representación o conocimiento de un hecho y que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento de su resultado”*⁴². En consecuencia la falta de conocimiento de la antijuridicidad de una acción influirá decisivamente en su culpabilidad. La legislación, la jurisprudencia y la doctrina han debatido intensamente sobre el tema sin haber llegado a una conclusión y clara enumeración de los tipos de errores. El artículo 14, citado anteriormente, habla en sus dos primeros números del error de tipo que supone el conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo (14.1), y a su vez, vencible o invencible, o sobre circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven (14.2). Sin embargo, en este caso, si discutiéramos el posible desconocimiento de la antijuridicidad de la acción llevada a cabo por Nerea, a mi parecer, estaríamos ante un error de prohibición que aparece recogido en el punto 3º del citado precepto *“cuando el autor cree que actúa lícitamente [...]el error de prohibición no puede confundirse con la situación de duda, puesto que ésta no es compatible con la esencia del error que es la creencia errónea, de manera que no habrá situación de error de prohibición cuando existe duda sobre la licitud del hecho y decide actuar”*⁴³. El artículo 14.3 distingue entre error invencible, que excluye la responsabilidad criminal y error vencible, que supone la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados.

⁴² STS 898/2014 de 22 diciembre. (RJ 2014/6824)

⁴³ STS 336/2009 de 2 abril. (RJ 2009/4151)

También resultaría importante a la hora de valorar la responsabilidad criminal de Nerea su experiencia, pues es evidente, que una persona con cierto nivel educativo, pueda intuir que con el fallecimiento del titular de las cuentas bancarias, deban llevarse a cabo una serie de formalidades con el banco hasta la posible retirada del dinero por parte de sus herederos⁴⁴, así como, para la liquidación del correspondiente impuesto de transmisión, en este caso el Impuesto de Sucesiones y Donaciones. La ley 29/1987, establece en el 32.4 que *“Los órganos judiciales, intermediarios financieros, asociaciones, fundaciones, sociedades, funcionarios, particulares y cualesquiera otras entidades públicas o privadas no acordarán entregas de bienes a personas distintas de su titular sin que se acredite previamente el pago del impuesto o su exención, a menos que la Administración lo autorice.”*

Tras haber tratado el tema de la voluntad de cometer el acto delictivo o dicho de otro modo el elemento volitivo del dolo, vamos a proceder a examinar los delitos en los que se podría enmarcar estos hechos, concluyendo posteriormente con la opinión que merece todo lo comentado en esta pregunta.

- Dolo penal VS Dolo civil

Antes de plantearnos si las acciones llevadas a cabo por Nerea se incardinan dentro de algún tipo penal, hemos de preguntarnos porque se daría aquí un delito en este ámbito, si se trata de un mero perjuicio patrimonial causado a personas concretas. Pues bien tal y como explica mediante un Auto el TS *“la línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil, en los delitos contra el patrimonio, se sitúa en la tipicidad, de modo que únicamente si la conducta del agente se incardina en el precepto penal tipificado del delito de estafa, es punible la acción, no suponiendo ello criminalizar todo incumplimiento contractual, porque el Ordenamiento Jurídico establece remedios para restablecer el imperio del derecho cuando es conculcado por vicios puramente civiles...”*⁴⁵. Aclarado este punto procedamos ahora a dilucidar si efectivamente las acciones llevadas a cabo por Nerea suponen algún ilícito penal.

- Estafa

En el caso de que Nerea debido a la intuición de que la cláusula de desheredación, probablemente fuera a ser declarada nula; utilizase el poder con conocimiento de que éste ya no tenía validez y de que debía llevar a cabo una serie de actuaciones antes de poder gestionar el dinero de una persona fallecida. La exposición de éste documento ante los empleados del banco con el objetivo de retirar el dinero podría ser el *engaño bastante* del que habla la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en su artículo 248, que establece los elementos configuradores del delito de estafa.

Dice el citado artículo que *“Cometen 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”*. Ha de ser precisamente ese engaño el que ha de provocar el error origen del desplazamiento patrimonial. Éste *“ha de ser idóneo, de forma que ha de tenerse en cuenta, de un lado, su potencialidad, [...] para hacer que el*

⁴⁴ 6.2.2.b) del documento aprobado por el BCE de Criterios específicos de buenas prácticas bancarias.

⁴⁵ ATS haciendo referencia a la STS de 14 de junio de 2005 (JUR 2013\38744)

sujeto pasivo del mismo, incurra en un error; y de otro lado, las circunstancias de la víctima [...] generalmente la maquinación engañosa se construye sobre la aportación de datos o elementos no existentes, sin embargo, es posible también que consista en la ocultación de datos que deberían haberse comunicado para un debido conocimiento de la situación por parte del sujeto pasivo... ”⁴⁶ Como vemos no solamente oculta algo a alguien quien comunica algo falso, sino también quien oculta datos relevantes que estaba obligado a poner en conocimiento de la otra parte, en nuestro caso, el fallecimiento de Roberto.

En cuanto al ánimo de lucro que también exige explícitamente el artículo 248 para la subsunción dentro de este ilícito penal, viene siendo entendido por la jurisprudencia 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.”*⁴⁷ Volvemos de nuevo al problema del conocimiento sobre las circunstancias del caso, pues si ella considerara que el dinero ya le pertenecía no existiría tal propósito de enriquecimiento, tal como establece el TS en la ya citada sentencia 835/2015 (Nota 10).

Como estamos viendo, la clave para determinar si Nerea puede, o no, haber incurrido en un delito penal está en su voluntad, pues como se dice en el párrafo anterior, no cabe la estafa imprudente; así como en el conocimiento de la antijuridicidad o juridicidad de sus acciones, que como ya hemos visto puede modificar atenuando la responsabilidad criminal o incluso eximiéndole de ella (error de prohibición vencible o invencible).

