

Universidad Internacional de La Rioja
Máster en el ejercicio de la abogacía

Dictamen Jurídico de caso sobre Derecho Civil.

Trabajo fin de máster presentado por:	Ángel Jesús del Rey Fernández
Titulación:	Máster en el Ejercicio de la Abogacía
Área jurídica:	Derecho Civil y Mercantil
Director/a:	D. Fernando Morillo González

Ciudad: Madrid
[29/01/2016]

Firmado por: Ángel Jesús del Rey Fernández

Dictamen que emite Ángel Jesús del Rey Fernández, alumno del Máster en el ejercicio de la Abogacía de UNIR, como Trabajo de Fin de Máster.

1). ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	3
2). OBJETO DEL DICTAMEN.....	4
3). ANTECEDENTES DE HECHO	4
4). CUESTIONES QUE SE PLANTEAN	5
5). NORMATIVA, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA.....	6
A). NORMATIVA.....	6
B). JURISPRUDENCIA.....	10
C). DOCTRINA	14
6). FUNDAMENTOS JURÍDICOS	16
I.- ¿Qué acciones son las que podría ejercitar Don Carlos?	16
II.- ¿Qué derecho se aplicaría a la donación dados los puntos de conexión existentes en el caso? ¿Cuáles serían los tribunales competentes para conocer la cuestión?	19
III.- Si hubiera de aplicarse el derecho chileno, ¿cómo se probaría ante los tribunales españoles la realidad y vigencia del derecho extranjero?	22
¿Es válida la donación otorgada por Don Javier desde la óptica del derecho chileno?.....	25
IV.- ¿Sería válida la donación? ¿En qué momento se produce la adquisición de la propiedad por parte del sobrino, si es que se produce?.....	27
V.- ¿Tendrían los familiares de los inquilinos derechos a subrogarse en el arrendamiento de la vivienda? De ser así, ¿en qué condiciones se produciría dicha subrogación?	32
VI.- ¿Qué derecho se aplicaría a la sucesión de Don Javier?.....	34
VII.- Dado que la voluntad clara de Don Javier era transmitir el piso de Madrid a su sobrino, ¿en el caso de que no valiera la donación sería posible mantener la compatibilidad de ambos testamentos?	35
Argumentos en contra de la argumentación desplegada y respaldada por este Dictamen	37
La interpretación del testamento: intención y voluntad del testador.....	38

Error en el consentimiento como causa de nulidad Parcial del último testamento	40
VIII.- ¿Es, de verdad, Doña María, la legítima propietaria del piso? ¿El familiar de los inquilinos, una vez adquirida la propiedad de Doña María e inscrita en el Registro de la Propiedad, sería un tercero hipotecario del art. 34?.....	43
7). CONCLUSIONES	47
8). BIBLIOGRAFÍA	48
9). WEB GRAFÍA	50

Índice de abreviaturas:

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCCh	Código Civil Chileno
CE	Constitución Española
C.R.	Convenio de Roma de 19. VI. 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales
Ed.	Editorial
D.T.	Disposición Transitoria.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LH	Ley Hipotecaria
LOPJ	Ley Orgánica Poder Judicial
p.	Página
Pág.	Página
Págs.	Páginas
R.C.D.I.	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
Ref.	Referencia
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Legislativo
R.D.P.	Revista de Derecho Privado
ROJ	Repertorio Oficial de Jurisprudencia
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Sec.	Sección
ss	Siguientes
SSAP	Sentencias de la Audiencia Provincial
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STS	Sentencia Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

2). OBJETO DEL DICTAMEN

El objeto del presente dictamen es dar respuesta a la consulta formulada por Don Carlos, particular que habiendo recibido un piso en Madrid por medio de un legado y una posterior donación por parte de su tío Don Javier, se está planteando el ejercicio de acciones legales con la finalidad de delimitar la propiedad del piso donado.

3). ANTECEDENTES DE HECHO

1. Un ciudadano español Don Javier, con nacionalidad española y residente en Santiago de Chile, en el año 1.999 otorga testamento en Chile, en el que deja como legado a su sobrino Don Carlos, una propiedad situada en la ciudad de Madrid (España).
2. La propiedad legada, se trata de un piso que se encuentra alquilado desde el año 1.950 al matrimonio formado por Don Alberto y Doña María, que tienen 4 hijos.
3. Al tratarse de un alquiler de renta antigua y superar los gastos a los ingresos obtenidos por el piso, Don Javier decide en el año 2.002 donar este piso a su sobrino Don Carlos.
4. Dicha donación la efectúa por medio de la legitimación de firma de un documento privado de donación, en una Notaría de Santiago de Chile, y seguidamente envía este documento a Madrid para que su sobrino formalizara la aceptación de la donación.
5. Su Sobrino Don Carlos, encarga un informe fiscal del coste de la operación, y tras el mismo decide no aceptar por el momento la donación.
6. Con posterioridad a esta donación, Don Javier otorga un nuevo testamento en el que se consigna una cláusula general derogatoria de las disposiciones testamentarias efectuadas con anterioridad, en el que ya no aparece el piso donado a su sobrino y donde dispone de todos sus bienes a favor de su esposa, teniendo en cuenta que no tenía hijos de ninguno de sus dos matrimonios.
7. En el año 2.005 fallece Don Alberto, uno de los inquilinos del inmueble de Madrid, que fue objeto de la donación.
8. En el año 2.009 fallece el donatario (Don Javier), en Santiago de Chile.
9. En el año 2.010 fallece la otra inquilina del inmueble de Madrid Doña María (esposa de Don Alberto), sin que viviera con ella ninguno de sus 4 hijos desde hacía años.

10. Tras el fallecimiento de los inquilinos del piso (año 2.010), Don Carlos otorga escritura pública de aceptación de la donación que su tío le remitió en el año 2.002.

11. Tras requerimiento de las llaves del inmueble de Madrid, de Don Carlos a los familiares de los inquilinos, estos últimos llegan al convencimiento tras el análisis de la documentación aportada, que la legítima propietaria del piso es Doña María (viuda de Don Javier –donante-).

12. Doña María se traslada a España, y tras la aceptación de la herencia de su difunto marido, en la que se incluye el piso donado con anterioridad, otorga escritura pública de compraventa a favor de un familiar de los inquilinos del inmueble.

4). CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

De acuerdo con los antecedentes de hecho expuestos, se suscitan las siguientes cuestiones jurídicas:

- 1.- ¿Qué acciones son las que podría ejercitar Don Carlos?
- 2.- ¿Qué derecho se aplicaría a la donación dados los puntos de conexión existentes en el caso? ¿Cuáles serían los tribunales competentes para conocer la cuestión?
- 3.- Si hubiera de aplicarse el derecho chileno, ¿cómo se probaría ante los tribunales españoles la realidad y vigencia del derecho extranjero?
- 4.- ¿Sería válida la donación? ¿En qué momento se produce la adquisición de la propiedad por parte del sobrino, si es que se produce?
- 5.- ¿Tendrían los familiares de los inquilinos derechos a subrogarse en el arrendamiento de la vivienda? De ser así, ¿en qué condiciones se produciría dicha subrogación?
- 6.- ¿Qué derecho se aplicaría a la sucesión de Don Javier?
- 7.- Dado que la voluntad clara de Don Javier era transmitir el piso de Madrid a su sobrino, ¿en el caso de que no valiera la donación sería posible mantener la compatibilidad de ambos testamentos?
- 8.- ¿Es, de verdad, Doña María, la legítima propietaria del piso? ¿El familiar de los inquilinos, una vez adquirida la propiedad de Doña María e inscrita en el Registro de la Propiedad, sería un tercero hipotecario del art. 34?

5). NORMATIVA, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

Para la resolución de las indicadas cuestiones jurídicas planteadas debe acudir a la siguiente normativa, jurisprudencia y doctrina, de aplicación a las mismas.

A). NORMATIVA

a). Constitución Española de 1978

El art. 96.1 CE, establece una preferencia en las relaciones entre el derecho internacional convencional y el derecho interno a favor de los tratados internacionales que se hayan establecido sobre la materia a tratar.

b). Tratados Internacionales

i). En materia de sucesiones. El Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961. En el que se establece la validez formal de las disposiciones mortis causa, dirimiendo los posibles conflictos de ley que puedan existir en materia de forma de las disposiciones testamentarias, en aquellos países que han suscrito el convenio.

En su Art. 1. e), se dispone que en materia de bienes inmuebles, serán válidas en cuanto a la forma, las disposiciones testamentarias que se ajusten a la ley interna del lugar en que estén situados los inmuebles.

ii). En relación a las donaciones y dado su carácter contractual. El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 del que formamos parte desde el 1 de septiembre de 1.994. Que establece con efectos de carácter universal “erga omnes (art. 2 C.R.)”, la libre elección de la ley aplicable por los contratantes (art. 3.1 C.R.), y en defecto de esta elección, y tratándose de la donación de un bien inmueble, la ley aplicable será la del país donde se encuentre situado el inmueble (art. 4.3 C.R.). Asimismo, se establece en su art. 7.2, en cuanto a las formas del contrato que se suscriben entre personas de países diferentes, será válido, si cumple con los requisitos de forma de la ley que rija el fondo del contrato.

c). Ley Orgánica**i). Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).**

Ley reguladora de la organización del Poder Judicial.

En su art. 22 quinquies a), (añadido por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), en el que se establece que aunque el demandado no tuviera su domicilio en España, los Tribunales españoles serán competentes en materia de contratos, cuando deba cumplirse la obligación derivada del contrato en España.

d). Ley**i). Real Decreto de 24 de julio de 1889 - Real Orden de 29 de julio de 1889 - (Código Civil) CC.**

Ley por la que se regirán fundamentalmente las materias tratadas en nuestro supuesto.

El art. 9.8 CC, establece que la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante.

El art. 348 CC, prevé que el propietario de un bien, puede ejercer una acción reivindicatoria contra el tenedor y el poseedor del bien.

Los arts. 618 y ss., regulan la donación en nuestro país.

El art. 621 CC, establece que las donaciones entre vivos se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones.

El art. 633 CC, establece que las donaciones de bienes inmuebles tendrán que formalizarse en escritura pública. Y asimismo, se establece en este artículo que para que una donación surta efecto, es necesario que la aceptación de la misma se efectúe en vida del donante.

El art. 673 CC, prevé que será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude. No incluyendo el error como causa de nulidad del testamento.

El art. 675 CC, determina que la verdadera voluntad del testador tiene

incluso más peso legal que el sentido literal de las palabras del testador, y en caso de duda prevalecerá su verdadera intención.

El art. 737 CC, prevé que las disposiciones testamentarias son revocables, aunque el propio testador expresare lo contrario. Y asimismo se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de disposiciones futuras.

El art. 739 CC, establece que el testamento posterior revoca al anterior, siempre que no se exprese explícitamente que el anterior subsista en todo o en parte.

El art. 743 CC, determina que los testamentos serán ineficaces, y por tanto el error únicamente tendrá relevancia en los casos previstos en el Código Civil. En nuestro caso en los arts. 773, 767 y 862 CC.

El art. 767 CC, establece que será considerada como no escrita, la expresión de una causa falsa de la institución de heredero.

El art. 882 CC, establece que el legatario adquiere la propiedad del legado de cosa específica y determinada, desde el momento en que muere el causante.

El art. 885 CC, determina que el legatario tiene una acción personal ex testamento para pedir al heredero o al albacea, la entrega de la cosa legada (acción de entrega del legado), siempre y cuando éste se halle autorizado para ello.

El art. 807.3º del CC, dispone que a falta de descendientes y ascendientes, la viuda es heredera forzosa.

El art. 1278 CC, establece que los contratos serán obligatorios, y a pesar de no otorgar importancia a la forma de celebración del mismo, ya se advierte, que en ellos deberán concurrir las condiciones esenciales para su validez.

El art. 1279 CC, determina que si se exigiera por la ley el otorgamiento de escritura pública para la eficacia de las obligaciones del contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar esa forma desde el consentimiento y demás requisitos de validez.

El art. 1261.2º CC, determina que no hay contrato si no existe objeto cierto que sea materia del contrato.

El art. 1265 CC, prevé que el consentimiento prestado por error, violencia,

intimidación o dolo, será nulo.