La dificultad para conocer la conciencia y/o voluntad de un posible criminal ha hecho que el TS haya estipulado que *“Toda aplicación de la teoría del error, ya sea de tipo o de prohibición, ha de efectuarse en proyección de cada caso concreto y exige su prueba a cargo de quien lo alega como vía de exculpación [...] señalar la observación de las circunstancias culturales y psicológicas del que pretenda haber obrado con error, la inadmisibilidad de su invocación en infracciones generalmente conocidas como evidentemente ilícitas”*.

Pues bien, en mi opinión, sin tener un amplio conocimiento sobre las circunstancias culturales ni psicológicas de Nerea y no siendo un acto claramente antijurídico la exposición de un poder de representación de persona fallecida para retirar sus fondos, aunque con la debida diligencia se demostraría lo contrario, en la manera de actuar de Nerea sí se demuestra un *animus dolendi*. El hecho de actuar tan rápidamente tras la muerte de Roberto refleja una voluntad de ocultar su patrimonio, ante la posibilidad de que la cláusula de desheredación que le hacía heredera única fuese declarada nula. Es más, si hubiese actuado bajo el pensamiento de que el patrimonio, a la muerte de Roberto, era suyo, qué sentido tiene haber cambiado el dinero de las cuentas en las mismas sucursales con la única diferencia del nombre del titular.

Por último decir que tal y como estipula el artículo 74 del Código Penal, quien *“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...”* Por ello considero que Nerea podría ser autora, siempre en mi opinión y con los datos de los que disponemos, de un delito de estafa continuado. La aplicación del citado artículo *depende de la posibilidad de*

⁴⁶ STS 835/2015 de 23 diciembre. (RJ 2015/557)

⁴⁷ STS 856/2005 de 14 julio. (RJ 2006/1539)

*constatar la concurrencia de un vínculo de conexión entre dichos sucesos que sea de tal naturaleza que habilite a apreciar esta única realización delictiva a partir de todo el conjunto, dando forma a un caso de unidad jurídica de acción. Se considera en general que para identificar un delito continuado se requiere, cuando menos, una unidad de sujeto activo; estar frente a un caso compuesto por una pluralidad de hechos o acciones que satisfagan individualmente las exigencias del tipo respectivo; una distancia o separación cronológica entre ellas y que se trate de delitos que afecten bienes análogos mediante una forma de comisión semejante.*⁴⁸.

El delito continuado se incorporó al derecho positivo por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Parcial y Urgente del Código Penal, aduciéndose entonces por el legislador razones, ante todo, de seguridad jurídica, dado que su admisión jurisprudencial favorecía unas veces y perjudicaba en otras ocasiones a su autor. Cabía, sin embargo, objetar contra este argumento que tal aleatoriedad se debía tanto al arcaico criterio de determinación de la pena previsto para el concurso real de delitos, como a la excesiva atención prestada a la cuantía de lo sustraído, defraudado, etc., en la determinación de la pena de los delitos patrimoniales. El delito continuado sólo se justifica en cuanto supuesto límite de la denominada unidad natural de acción; es decir, existirá un único delito siempre que las sucesivas acciones delictivas singulares, subsumibles en el mismo tipo legal, no supongan sino una simple intensificación del contenido material de injusto del hecho total⁴⁹, como deja claro la sentencia citada anteriormente. La jurisprudencia⁵⁰ califica también el delito continuado como una “realidad jurídica” que permite construir un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones, dejando atrás las tesis doctrinales que veían en esta institución una ficción creado en el proceso mismo.

Como vemos en nuestro caso se dan las condiciones consideradas pues es la misma persona quien realiza varias acciones susceptibles de ser recogidas en el mismo tipo penal con una separación temporal, ya que Nerea hizo valer el poder que había quedado caducado con la muerte del poderdante en días sucesivos. Por lo que el delito continuado sería aplicable a nuestro caso.

- Insolvencia punible

Discutido el tema de la estafa, bajo el cual desde mi punto de vista, como reitero, no cabría aplicar un posible error de prohibición que permitiese atenuar la responsabilidad criminal, hemos ahora de debatir sobre las acciones posteriores a la retirada de los fondos que llevo a cabo Nerea. Éstas son: la transmisión del piso propiedad de Roberto, así como, el traspaso de derecho de uso del inmueble, del cual Nerea pagaba las cuotas, a su hija y yerno. Por estos actos de disposición y probablemente por otros que no conocemos, Nerea declara no disponer de patrimonio para hacer frente a las pretensiones de las hijas de Roberto.

Estos hechos podrían ser constitutivos de un delito de insolvencia punible para eludir responsabilidades civiles, definido en el artículo 258 de la Ley Orgánica 10/1995, en su

⁴⁸ Maldonado Fuentes, F. “Delito continuado y concurso de delitos”, Revista de derecho Valdivia, 2015

⁴⁹ José Sanz Morán, A.: “El delito patrimonial continuado y su sinuosa interpretación jurisprudencial”, LA LEY penal, nº 67, 2010

⁵⁰ STS 600/2007 de 11 septiembre. (RJ 2007\5374)

redacción original, como aquel en el que incurre “*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...*”

Son elementos del tipo objetivo de este delito la ocurrencia de un hecho delictivo y que con posterioridad al mismo, el autor realice actos de disposición o contraiga obligaciones que disminuyan su patrimonio y que con tal conducta consigue una situación de insolvencia, total o parcial. En este caso, el delito sería la estafa realizada por Nerea, que supuso la minoración del patrimonio de Roberto, la cual con posterioridad a la declaración de nulidad de la desheredación, supondrá un menoscabo del derecho a la herencia por parte de las hijas del causante⁵¹. La jurisprudencia ha entendido que el delito se consuma con la ejecución de hechos posteriores al hecho delictivo del que nacería la responsabilidad civil, aun cuando todavía no hubiera recaído condena respecto de este último.

Otras sentencias añaden que este delito, “*tal como entiende la doctrina, 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. No requiere la producción de una insolvencia total y real*”⁵². Esta doctrina jurisprudencial generó la duda sobre la necesidad del citado artículo por superponerse con artículo 257.1 CP, ya que se abría la posibilidad de incurrir en el delito tipificado en el 258 sin hacerse *total o parcialmente insolvente* bastaba con el simple entorpecimiento de los derechos de sus acreedores. Este conflicto se resolvió mediante la modificación del artículo 258 por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. En la figura recogida por el primer párrafo del artículo 257, basta con que el acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones realizado por el deudor dilate, dificulte o impida el cobro de los créditos por parte de los deudores⁵³ lo que como hemos visto y nos confirma la doctrina con la equiparación de las dos figuras podría llevarse a nuestro caso y aún en el supuesto de que Nerea no hubiese resultado insolvente, la mera disminución, aunque sea ficticia, de su patrimonio, entorpeciendo a los acreedores el cobro de sus créditos supondría la comisión de esta figura delictiva.

- Conclusiones

Por todo lo dicho, considero que Nerea ha incurrido además de la estafa continuada, en un delito de insolvencia punible por alzamiento de bienes, debido a las acciones llevadas a cabo, con el objetivo de liquidar su patrimonio. Éstas a mi parecer tenían el objetivo de entorpecer el cobro de los previsibles créditos futuros que iban a aparecer en favor de las hijas de Roberto, debido a la anulación de la cláusula de desheredación recogida en el testamento, objeto del presente caso, por el causante. Nos encontramos por lo tanto ante un concurso real de delitos que consiste en la comisión de una pluralidad de infracciones mediante una pluralidad de acciones por una misma persona, dice el artículo 73 del Código que a estas personas se le “*impondrán todas las penas*

⁵¹ STS 130/2008 de 9 de abril (RJ 2008/2172)

⁵² STS 1122/2005 de 3 de octubre (RJ 2005/7198)

⁵³ STS 616/2009 de 2 junio. (RJ 2009/4205)

correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas.”

- Acciones de las que disponen las perjudicadas

Tras haber estudiado las figuras delictivas en las que pudo haber incurrido Nerea, comentaremos las acciones en el ámbito penal de las que disponen Rosalía y Lorena.

En primer lugar y como es lógico, podrán e incluso están obligadas, tal y como estipula el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a poner en conocimiento de Juez, funcionario o Autoridad competente, la comisión de estos posibles delitos mediante denuncia. Esta denuncia podrá ser escrita o verbal⁵⁴. Tras la denuncia será el Ministerio Fiscal quien se persone en la causa como parte acusadora, ejercitando la acción pública inherente a cualquier delito que tenga el carácter de público.

Si quisieran personarse ellas mismas como parte acusadora a través de la figura de la acusación particular recogida en el artículo 110 del LECrim que dice que *“Los perjudicados por un delito o falta que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito y ejercitar las acciones civiles que procedan...”*. Debería para ello ejercitar una querrela en los términos establecidos en los artículos 270 y ss. de la LECrim. La querrela también la podría presentar cualquier persona, tratándose de un delito público, aunque no haya sido ofendido por el mismo, en virtud de lo dicho en el artículo 101 del citado texto legal.

Aunque las ofendidas no presentaran la querrela decidiendo personarse en el proceso, sería el Ministerio Fiscal el encargado de ejercer las acciones civiles de resarcimiento, además, claro está, de las acciones penales.

⁵⁴ Artículo 265 Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2. 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.

- La Figura del Notario

Los notarios son los funcionarios públicos y profesionales del derecho a los que corresponde *“íntegra y plenamente el ejercicio de la fe pública en cuantas relaciones de Derecho privado traten de establecerse o declararse sin contienda judicial”*⁵⁵ con el objetivo de proporcionar seguridad jurídica en el ámbito del tráfico extrajudicial. Se encarga de recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a este fin⁵⁶. Estos documentos tendrán carácter público y para que pueda desplegar todos sus efectos jurídicos y su fuerza probatoria deben cumplir una serie de requisitos a los que se refieren el Título IV, Capítulo II, Sección Primera del Reglamento de la organización y régimen del Notariado, así como, el artículo 17 bis de la Ley de 28 de mayo 1862, Orgánica del Notariado.

El artículo 17 bis.2.a) dice específicamente que *“...el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes.”*

- Fe publica

La fe pública es la autoridad legítima atribuida a determinados funcionarios para que los documentos que autoricen, en debida forma, sean considerados como auténticos y lo contenido en ellos sea tenido por verdadero mientras no se haga prueba en contrario. Se trata de un elemento de garantía otorgado por el Estado a los ciudadanos para corroborar que los hechos que interesan al derecho sean verdaderos y auténticos. Es un instrumento al servicio de la seguridad jurídica encaminado a solapar la realidad física con la jurídica. La fe pública otorga garantía, confianza y seguridad, dando la obligación de estimar como verdaderos e indiscutibles los actos y hechos sometidos a su amparo⁵⁷.

De hecho el artículo 143 del RN en su 4º párrafo establece que: *“Los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a la fe pública notarial sólo podrán ser negados o*

⁵⁵ Artículo de 2 Decreto 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.

⁵⁶ Borrel, J. (Coord.), *Derecho notarial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011 pág. 17

⁵⁷ Aranda Soria S.: “El ejercicio de la fe pública en el ámbito castrense”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº73, 2010, pág. 109 y ss.

desvirtuados por los Jueces y Tribunales y por las administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias”

- Nulidad del documento público

El artículo 6.3 del CC determina la nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas, esa nulidad afecta a toda clase de actos y por tanto también a los documentos públicos notariales sin necesidad de que en la ley se haga constar expresamente tal sanción de nulidad. Dice Giménez Arnau⁵⁸ que la nulidad de un instrumento público es su falta de eficacia o fuerza probatoria. Esta ineficacia puede producirse por su falta de veracidad o inexactitud, intencional o no, así como por la inobservancia de los requisitos formales o solemnidades que establece la legislación notarial que regula estos documentos. En este caso el Notario actúa sin prestar atención a su obligación de dar fe pública veraz e imparcial, movido por una recompensa económica. Es evidente por tanto que incurriría tal documento por él autorizado en una causa de nulidad, por lo que carecería de validez. Afirma, en consonancia con esto, Moxo Ruano que parece evidente que si la nulidad es lo opuesto a la validez, la falsedad es la opuesta a la veracidad, para añadir que esa falta de veracidad puede entrar en la órbita del Derecho Penal, o mantenerse en los límites del derecho civil. De ahí que deba estudiarse esta actitud del Notario desde ambos puntos de vista, como hacemos más adelante.