El art. 1266 CC, establece que el error sobre las condiciones, o sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, será causa suficiente para invalidar el contrato.

ii). Ley Hipotecaria (Decreto de 8 de febrero de 1946. Además de esta Ley, está vigente entre otra normativa, la Ley 2/1981 de 25 de marzo y la Ley 41/2007 de 7 de diciembre que modifica a la anterior). Que regula el mercado hipotecario en España.

Los arts.1.3, 38.1º y 97 LH, establecen la protección del titular registral derivada del Principio de Legitimación Registral, otorgando una presunción *iuris tantum* a los asientos registrales.

El art. 34 LH, que otorga protección al tercero de buena fe que adquiera a título oneroso un derecho de persona, siempre y cuando éste tenga facultades para realizar la transmisión.

iii). Ley de arrendamientos urbanos (Ley 29/1994 de 24 de noviembre)

La Disposición Transitoria Segunda de dicha Ley, regula el régimen aplicable a los contratos de arrendamiento anteriores a 9 de mayo de 1985.

iv). Ley de Enjuiciamiento Civil LEC (Ley 1/2000, de 7 enero)

Ley que establece el Derecho Procesal que regula la actuación ante los tribunales para obtener la tutela de los derechos en asuntos de naturaleza civil o mercantil, y al resto de las jurisdicciones de manera subsidiaria.

El art. 45.1 LEC, determina que la competencia objetiva sobre las materias que se derivan del supuesto, corresponde a los Juzgados de Primera Instancia.

El art. 52.1.1º LEC, determina que la competencia territorial sobre los hechos detallados en el supuesto, corresponde a los Juzgados de Primera Instancia de Madrid.

El art. 281.2 LEC, prevé que el derecho extranjero, será objeto de prueba, e

introduce la posibilidad de que, además de las partes, también sean los Tribunales, quienes puedan indagar e introducir elementos al proceso para esclarecer la oportuna aplicación del derecho extranjero al caso concreto.

El art. 282 LEC, señala asimismo que la iniciativa probatoria corresponderá a las partes, aseverando no obstante, que el tribunal podrá disponer la práctica de determinados instrumentos probatorios, si así se establece en la ley.

El art. 424 LEC, establece que si las partes no aportaran una información suficiente para poder resolver sobre el derecho extranjero, el Tribunal podrá decretar el sobreseimiento del proceso por imposibilidad de resolver al no tener un conocimiento exhaustivo de la ley extranjera.

e). Reglamento

i). Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.

El art. 144 del Reglamento Notarial, establece que los testimonios, certificaciones y legalizaciones no reciben la denominación de escrituras públicas.

El art. 258 del Reglamento Notarial, prescribe que no se podrá otorgar testimonio de legitimación a aquellos actos o documentos en los que se exija la escritura pública como condición de existencia o de eficacia.

B). JURISPRUDENCIA

- Sentencias Tribunal Constitucional

Sobre la aplicación del Derecho Extranjero

a) Tribunal Constitucional (Sala 1ª). Sentencia 10/2000, de 17 de enero de 2000. Acreditación del derecho aplicable a un caso concreto por imperativo legal. Adopción de medidas complementarias por parte de los órganos judiciales para demostrar el derecho extranjero.

-Sentencias Tribunal Supremo

Sobre la aplicación del Derecho Extranjero

a) Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 22 de Mayo de 2001 (Roj: STS 4220/2001). En la que se pone de manifiesto, que las reglas de la carga de la prueba, tienen una diferente aplicación en el caso de cuestiones de hechos, que de normas que han de ser imperativamente aplicadas, porque así lo dispone la legislación aplicable.

Sobre las Donaciones

a) Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencias de 13 de Mayo de 1963 -Roj: STS 150/1963- (donde ya se hacía referencia a una sentencia del año 1.932, que se manifestaba en los mismos términos), la de 15 de Octubre de 1985 (Roj: STS 329/1985), de 24 de Junio de 1988 (Roj: STS 9938/1988), y en la de 16 de Febrero de 1990 (Roj: STS 13084/1990). En ellas se establece de manera indubitada que la forma exigida en relación a la obligación de otorgar escritura pública en las donaciones, se hace con carácter de forma esencial o “ad solemnitatem”, como expresión de la exigencia mínima.

b) Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia de 17 de abril de 1998 (Roj: STS 2474/1998), en la que se pone de manifiesto que ya se hacía referencia a la hipótesis mantenida, desde muy antiguo, a tenor de la cita que se hace en esta sentencia de otra resolución datada en el año 1896, que preconizaba la misma teoría. En ellas se establece que la doctrina mayoritaria en materia de donaciones, mantiene la tesis de que la falta de notificación en la donación no acarrea en modo alguno la revocación de la donación ni la nulidad de la misma. Determinándose que la postura contraria parte del error de confundir los términos validez de la donación, con el de perfección de la misma.

c) Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencias de 19 de junio de 1999 (Roj: STS 4345/1999) y de 21 de junio de 2007 (Roj: STS 5003/2007). Se perfeccionará la donación de inmuebles mediante escritura pública, requisito 'ad solemnitatem". No cabe solicitar la elevación a público del contrato privado de donación, ni quedaría saneada su nulidad inicial por el expediente de elevar a público el contrato privado.

d) Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia de 25 de enero de 2007 (Roj: STS 167/2007), considera que la donación de inmuebles no realizada en escritura pública no es justo título para la usucapión ordinaria, aunque ello no excluye la prescripción extraordinaria.

Sobre las Sucesiones Testamentarias:

a) Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 278/1982 de 08 de junio (Roj: STS 61/1982). En ella se establece que ha de primar la voluntad del testador sobre la estricta literalidad. La interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador.

b) Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 177/1983 de 26 de marzo (Roj: STS 50/1983). -Roj: STS 50/1983- (donde se cita a una STS, que data de 1.940, en la que se establecía que ha de primar la voluntad del testador sobre la estrictamente literal). Aseverándose en ella que puede acudir con el fin de aclarar la voluntad del testador a los llamados medios de prueba extrínsecos o circunstancias exteriores del testamento.

c) Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 125/1984 de 29 de febrero (Roj: STS 273/1984). Las circunstancias exteriores al testamento de muy diversa índole, pueden ser testigos, testamento anterior, que actúan como dato complementario de la determinación de la voluntad de los causantes.

d) Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia de 9 de Octubre de 2003 (Roj: STS 6147/2003), donde se llega a afirmar que “la voluntad del testador es ley en la sucesión”.

e) Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia de 19 de diciembre de 2006 (Roj: STS 7802/2006). En ella se afirma que la interpretación testamentaria debe basarse en la búsqueda de la verdadera voluntad del causante.