- Juicio de capacidad

Como hemos visto, una de las materias sobre la que estos funcionarios deben dar *fe pública* es el juicio de capacidad de los otorgantes, como ya comentamos anteriormente en la redacción de este trabajo. El juicio de capacidad viene regulado en los artículos 156.8 y 167 del Reglamento Notarial. Se trata de un juicio “*exclusivamente propio y personal*” Tradicionalmente se ha entendido incluido en este juicio⁵⁹:

- La capacidad natural de la persona
- La capacidad jurídica y de obrar
- La ausencia de prohibiciones objetivas o subjetivas
- Necesidad de consentimiento por parte de otras personas (padres, tutores, etc...)
- Necesidad de habilitación expresa judicial o administrativa
- En caso de comparecencia en nombre ajeno, existencia y suficiencia de la representación

Esta habilitación que concede el notario a los otorgantes de un documento público, no contiene solo el juicio de legitimación, como vemos, sino que resulta también de un juicio de la capacidad subjetiva. Así pues, puede ser que un Notario otorgue un juicio favorable de capacidad a una persona sobre la que ostenta una sentencia de incapacitación, si en el momento del otorgamiento se encontraba en un intervalo lúcido⁶⁰. También podría el notario negar la capacidad para otorgar estos documentos a una persona que no cuente con ningún impedimento legal. Sin embargo “*la aseveración notarial respecto de la capacidad de los otorgantes, constituye una presunción iuris*

⁵⁸ Gimenez Arnau, E.: *Instituciones de derecho notarial*, REUS, Madrid, 1954

⁵⁹ Borrel, J. (Coord), “Derecho notarial”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 420

⁶⁰ Me remito a la jurisprudencia aportada en la página 12 de este mismo documento.

tantum, que admite prueba en contrario”⁶¹. “*Esta prueba ha de ser inequívoca, cumplida y 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...*”⁶²

Si bien comentamos anteriormente que no pesaba sobre Roberto ninguna sentencia de incapacitación, pues las hijas la habían solicitado pero no se había sentenciado todavía. Es importante comentar que no son solamente las limitaciones que recoge el artículo 1263 del Código Civil, las que limitan la prestación del consentimiento en los contratos, sino que estas se entenderán “*sin perjuicio de las prohibiciones legales o de los requisitos especiales de capacidad que las leyes puedan establecer.*” En este caso es el Decreto que aprueba el reglamento notarial el que establece ciertos requisitos adicionales que debe apreciar el Notario para autorizar los documentos y contratos que deban concretarse ante este tipo de funcionarios públicos.

- Responsabilidad del Notario

En este supuesto que se nos plantea, el notario ha dado fe de la capacidad de Roberto, para otorgar el testamento y el poder, sin atender a la debida imparcialidad y veracidad que se le presupone, incurriendo en responsabilidad de tres clases:

- Administrativa, como funcionario público que es, por la infracción de las normas legales y reglamentarias que regulan su ejercicio.
- Penales, por la responsabilidad en los delitos cometidos por Nerea como cooperador necesario, además se hace valer de su especial posición como funcionario público. También podría haber incurrido en un delito de falsedad documental del artículo 390 del CP.
- Civiles, por los daños patrimoniales causados a sus clientes o a terceros

Vamos a pasar ahora a estudiar las diferentes responsabilidades en las que ha incurrido el notario con sus acciones.

Responsabilidad administrativa

Los artículos 346 y siguientes del RN regulan las correcciones disciplinarias del Notario, remitiéndose a lo establecido por el artículo 43.2 de la Ley 14/2000 y por lo previsto en el propio Reglamento. Como régimen supletorio se aplica lo dispuesto en las normas reguladoras del régimen disciplinario de los funcionarios civiles del Estado. El artículo 347 del RN clasifica las infracciones en muy graves, graves o leves, estableciendo plazos de prescripción diferentes para cada, en concreto, cuatro años para las muy graves, dos años para las graves y cuatro meses las infracciones leves; plazos que son computados desde la comisión del delito.

El procedimiento penal o civil y el expediente disciplinario son procesos paralelos, pero el segundo deberá atender a lo establecido en la resolución que haya recaído en los primeros.

⁶¹ STS 1101/2004 de 19 noviembre. (RJ 2004\6910)

⁶² STS 848/1998 de 19 septiembre. (RJ 1998\6399)

Atendiendo a las acciones que ha cometido el Notario en nuestro caso, hay que decir que son constitutivas de una infracción muy grave que viene establecida en el artículo 348.a) del Reglamento y que consiste en *“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.”*

El artículo 352 establece las sanciones que pueden ser impuestas a los notarios y son las siguientes:

- a) Apercibimiento.
- b) Multa.
- c) Suspensión de los derechos de ausencia, licencia o traslación voluntaria hasta dos años.
- d) Postergación de la antigüedad en la carrera cien puestos o en la clase hasta cinco años.
- e) Traslación forzosa.
- f) Suspensión de funciones hasta cinco años.
- g) Separación del servicio.

Estas sanciones serán impuestas, en atención a su gravedad por *“las Juntas Directivas de los Colegios Notariales, la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Ministro de Justicia.”* En concreto especifica el artículo 353 que *“Las infracciones muy graves se sancionarán con multa en el último tramo, traslación forzosa, suspensión de funciones y separación del servicio.”*

Como comentamos anteriormente, el plazo de prescripción de las acciones contra las infracciones muy graves es de cuatro años, por lo que los afectados dispondrán de este plazo para establecer las correspondientes acciones legales siendo los órganos competentes para incoar el procedimiento disciplinario en el ámbito administrativo: las Juntas Directivas de los Colegios Notariales, la Dirección General de los Registros y del Notariado o el Ministro de Justicia.

Responsabilidad civil

Dice el artículo 146 del RN que *“El Notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable. Si pudieren repararse, en todo o en parte, autorizando una nueva escritura el Notario lo hará a su costa, y no vendrá éste obligado a indemnizar sino los demás daños y perjuicios ocasionados. [...] quien se crea perjudicado, podrá dirigirse por escrito a la Junta Directiva del Colegio Notarial, la cual, si considera evidentes los daños y perjuicios hará a las partes una propuesta sobre la cantidad de la indemnización por si estiman procedente aceptarla como solución del conflicto.”*

Consideramos como responsabilidad civil la derivada de actuaciones de un notario en el ejercicio de sus funciones y que causan un perjuicio económico evaluable. La acción para exigir la reparación por responsabilidad contractual será de quince años y para la extra-contractual, es decir, la exigible por los terceros es de un año. En nuestro caso el perjudicado es un tercero, pues son las hijas de Roberto que no contratan directamente con el notario. Así pues dispondrían de un año para establecer la correspondiente acción, no obstante podría ser que esta responsabilidad se depurase en un procedimiento penal.

El notario debe, obligatoriamente, acreditar la contratación de un seguro de responsabilidad civil que tenga por objeto cubrir las responsabilidades en que pudiera incurrir el notario en el ejercicio de su cargo.⁶³

Responsabilidad penal

Es la que se deriva de la comisión de algún ilícito penal, en el ejercicio de sus funciones.

El artículo 390 del Código Penal establece un tipo penal concreto que persigue la falsedad en documento público cometida por un funcionario en el ejercicio de sus funciones e impone una pena de tres a seis años, multa e inhabilitación por tiempo de dos a seis años a la *“autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:*

1. *Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.*
2. *Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.*
3. *Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.*
4. *Faltando a la verdad en la narración de los hechos.”*

Es claro en este supuesto que se producen las características del tipo penal que recoge el artículo 390, en concreto el del punto 4º, ya 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”* y aun así otorga fe pública de lo contrario, actuando con dolo movido por una recompensa ofrecida por Nerea. Esto último hace también que nos encontremos ante un delito de cohecho pasivo que define el artículo 419 como aquel en el que incurre *“La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere [...], dádiva, favor o retribución de cualquier clase [...] para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo”*. Este delito ira consecuentemente hilado a la comisión por parte de Nerea, de un cohecho activo del artículo 424 del CP, que no se comentó anteriormente debido a que la recompensa para emitir un documento falso se nos plantea por primera vez en esta cuestión. El delito de cohecho se regula en el Capítulo V del Título XIX del Libro II del Código Penal. El bien jurídico que se protege en este título es el correcto funcionamiento de la administración de justicia pudiéndose destacar en el mismo dos notas fundamentales, a saber, por un lado el concepto de funcionario público, que a efectos penales lo encontramos en el art. 24 CP, y por otro, la propia condición del sujeto activo lo que obliga a no aplicar, por ministerio del art. 67 CP (inherencia), la agravante 7.ª del art. 22 C.P. de «prevalerse del carácter público que tenga el culpable».

La ley establece para este delito 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

⁶³ Artículos 24 y 25 del RN

ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado si fuera constitutivo de un delito.

Este último inciso permite el concurso real de delitos que a mi parecer se da en nuestro supuesto, en concreto entre el delito de falsedad documental⁶⁴ y el de cohecho pasivo propio. El artículo 73 permite que *“al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas.”* Por lo que las condenas establecidas para cada delito se cumplirán cumulativamente.

Por otro lado, debemos considerar también el alcance de la responsabilidad del notario en el delito de estafa que cometió Nerea y que tratamos en la cuestión anterior. A este respecto es importante el trato que ha dado la jurisprudencia a este tipo de supuesto, en concreto, resulta muy interesante la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1036/2003 de 2 septiembre (RJ 2004\459).

En este caso se trata otro delito de estafa continuado, llevado a cabo por una empresa madrileña, que recibía aportaciones de los socios con el pretexto de realizar inversiones inmobiliarias, estas aportaciones estaban garantizadas mediante una garantía real como era la hipoteca, contando con la correspondiente autorización del Notario. Finalmente se descubre que estas hipotecas eran ficticias e inexistentes, aunque el Notario se había valido de ingeniería jurídica para no incurrir en el delito de falsedad documental (como sí ocurre en nuestro caso), se plantea la responsabilidad que tiene el funcionario público en la comisión del comentado delito.

Dicha sentencia en su Fundamento Jurídico VIGESIMOSEGUNDO elabora un pormenorizado análisis sobre la responsabilidad del Notario. En primer lugar, apunta que la calificación de la actuación del notario, como constitutiva de un delito de estafa, por cooperación necesaria, había sido la tesis mantenida por la mayoría de partes acusadoras en el proceso. Su actuación consistió en la omisión de una serie de formalidades legales que incluían la elevación del documento al Registro Público correspondiente, por ello, suponiendo el Tribunal que, por su condición, era concededor de estos quehaceres se plantea la comisión por su parte de un delito de estafa, por omisión. *“Estas omisiones son por sí suficientes para originar el engaño que criminaliza el delito de estafa, dando apariencia a unos títulos de obligaciones que nada garantizaban, cooperando con su intervención a tal mecánica delictiva”*.

En nuestro caso, por esta parte, podría ser más grave la actuación del notario pues no se trata meramente de un delito de omisión, sino que con la aseveración de la capacidad de Roberto, está realizando una actuación que sí se podría considerar como un delito de falsedad documental como ya comentamos líneas atrás.