Sobre los argumentos en contra de las conclusiones de este dictamen en materia de sucesiones testamentarias.

a) Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 405/2010, de 17 de Junio de 2010 (Roj: STS 3091/2010). En la que se pone de manifiesto que la última voluntad del testador, es la recogida en el último testamento, que revoca todo lo

anteriormente dispuesto, y esto puede ocurrir hasta el último momento de la vida.

Sobre el Principio de Buena Fe Registral

a) Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia de 18 de febrero de 2005 (Roj: STS 1007/2005). Establece que la buena fe del art. 34 LH, comprende no solo el desconocimiento de la inexactitud registral, sino también que no haya podido conocerse la situación real desplegando una mínima diligencia. Asimismo recalca, que la buena fe, además de requerir el desconocimiento total de la inexactitud registral, necesita la ausencia de posibilidad de conocer la exactitud.

b) Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencias de 7 de septiembre de 2007 (Roj: STS 5823/2007), con referencia a las SSTs, de 25 de octubre de 1999 (Roj: STS 6615/1999), 8 de marzo de 2001 (Roj: STS 1839/2001) y 11 de octubre de 2006 (Roj: STS 6598/2006), manifestando que debe considerarse "desvirtuada la presunción de buena fe cuando el desconocimiento o ignorancia de la realidad sea consecuencia "de la negligencia del ignorante".

c) Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencias de 22 de septiembre de 2008 (Roj: STS 4775/2008), refiriendo lo señalado por la STS de 25 mayo 2006 (Roj: STS 3313/2006), declaran que "*no se actúa de buena fe cuando se desconoce lo que con la debida diligencia normal o adecuada al caso se debería haber sabido*".

Sobre el régimen de subrogación del contrato de arrendamiento de vivienda

a) Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencias de 3 de abril de 2009 (Roj: STS 2464/2009), 24 de marzo de 2011 (Roj: STS 1491/2011) y más recientemente el 22 de abril de 2013 (Roj: STS 2805/2013). Declaran que el contrato de arrendamiento al tener una naturaleza generadora de derechos personales, no pertenece al caudal ganancial, y por consiguiente una vez fallecido el titular del contrato, su cónyuge viudo tendrá que acudir a la figura de la subrogación para seguir ostentando los derechos que le otorga el contrato de arrendamiento del inmueble.

-Sentencias Audiencia Provincial

a) Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia de 26 de diciembre de 2.005

(Roj: SAP M 14898/2005). Precede a la STS núm. 405/2010, de 17 de Junio de 2010 (Roj: STS 3091/2010). En la que se señala que la última voluntad del testador es la recogida en su último testamento, que revoca todo lo anteriormente dispuesto. Esta resolución a pesar de tener una estrecha similitud con los hechos acaecidos con nuestro caso, es contraria a los planteamientos esgrimidos en este dictamen, sin embargo en ella se reconoce que cabría esgrimir serias dudas de hecho y de derecho en determinados actos de voluntad del causante, y por tanto sería posible mantener un criterio distinto del mantenido por el juzgado en su resolución, razón por la cual se estimaba parcialmente el recurso

b) Audiencia Provincial de Ourense. Sentencias de 28 de octubre 2010 (Roj: SAP OU 790/2010) y de 30 de noviembre 2010. (Roj: SAP OU 795/2010). Y Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra. Sentencia de 3 de octubre de 2014 (Roj: SAP PO 2102/2014). Sentencias que citan a la STS núm. 405/2010, de 17 de Junio de 2010 (Roj: STS 3091/2010), manteniendo la misma postura.

-Otras Sentencias

Resoluciones

a) Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 1 de julio de 2.003. En ella se establece que la doctrina mayoritaria en materia de donaciones, mantiene la tesis de que la falta de notificación en la donación no acarrea en modo alguno la revocación de la donación ni la nulidad de la misma. Determinándose que la postura contraria parte del error de confundir los términos validez de la donación, con el de perfección de la misma.

C). DOCTRINA

-Doctrina contractualista de la donación

Doctrina por la que una donación es considerada un contrato y no un acto sucesorio. Los seguidores de esta doctrina, entre los que se encuentra Castán Tobeñas, mantienen que las referencias señaladas en nuestro Código Civil en referencia a categorizar la donación como un acto de liberalidad, contenida en el art. 618 CC, son

motivadas por un error, cuyo origen data del proyecto de Código Civil francés.

En términos similares se manifiesta Manuel Albaladejo, al señalar que *“la donación es una liberalidad contractual o que se realiza mediante contrato”*.

-Doctrina por la que se admite la prueba extrínseca para determinar la verdadera voluntad de un causante.

Doctrina sobre interpretación testamentaria, construida jurisprudencial y doctrinalmente bajo la base de la admisión de la prueba extrínseca para determinar la verdadera voluntad de un causante.

En este sentido se citan en el presente dictamen las sentencias de la sala de lo civil del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1983 (Roj: STS 50/1983), y la sentencia núm. 125/1984 de 29 de febrero (Roj: STS 273/1984), entre otras.

Asimismo, se deja constancia en este dictamen de la corriente doctrinal que se postula bajo este discernimiento, que es unánime entre los autores que han tratado el tema, en la aceptación general del recurso a medios extra testamentarios para construir adecuadamente la voluntad del testador. Unanimidad que se refleja en la obra *“la interpretación del testamento”*, del Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Lleida, Don Antoni Vaquer Aloy, recordando que los siguientes autores se han manifestado en este sentido *“Roca Sastre, notas a Kipp, Derecho de sucesiones, p. 230; Simó Santonja, «La interpretación», pp. 383-384; Castro y Bravo, Negocio, p. 86; García Amigo, «Interpretación», p. 960 ss; Alférez Callejón, «El testamento», p. 106; Castán Vázquez, «La interpretación», p. 300 ss; Roca-Sastre Muncunill, Derecho de sucesiones, p. 233; O’Callaghan, Compendio, p. 297; Capilla Roncero, Derecho de sucesiones, p. 119; La cruz et al, Sucesiones, p. 220-221 ss; Díez-Picazo/Gullón, Sistema, IV, p. 330; Román García, Instituciones, p. 159; Lasarte Álvarez, Principios, 7, p. 222; Albaladejo, Curso, p. 342; De la Cámara Álvarez, Compendio, p. 162 ss; Burgos Pérez de Andrade, com. art. 675, p. 298; Reglero Campos, com. STS 29.12.1997, p. 613 ss. Antes de la promulgación del Código civil, Domingo de Morató, El derecho civil de España, parágrafo 1057, p. 33, proponía acudir a medios extrínsecos tales como «las relaciones de parentesco o amistad que ligaban al testador con la persona agraciada, a lo que tal vez durante su vida tuviere el testador costumbre de dar a esta persona, y en último caso a la del*

país en casos de igual naturaleza»”.