La conclusión a la que llega finalmente el Alto Tribunal en este proceso y que revisaremos a continuación, es aplicable a nuestro supuesto, en el sentido opuesto, siempre desde mi punto de vista. Pues bien, finalmente, el TS estima que *“Hay, pues, una contribución del notario X a la misma consecución del resultado típico y antijurídico, que constituye el engaño, espina dorsal y núcleo del delito de estafa [...] si bien, ni por las características del dolo del autor ni por la morfología de su acción, pueden integrar la propia autoría participativa, como contribución esencial o*

⁶⁴ Habría que apuntar aquí también la relación entre el documento falseado y la comisión en carácter de cooperador necesario, en la estafa perpetrada por Nerea. Este problema se estudiará más adelante.

cooperación necesaria, sino un escalón inferior en la dinámica delictiva, a título de complicidad en todo el desarrollo del suceso delictivo, pues la complicidad se caracteriza como un escalonamiento inferior en lo criminal y una solidaridad, también escalonada, en lo civil.”

Como vemos, el Tribunal atribuye un grado inferior de culpabilidad al Notario en este caso en atención *al dolo y a la morfología* de la actuación llevada a cabo por él. Sin embargo, como ya comente anteriormente en nuestro caso con su actuación incurre en una falsedad de documento público impulsado por una recompensa de Nerea (término que tampoco aparece en el pleito que estamos estudiando ahora mismo). A mi parecer, esta acción sí que supone una contribución esencial al engaño perpetrado por Nerea. Y es sabido también que por su condición y la experiencia que se le supone a un funcionario de esta índole, debería de conocer las consecuencias de su actuación en una situación con las características que estamos viendo, me estoy refiriendo al otorgamiento de un poder general sobre los bienes de una persona que como él sabía no estaba capacitado para otorgarlo; así como la desheredación de sus hijas, con las consecuencias patrimoniales que todo ello conllevaba. Además añade la misma sentencia que *“la cooperación necesaria requiere un acto sin el cual no se habría producido el delito, mientras que la complicidad supone la aportación de condiciones meramente favorecedoras del delito”* y *“no es preciso un acuerdo inicial entre el autor y el cómplice, sino que basta el presunto o tácito concierto de voluntades, con tal que dicho partícipe realice aportaciones al «iter criminal», con conocimiento* (siquiera sea meramente representativo, que en este caso va más allá, deducido de las circunstancias anteriores) *de que con tal acción favorece el delito”* Esta afirmación da más peso a mi argumento ya que sin la autorización del poder general por parte del Notario, aun conociendo del estado de Roberto, no hubiese podido Nerea llevar a cabo el delito.

Por todo lo expuesto, considero que el Notario en este caso no actúa como mero cómplice del delito de Nerea, sino que debe ser considerado autor en los términos del artículo 28.b) del Código Penal, que explicita que *“También serán considerados autores: [...] b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.”*

Dicho esto, hemos de aclarar que en el supuesto de los delitos cometidos por Nerea hablamos de que el engaño bastante, provenía de la utilización de un poder que ya no era válido debido al fallecimiento del poderdante, sin haber el Notario actuado con mala fe en la autorización de ese poder. En aquel caso se consideró que el poder era válido y por lo tanto el Notario no hubiera incurrido en ninguno de los delitos comentados. Sin embargo, en este supuesto nos planteamos que sin la recompensa que Nerea otorgó no se hubiese autorizado el negocio que constituyó el poder de representación y por lo tanto la estafa no se hubiese perpetrado, debido a que el engaño bastante del que hablamos en reiteradas ocasiones consistió básicamente en la exposición del poder ante los empleados de las sucursales bancarias. Por ello son supuestos distintos y en este caso el fallecimiento de Roberto no es de gran influencia, pues se habría cometido estafa desde el momento en que el poder ha sido otorgado con una persona que no estaba capacitada para ello y por ello el negocio no era válido.

En cuanto al concurso de delitos, dice el artículo 77 del CP: *“en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro.”* Nos habla aquí de dos clases de concursos, el concurso ideal y el concurso medial. Podría parecer que estamos ante un concurso medial, pues la falsedad

documental es el paso anterior a su colaboración en el *iter criminis* de la estafa perpetrada por Nerea. Ya que ésta se vale del documento falseado para cometer el engaño bastante que resulta el primer requisito del tipo. En cuanto a este dice el apartado 2º del citado precepto que “*se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos*”.

Aunque este concurso delictual está enclavado en el mismo precepto que se encuentra el concurso medial (inciso primero). La doctrina mayoritaria se inclina por estimar que el concurso medial se trata en realidad de un supuesto de concurso real. La ley no habla en la parte segunda del citado artículo de “un solo hecho”, sino que más bien parece contraponer la regulación medial al caso primero donde un solo hecho constituya varios delitos. Es la unidad de hechos lo que nos permite discernir entre estas dos especies de concurso. A este respecto existe unidad de hecho cuando tanto la conducta como el resultado son el mismo (por ejemplo, agresión a un agente de la autoridad que le causa lesiones o la muerte); por el contrario, existe pluralidad de hechos cuando el sustrato material de la conducta no sea único, o cuando se realice la producción dolosa de varios resultados materiales típicos, aun cuando sea mediante una sola conducta⁶⁵ (por ejemplo nuestro caso, se falsea un documento público y este se utiliza como medio engañoso para causar un perjuicio patrimonial). Vistas las diferencias entre las clases de concursos que recoge el artículo 77, es evidente, porque la ley aplica una pena más gravosa en el caso del segundo, en concreto, se aplica al concurso medial una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave mientras que en el supuesto de que exista la comentada unidad de hecho (concurso ideal) se aplicara el 77.2 que habla de imponer en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave. Sin embargo, para que se diese el concurso medial debería existir unidad en el sujeto activo, sin embargo en el caso que nos ocupa la estafa no es cometida por el notario, sino que este simplemente coopera mediante un elemento necesario en su comisión. Estaríamos entonces ante otro supuesto de concurso real que sería el de la cooperación a la estafa y el de la falsedad, si bien, resulta chocante el hecho de que si el Notario mismo fuese el autor principal del delito de estafa, sí estaríamos ante un concurso medial de delitos y la pena aplicable respondería a la regla del artículo 77.3 que es menos gravosa que la regla del número 73 del mismo cuerpo legal y que regula el concurso real (citado anteriormente para el caso del cohecho y la falsedad). Este, en mi opinión, hace que las consecuencias para el cooperador necesario sean desmedidas, quebrantando así el **principio de proporcionalidad penal**.