-Doctrina por la que el error en el consentimiento en materia testamentaria debe incluirse en los supuestos de vicio

Entre otros autores se cita en este dictamen al eminente jurista español, Don Ramón María Roca Sastre, por considerar que el error en el consentimiento debe incluirse en los supuestos de vicio, bajo el entendimiento de que la no inclusión del error en el art. 673 CC, es debido a una laguna involuntaria, y por consiguiente debe solventarse con la aplicación analógica de los arts. 1261 y 1266 CC.

Roca Sastre. R M. 1976. *“Anotaciones a Enneccerus-Kipp-Wolff”*. Barcelona. V. 1. Pág. 277.

6). FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. ¿Qué acciones son las que podría ejercitar Don Carlos?

En virtud de lo establecido por el art. 882 CC, cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, como ocurre en el presente caso, el legatario adquiere su propiedad desde el momento en que muere el causante. Ahora bien, esta posesión no se adquiere de forma inmediata como ocurre en la herencia (como al parecer ha pretendido Don Carlos al requerirle las llaves al familiar del inquilino), sino que es adquirida de forma mediata a través del heredero (como último poseedor de los bienes hereditarios a partir de la muerte del testador), o en su caso al albacea autorizado, otorgándosele al legatario una acción personal ex testamento para pedir la entrega del legado (acción de entrega del legado), tal y como se dispone en el art. 885 CC .

Acción que en el presente caso, y a tenor del enunciado del mismo, no procedería, puesto que la posesión del bien legado no se encuentra en manos del heredero, que en este caso es la viuda de Don Javier (Doña María), por haberlo vendido ésta a un familiar del inquilino, dejando patente que Doña María no reconoce derecho alguno sobre el piso a Don Carlos.

Por todo ello, en primer lugar Don Carlos deberá acudir a la vía jurisdiccional para

que le sea reconocido el derecho sobre el piso en función del legado otorgado por Don Javier. Es decir, deberá solicitar que se declare la validez del legado en la vía jurisdiccional civil, con base fundamentalmente a dos prerrogativas:

1.- Don Javier, en el año 1.999, otorga testamento válidamente constituido en Santiago de Chile, en el que deja como legado a Don Carlos el piso situado en la ciudad de Madrid.

Posteriormente realiza una donación, sin respetar los formalismos legales de esta institución, y por tanto se debe considerar a efectos formales como no constituida, pero que el en presente caso nos sirve como demostración de que la verdadera voluntad de Don Javier, era la de dejar el piso de Madrid a su sobrino Don Carlos. Hecho que queda constatado con el otorgamiento del segundo testamento (también válidamente constituido), donde dispone de todos sus bienes a favor de su esposa, pero en el que no se incluye el piso de Madrid como integrante de su masa hereditaria. Hecho que hace suponer que Don Javier no contaba con dicha propiedad por estar convencido de que la donación efectuada a su sobrino Don Carlos, con anterioridad al otorgamiento del segundo testamento, había surtido los efectos deseados.

2.- El piso de Madrid, nunca debió formar parte de la masa hereditaria de Don Javier, pues una vez fallecido éste, todos los acontecimientos del supuesto nos conducen a que todos los actos otorgados por el causante, conducían a una inequívoca voluntad de dejar el piso fuera de la masa patrimonial otorgada a su mujer. Hecho que tiene una indudable trascendencia sobre todos los actos posteriores, y que podrían ser constitutivos de la nulidad de los mismos en relación al piso de Madrid.

A la acción de declaración de la validez del legado, se tendrían que acumular las siguientes acciones:

1. Nulidad parcial de la partición otorgada a favor de la viuda (Doña María)

Atendiendo a que la verdadera voluntad de Don Javier, y de forma inequívoca, era la de dejar el piso de Madrid a su sobrino, esta propiedad no puede ser refundida en la masa hereditaria a favor de su viuda (Doña María), y por consiguiente debe ser excluida esta propiedad de la masa hereditaria por medio de la declaración de

nulidad parcial de la partición de herencia que se otorga en favor de la viuda.

2. Acción reivindicatoria frente a los adquirentes (familiares de los antiguos inquilinos del piso de Madrid)

En la medida en que el piso de Madrid, nunca debió estar incluido en la masa hereditaria del causante por ser esta su verdadera voluntad, se tendrá que postular una acción reivindicatoria contra el poseedor no propietario de dicha propiedad.

Esta acción reivindicatoria para adquirir la posesión del piso, deberá tramitarla según lo previsto en el art. 348 CC, y deberá iniciarla contra el propietario actual, y con carácter previo o simultáneamente a la acción reivindicatoria, deberá solicitar la cancelación o anulación del asiento registral conforme a lo previsto en el art. 38 LH.

En este último punto, hemos de puntualizar que el titular registral, que en nuestro caso, es el familiar de los antiguos inquilinos del piso, tiene una importante protección derivada del Principio de Legitimación Registral, recogido en los arts.1.3, 38.1º y 97 de la Ley Hipotecaria.

Los tribunales competentes para conocer de este litigio serán los tribunales españoles, por las razones que más adelante se concretaran. En cuanto a la competencia objetiva, serán competentes los Juzgados de Primera Instancia, de conformidad con lo establecido en el art. 45.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por ser estos los competentes para conocer de aquellos asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribuidos a otros tribunales. Asimismo, y en cuanto a la competencia territorial, ésta corresponderá a los Juzgados de Primera Instancia de Madrid, por ser el lugar en que está situado la cosa litigiosa (el piso de Madrid), de conformidad con lo establecido en el art. 52.1.1º LEC

De los datos ofrecidos no se extrae la valoración económica del bien inmueble situado en Madrid, que es objeto del dictamen, pero en la suposición lógica, de que el mismo tiene un valor dinerario por encima de los seis mil euros, el juicio se deberá sustanciar por las reglas del procedimiento ordinario en función de su cuantía, superior a 6.000 €, de conformidad con lo establecido en el art. 249.2 de la LEC.

II. ¿Qué derecho se aplicaría a la donación dados los puntos de conexión existentes en el caso? ¿Cuáles serían los tribunales competentes para conocer la cuestión?

En un análisis somero de esta cuestión, bastaría con echar un vistazo a nuestra norma base en materia de sucesiones y donaciones en el derecho español, para determinar que esta pregunta tiene una clara respuesta en nuestro código civil, que de forma concisa y concreta determina en su artículo 10.7, que *“las donaciones se regirán, en todo caso, por la ley nacional del donante”*.

Ahora bien, entrando en el examen de dicho precepto y atendiendo a la naturaleza de la institución de la donación, podemos observar como dicha norma, se encuentra incardinada entre los apartados 5,6 y 8 del artículo 10 CC, referidos a obligaciones contractuales, y al mismo tiempo, tiene una clara conexión con el art. 9 CC, al determinar la nacionalidad del donante como definitorio para el establecimiento del derecho que regirá esta institución, dándole así un carácter de naturaleza no contractual, que algunos autores han venido a determinar, atribuyendo a esta institución un carácter mixto o híbrido entre su naturaleza contractual y sucesoria. Teoría que se vio reforzada por la propia redacción del art. 618 CC, que inicia el Título II del Libro III del Código Civil, que nuestro código civil dedica a la institución de la donación. Y donde se establece que *“la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta”*, calificado la donación como un acto y no como un contrato.

Lo cierto es, que en la actualidad la doctrina contractualista de la donación ha desplazado mayoritariamente a los defensores de la concepción mixta de esta institución, entre otras cuestiones, atribuyendo tal concepción de *“acto de liberalidad”* establecida por el art. 618 CC, a un error. En estos términos se manifiesta Castán Tobeñas, en cuanto al carácter contractual de la donación, indicando que *“(…) No contradice esta doctrina el hecho de que el artículo 618, al definir la donación la llame acto y no contrato, siguiendo al modelo italiano y francés, porque esta calificación tiene un origen muy conocido: se atribuye al error de Napoleón, que hizo sustituir en el proyecto de Código francés la palabra contrato por la de acto,*

*pareciéndole que no podía existir contrato sin obligaciones recíprocas para los dos contratantes (...)*¹.

En este mismo sentido se manifiesta Manuel Albaladejo, señalando que *“la donación es una liberalidad contractual o que se realiza mediante contrato, es decir, que la donación es un contrato. Lo que algunos niegan. Mas, creo que, por mucho que lo nieguen, en el sistema de nuestro Código la donación es un contrato, aunque la definición legal la llame acto”*².

En cualquier caso, y lejos de querer entrar en tales disquisiciones, que sin duda, han sido objeto de múltiples controversias jurídicas, lo cierto es que en nuestro caso el art. 621 CC, establece que *“las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos, se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en este título.”*

Esta remisión explícita a lo dispuesto en materia de contratos del art. 621 CC, viene a determinar, que al menos en lo referente a las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos (como es nuestro caso), nos emplaza al estudio de lo legislado en materia de contratos en nuestro país para determinar el derecho de aplicación al mismo.

Teniendo en cuenta que en el presente caso nos encontramos ante un supuesto de hecho con indudables connotaciones internacionales, puesto que el núcleo central de las controversias jurídicas que se pueden suscitar sobre este asunto, orbitan sobre un legado y una donación que fueron otorgados en Chile, sobre un bien inmueble que se encuentra ubicado en España. En primer lugar deberemos tener en cuenta la norma suprema del derecho español, para determinar cuál es la norma aplicable cuando se suscitan cuestiones de carácter supranacional, en las que pueden intervenir normativas ajenas a nuestro derecho interno. Atendiendo a lo establecido por el art. 96.1 C.E, podemos observar que en nuestro derecho se establece una preferencia en las relaciones entre el derecho internacional convencional y el derecho interno, a favor de los tratados internacionales que se hayan establecido sobre la materia a tratar.

¹ **Castán Tobeñas, J.** 1.988. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo 4, 14ª Edición. Madrid. Ed.: Reus. Pág. 220.

² **Albaladejo, M.** 1986. *Comentarios al Código Civil. Tomo VIII, Vol. 2º: Artículos 618 a 656 del Código Civil Título II. De la donación Capítulo primero. De la naturaleza de las donaciones*. Madrid. Ed.: Editorial de Derecho Reunidas S.A. Pág. 7.

En este sentido, en España la ley aplicable a las obligaciones contractuales, viene definida por su adhesión al Convenio de Roma de 1.980, del que forma parte desde el 1 de septiembre de 1.994, fecha en la que entró en vigor dicho convenio en nuestro país. Que establece con efectos de carácter universal “erga omnes (art. 2 C.R.)”, la libre elección de la ley aplicable por los contratantes (art. 3.1 C.R.), y en defecto de esta elección, como es el caso ante el que nos encontramos, y tratándose de la donación de un bien inmueble, la ley aplicable será la del país donde se encuentre situado el inmueble (art. 4.3 C.R.).

Asimismo, el Convenio de Roma, establece en su art. 7.2, en cuanto las formas del contrato que *“un contrato celebrado entre personas que se encuentren en países diferentes será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Convenio o de la ley de uno de estos países.”*

Por lo expuesto, en todo lo referente a la ley de aplicación en el caso precedente, estaremos a lo establecido por la legislación española.

En relación a los tribunales competentes para conocer de esta cuestión dentro de nuestro país, y en atención al carácter contractual de la donación anteriormente argumentado, se estará a lo establecido por el artículo 22 quinquies a), añadido por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), en el que se establece que aunque el demandado no tuviera su domicilio en España, los Tribunales españoles serán competentes “en materia de obligaciones contractuales, cuando la obligación objeto de la demanda se haya cumplido o deba cumplirse en España”.