- Proporcionalidad

La construcción jurídica de lo que significa este principio es relativamente reciente; sin embargo, la exigencia de una actuación proporcionada en cualquier actuación de carácter estatal sobre los ciudadanos está íntimamente ligada con la idea de la justicia material; por ello ha estado presente de algún modo a lo largo de toda la historia del pensamiento jurídico. Sin embargo, este principio en su origen está más vinculado quizás a la filosofía que al Derecho clásico, si bien su paulatino reconocimiento en el

⁶⁵ GUINARTE CABADA: “*El concurso medial de delitos*”. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XIII, Servizo de Publicacións da USC, págs. 160 y ss.

ordenamiento jurídico, casi de manera universal, se inició en un momento donde confluyeron sobremanera ambas ciencias, la Ilustración⁶⁶.

Este principio fue recogido ya en el artículo 8 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, señalando que “*la ley no debe establecer las penas estrictas y evidentemente necesarias*”. Se haya también recogido en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, en su art. 49.3 que dispone que la intensidad de las penas no debe ser desproporcionada en relación con la infracción. Sin embargo la Constitución Española no le hace mención expresa aunque se encuentra implícito en numerosos preceptos constitucionales. Tampoco tiene dentro del ordenamiento jurídico penal un reconocimiento expreso con una definición de su contenido y con reglas para su apreciación⁶⁷, son el respeto a los valores constitucionales, la jurisprudencia y la doctrina quienes han ido perfilando esta figura.

Opera como un criterio que debe guiar la labor del legislador en la determinación de las penas y la de los Tribunales a la hora de aplicar la ley al caso concreto, utilizando los mecanismos que las propias normas penales le ofrecen, o sino consta de estos mecanismos, midiendo la pena como una apreciación directa del principio de proporcionalidad para dictar de esa forma una sentencia justa. El TS ha sido claro diciendo que este principio “*es definidor siempre de cualquier decisión judicial*”, deduciéndose de tal forma de expresión que la proporcionalidad guiará la imposición de las penas. Pero parte de la doctrina, considera que la aplicación directa de este principio cuando no tiene un sustento legal en el caso concreto puede incidir en el principio de legalidad y dar a los Tribunales una discrecionalidad en la aplicación o resolución de situaciones que, aunque aparezcan decididas teniendo como sustento la justicia material, pueden apartarse del imperio de la ley y acercarse a la voluntad de su interprete⁶⁸.

En el caso expuesto, por lo tanto, el enjuiciador debería tener en cuenta este principio penal, puesto que sería desmesurado que por las reglas de aplicación de los concursos el Notario, tuviera una pena superior siendo cooperador necesario, que la que se le aplicaría en el caso de cometer *motu proprio* la estafa.

- Conclusión sobre la responsabilidad del notario

De esta manera, por todo lo tratado anteriormente, considero que el Notario que autoriza el testamento abierto de Roberto, así como el otorgamiento del poder general en favor de Nerea es autor de un delito de cohecho pasivo, en concurso con la falsedad documental y con un delito de estafa perpetrada por Nerea en el que actúa con el papel de cooperador necesario. Todo ello con las precisiones comentadas en párrafos anteriores. Además deberá hacer frente a la correspondiente responsabilidad civil para responder de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación, así como, a la responsabilidad administrativa que le corresponda por la regulación interna de este cuerpo de funcionarios públicos.

⁶⁶ De la Mata Blanco, J.: *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007

⁶⁷ Souto García, E.M.: *Apuntes Derecho Penal. Parte General*, Edición propia, 2010

⁶⁸ Muñoz Cuesta, FJ.: “La Aplicación del principio de proporcionalidad de las penas al enjuiciamiento separado de un delito continuado”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2012, Pamplona. 2012

Repertorio Bibliográfico:

Albaladejo García, M.: *Derecho Civil I. Parte General*, Edisofer, Madrid, 2013

Alberruche Díaz-Flores, M^a: “El juicio de capacidad emitido por el notario en el testamento abierto”, *Actualidad Civil*, nº1, 2014

Aranda Soria S.: “El ejercicio de la fe pública en el ámbito castrense”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº73, 2010

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.): *Manual de Derecho Civil. Sucesiones*, BERCAL, Madrid, 2008, pág. 126

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.): *Derechos Reales*, BERCAL, Madrid, 2013 págs. 45 y ss.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.): *Derechos Reales*, BERCAL, Madrid, 2013 págs. 131 y ss

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.): *Manual de derecho civil. Contratos*, BERCAL, Madrid, 2011

Borrel, J. (Coord.): *Derecho notarial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011 pág. 17

Borrel, J. (Coord): *Derecho notarial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011 pág. 420

Callejo Rodríguez, C.: “Nulidad del testamento por falta de capacidad para testar”, *Actualidad Civil*, nº 5, 2015, pág. 72 y ss.