En cuanto a la competencia objetiva sobre esta cuestión, serán competentes los Juzgados de Primera Instancia, de conformidad con lo establecido en el art. 45.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por ser estos los competentes para conocer de aquellos asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribuidos a otros tribunales. Asimismo, y en cuanto a la competencia territorial, ésta corresponderá a los Juzgados de Primera Instancia de Madrid, por ser el lugar en que está situado la cosa litigiosa (el piso de Madrid), de conformidad con lo establecido en el art. 52.1.1º LEC.

La acción se deberá sustanciar por las reglas del procedimiento ordinario en función de su cuantía, previsiblemente superior a 6.000 €, de conformidad con lo establecido en el art. 249.2 de la LEC.

III. Si hubiera de aplicarse el derecho chileno, ¿cómo se probaría ante los tribunales españoles la realidad y vigencia del derecho extranjero?

Como ya hemos analizado, todas las cuestiones que se suscitan en el presente Dictamen nos dirigen a que el derecho aplicable en el caso, es el Derecho español. No obstante, es interesante el estudio del cómo podríamos probar el derecho chileno en nuestros tribunales, en el hipotético caso de que tuviéramos que hacerlo.

En este sentido, y dirigiéndonos a la normativa aplicable en este terreno, es destacable, la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, derogando el segundo párrafo del controvertido art. 12.6 CC, introduciendo un nuevo patrón en su art. 281.2, en el que se señala que *"También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación"*.

Esta reforma vino a cambiar la pauta que en materia de aplicación de Derecho Internacional Privado se tenía en España, en el sentido de atribuir de forma exclusiva la carga de la prueba extranjera a la parte a quien le interesara la aportación al proceso de la misma, y en el caso de que no se aportara por las partes, el Juez -que anteriormente no podía ir más allá de lo aportado por las partes-, se limitaba a desplazar el derecho extranjero, aplicando el derecho español para dar cumplimiento al derecho de tutela judicial efectiva.

De la nueva redacción del art. 281.2 LEC., se introducía la posibilidad de que también fueran los Tribunales, quienes pudieran indagar e introducir elementos al proceso para esclarecer la oportuna aplicación del derecho extranjero al caso concreto. Se modificaba así la interpretación jurisprudencial de considerar al derecho extranjero como "un hecho", pasando a considerarse como verdaderas normas

jurídicas que debían ser empleadas en la resolución del proceso, eliminando la prevalencia del derecho español sobre el derecho foráneo, si este último era de razonable aplicación en las cuestiones de fondo.

Puede afirmarse que el principio que rige ante el derecho extranjero, es el contrario al principio de "iura novit curia", el juez conoce el derecho, aplicable en el derecho español. Por contra el Derecho extranjero debe probarse porque el juez desconoce el derecho foráneo "iura aliena nescit curia", al menos con carácter general, porque sería pretencioso y desproporcionado que el Juez tuviera que conocer todos los derechos aplicables en los diferentes países del mundo. Por ello, el alcance del principio de "iura novit curia", que en el derecho nacional implicaría el deber de conocer el Derecho español, en aplicación de derecho extranjero, tiene distinto alcance, y se traduciría en el deber que tienen los tribunales de investigación del Derecho extranjero³.

En este sentido, es destacable indicar que tanto la postura del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional (como se advierte a partir de la STS, de 22 de mayo del 2001 (Roj: STS 4220/2001)⁴, con una clara influencia de la STC 10/2000, de 17 de enero⁵), ha pasado a diferenciar claramente entre la carga de la prueba de los hechos y las normas imperativamente aplicables a un caso. Cuestión determinante a la hora de desplazar el derecho extranjero, por no quedar

³ **Hondius, E.** 2003. "Towards a European *ius commune*: The Current Situation in Other Fields of Private Law", Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe. Antwerp/Oxford/New York (ed. K. Boele-Woelki). Págs. 118-139.

⁴ **STS de 22 de Mayo de 2001** (Roj: STS 4220/2001). "(...) la parte demandante ha fundado su pretensión en el Derecho español y, al no resultar aplicable éste, aquélla ha de ser desestimada, pues carece de fundamento. Esta conclusión no puede obviarse por una aplicación indirecta del Derecho nacional como consecuencia del fracaso en la prueba del Derecho extranjero. En primer lugar, porque, como ya se ha dicho, la parte no ha tratado en ningún momento de probar el Derecho extranjero, sino de excluir la aplicación de éste a favor de su tesis favorable a la del Derecho nacional y esta posición lleva a la desestimación de la pretensión deducida. En segundo lugar, porque las reglas de la carga de la prueba no juegan en el mismo sentido en el caso de hechos que de normas que han de ser imperativamente aplicadas. En efecto, aquí no se trata de la aportación de un hecho al proceso, cuya falta de prueba perjudica a la parte que fundaba en él su pretensión o su resistencia, sino de una norma o un conjunto de normas que han de ser aplicadas al caso, porque así lo dispone una regla que es imperativa. Por ello, no puede decirse que el Derecho nacional se aplica si no se prueba el Derecho extranjero por la parte que está interesada en esa aplicación (...)"

⁵ **STC 10/2000, de 17 de enero.** "(...) no se trataba en el caso concreto de que la recurrente probase lo alegado por ella (la aplicación al caso del Derecho armenio), sino de la acreditación del Derecho aplicable al caso por imperativo del mencionado art. 107 del Código Civil, lo que, a la luz de las garantías contenidas en el art. 24.1 CE, hubiese exigido de los órganos judiciales, y dadas las singularidades del caso de autos, una más activa participación en la consecución de dicha prueba una vez que la parte aportó un principio de prueba, sin que en momento alguno del procedimiento se dé razón de por qué no se acudió a otras medidas complementarias, habida cuenta de la facultad que el propio art. 12.6 in fine del Código Civil confiere a los órganos judiciales."

suficientemente acreditado el contenido material de éste en función de lo aportado por las partes, pues existiendo una norma de conflicto, aunque ésta sea extranjera, determinará el derecho aplicable a un caso concreto. Así pues, con la reforma practicada, el Juez tendrá la obligación de investigar suficientemente el derecho extranjero para poder aplicarlo convenientemente, o instar a las partes a que lo aporten de forma suficiente para poder resolver.