Casanueva Sánchez, I: “La acción de nulidad de testamento. Concepto y ejercicio”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 16, 1998. Disponible en:
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/119391.pdf>

Crespo Allue, F.: *La revocación del mandato*, Montecorvo, Madrid, 1984

De la Mata Blanco, J.: *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007

Documento relativo a los criterios específicos de buenas prácticas bancarias publicado por el Banco de España Disponible en:
http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/09/Fich/Buenas_practicas.pdf

Diez-Picazo, L.: *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Tomo I, Madrid 1983, pág. 313

Diez Picazo, L.: *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1979

Fernandez Lopez, R.I.: "Los pactos sucesorios del Derecho Civil de Galicia", *Anuario de derecho de USC*, Santiago, 2014

Gimenez Arnau, E.: *Instituciones de derecho notarial*, REUS, Madrid, 1954

Guinarte Cabado, G.: "El concurso medial de delitos". *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 13, 1990, Disponible en <http://hdl.handle.net/10347/4211>

Lacruz Berdejo, J.L. y Sancho Rebullida, F.: *Elementos de derecho civil V. Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1981

López San Luis, R.: *El derecho de representación en la sucesión testamentaria*, Comares, Granada, 2013

Maldonado Fuentes F., "Delito continuado y concurso de delitos", *Revista Valdivia*, nº.28, 2015. Disponible en:
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502015000200010#n4

Martínez Escribano, C.: "La sucesión hereditaria y el juicio divisorio". Thomson-Reuters Disponible en
<http://portaljuridico.lexnova.es/practica/JURIDICO/200713/que-es-la-accion-de-peticion-de-herencia>

Monje Balmaseda, O. (Coord.): *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Dickinson, Madrid, 2014

Muñoz Cuesta, F.J.: "La Aplicación del principio de proporcionalidad de las penas al enjuiciamiento separado de un delito continuado", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2012, Pamplona, 2012

O'Callaghan Muñoz, X.: *Código Civil. Comentarios y Jurisprudencia*, LA LEY, Madrid, 2012

Pérez Álvarez M.A. (Coord.), *Curso de derecho civil. Derecho de Sucesiones*, COLEX, Madrid, 2013. Pag.340

Pérez González y Alguer, *Anotaciones al Tratado de Derecho Civil de Ennecerus-Kipp-Wolf*, Tomo I, Vol 2º, Barcelona, 1950

Roa Salguero, D.A.: "El Principio de proporcionalidad: cortapisa al abuso de la potestad disciplinaria", *Revista de derecho penal y criminología*, Vol. XXXV, nº99, 2014

Rodríguez Guitián, A.M.: "La capacidad de testar: especial referencia al testador anciano", *Cuaderno Civitas*, 2006

Romero Coloma A.M.: "Testamento y personas ancianas", *Revista jurídica del notariado*, nº73, 2010

Romero Coloma, A.M.: *La desheredación*, Bosch, 2005

Sanz Morán, A. J.: “El delito patrimonial continuado y su sinuosa interpretación jurisprudencial”, *LA LEY*, nº 67, 2010. Disponible en <http://p88-127.0.0.1.accedys.udc.es/accedix0/sitios/control/0incrustat.php?aplicacion=10134>

Salas Carceller A.: “La protección del tercero no hipotecario en la adquisición de bienes inmuebles”, *Repertorio de Jurisprudencia*, nº 16, Pamplona, 2007 (BIB 2007\1313)

Souto García, E.M.: *Apuntes Derecho Penal. Parte General*, Edición propia, 2010

Repertorio de Jurisprudencia:

Tribunal Supremo:

STS de 21 junio 1986. (RJ 1986\3788)
STS de 19 diciembre 1988. (RJ 1988/9479)
STS 675/1993 de 28 de junio (RJ 1993/4792)
STS 31 octubre 1995 (RJ 1995/7784)
STS 848/1998 de 19 septiembre. (RJ 1998\6399)
STS 1205/2000 de 22 diciembre. (RJ 2000/10136)
STS 1036/2003 de 2 septiembre (RJ 2004\459).
STS 1101/2004 de 19 noviembre. (RJ 2004\6910)
STS 856/2005 de 14 julio. (RJ 2006/1539)
STS 1122/2005 de 3 de octubre (RJ 2005/7198)
STS 286/2006 de 21 marzo. (RJ 2006/1590)
STS 33/2006 de 14 septiembre (RJ 2007/956)
STS 708/2007 de 14 junio. (RJ 2007\3516)
STS 896/2007 de 31 julio. (RJ 2007/6258)
STS 600/2007 de 11 septiembre. (RJ 2007\5374)
STS 130/2008 de 9 de abril (RJ 2008/2172)
STS 336/2009 de 2 abril. (RJ 2009/4151)
STS 616/2009 de 2 junio. (RJ 2009/4205)
STS 687/2013 de 6 noviembre. (RJ 2013\7261)
STS 258/2014 de 3 junio. (RJ 2014/3900)
STS 898/2014 de 22 diciembre. (RJ 2014/6824)
STS 835/2015 de 23 diciembre. (RJ 2015/557)

Otros Tribunales:

STSJ 18/2011 de 30 de mayo (RJ 2011/4884)

Otras resoluciones:

ATS haciendo referencia a la STS de 14 de junio de 2005 (JUR 2013\38744)

Repertorio de Legislación:

Constitución Española. («BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978)

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. («BOE» núm. 206, de 25 de julio de 1889)

Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos. («BOE» núm. 306, de 23 de diciembre de 1991)

Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia. («DOG» núm. 124, de 29 de junio de 2006, «BOE» núm. 191, de 11 de agosto de 2006)

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. («BOE» núm. 7, de 08/01/2000)

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. («BOE» núm. 281, de 24 noviembre de 1995)

Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. («BOE» núm. 152, de 27 de junio de 1983) Disposición DEROGADA por la LO 10/1995

Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. («BOE» núm. 260, de 1 de septiembre de 1882)

Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. («BOE» núm. 58, de 27 de febrero de 1946)

Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario. («BOE» núm. 106, de 16 de abril de 1947)

Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862. («BOE» núm. 149, de 29 de mayo de 1862)

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» núm. 189, de 07 de julio de 1944)

Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. («BOE» núm. 313, de 30 de diciembre de 2000)