Para ello el Juez, deberá acudir a los mecanismos que les brindan los diferentes convenios firmados por nuestro país en esta materia⁶. Obligando a los estados contratantes del Tratado a proporcionarse mutuamente datos concernientes a su derecho dentro del ámbito civil y mercantil, así como dentro del ámbito del procedimiento civil y comercial y de su organización judicial. No obstante, si el Juez decidiese no tomar parte en la investigación del derecho extranjero, puesto que lo preceptuado por el art. 281.2 LEC, es optativo⁷, y las partes no aportaran una información suficiente para poder resolver sobre el derecho extranjero, se podrá acudir al mecanismo del art. 424 de la LEC, por el que el Tribunal podrá decretar el sobreseimiento del proceso por imposibilidad de resolver al no tener un conocimiento exhaustivo de la ley extranjera.

Todo ello conduce, a que con independencia de que el Juez, tenga a bien hacer uso de lo prescrito por el art. 281.2 LEC., las partes que invoquen el derecho extranjero, deberán probar el contenido, la vigencia y la interpretación concreta de las normas que los tribunales extranjeros hagan del Derecho extranjero aplicable al caso.

Estas disquisiciones son asimismo reflejadas en el art. 282 LEC, prescribiendo que la iniciativa probatoria corresponderá a las partes, aseverando no obstante, que el tribunal podrá disponer la práctica de determinadas instrumentos probatorios, si así se establece en la ley. Por consiguiente, para probar ante los tribunales españoles la

⁶ Entre otros, el **Convenio Europeo** acerca de la Información sobre el Derecho Extranjero, de 7 de junio de 1968, al que se adhirió España el 2 de octubre 1973; y Protocolo adicional al Convenio europeo acerca de la información sobre Derecho extranjero, hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978; el Convenio Europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero, hecho en Londres el 7 de Junio de 1968; la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, hecha en Montevideo el 8 mayo 1979. (Instrumento de Adhesión de España del 10 de diciembre de 1987)

⁷ En este sentido, la **STS de 13 de abril de 2000**, señala que *“los órganos judiciales tienen la facultad pero no la obligación, de colaborar con los medios de averiguación que consideren necesarios”*. Declarando el carácter potestativo del art. 281.2 LEC.

realidad y vigencia del derecho extranjero, se estará a lo establecido en los arts. 281.2 y 282 de la LEC.

Así pues, en el caso de tener que probar el derecho chileno, y a modo de apunte, pues las cuestiones planteadas deben resolverse como se ha visto desde la óptica del derecho español (con independencia de que la propia legislación española da la posibilidad de derivar a la legislación chilena, ciertos aspectos de carácter formal sobre algunas de las cuestiones aquí planteadas), deberemos desplegar los siguientes argumentos:

¿Es válida la donación otorgada por Don Javier desde la óptica del derecho chileno?

En estudio de la legislación chilena, y centrándonos a priori en su Código Civil, nos encontramos con que uno de los requisitos para concertar la validez de una donación, con base en el art. 1.400 del Código Civil Chileno, es al igual que en la legislación Española, la necesidad de que el otorgamiento de una donación se realice en escritura pública.

En este sentido, se manifiesta el jurista chileno Alfredo Barros Errázuriz⁸, señalando que *“la falta de instrumento público en los actos y contratos en que la ley exige este requisito como una formalidad esencial para la validez del acto jurídico, es decir, cuando juega el papel de “solemnidad”, y no el de mera prueba preconstituida, acarrea la nulidad absoluta, porque se trata de una formalidad que la ley exige en consideración a la naturaleza del acto o contrato, y que al faltar cae dentro del campo de aplicación del artículo 1682 del Código Civil, que se refiere precisamente a este caso”*. De lo que se deduce que la donación otorgada por Don Javier a favor de su sobrino, está inserta dentro de lo deducido por el art. 1682⁹ del CCCh, y declarar la donación objeto de este debate, como incluso en una causa de nulidad absoluta desde la óptica del derecho chileno.

⁸ Barros Errázuriz, A. 1932. *Teoría de las obligaciones*, tomo II. Nº 240. Santiago de Chile. Pág. 342.

⁹ Art. 1682. **Código Civil Chileno.** *“La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.*

Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.”

Ahora bien, para ello tendremos que delimitar a la luz de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina chilena, si la “legitimación de firma de documento privado” está considerada como “escritura pública” en Chile.

En virtud de lo establecido en la antigua redacción del art. 424 del Código Orgánico de Tribunales Chileno (Ley n° 7.421, del 15 de Junio de 1943), no había duda en determinar que la legitimación de firma notarial de documento privado no podía ser considerada como escritura pública en Chile. Pero este precepto fue derogado por el artículo 1 a) de la Ley N° 18.181, del 27 de Octubre de 1982, publicada en el Diario Oficial de Chile, del 26 de Noviembre de 1982.

A tenor de lo acontecido, hemos de dirigirnos a lo señalado por el art. 1699 del Código Civil Chileno, que define como *“instrumento público o auténtico el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario”* y agrega que *“otorgado ante escribano e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública”*. En este mismo sentido el art. 403 del Código Orgánico de Tribunales define la escritura pública como *“el instrumento público o auténtico otorgado con las solemnidades que fija esta ley, por el competente notario, e incorporado en su protocolo o registro público”*.

Por su parte, el artículo 426 del Código Orgánico de Tribunales, establece en su número 2 que *“no se considerará pública o auténtica la escritura que no esté incorporada en el protocolo o que éste no pertenezca al notario autorizante o al de quien esté subrogando legalmente”*.

De la definición que el artículo 1699 del Código Civil Chileno da al instrumento público, se deduce que el hecho de comparecer ante un Notario Chileno para dejar testimonio de un acto personal o de un acuerdo entre partes y la incorporación de esa comparecencia escrita en los registros del mismo Notario, dan al instrumento público el carácter de escritura pública (Corte Suprema, R. de D. y J., t. XLV, sec. 1ª, pág. 321, 9 de diciembre de 1947).

Esta práctica es conocida en España, como protocolización de documento privado. No obstante, llegados a este punto hemos de señalar que una cosa es la protocolización de documentos privados, que son incorporados al protocolo notarial, y otra muy distinta, la “legitimación notarial de firma en documento privado”, donde el Notario no da fe del contenido de los mismos, sino que únicamente da fe de la estampación de firma. De hecho, en Chile al igual que en España únicamente se

requiere que el interesado en una legitimación de firma solo acompañe una copia del documento en el que se va a legitimar la firma, puesto que el Notario no guarda copia, ni incorpora copia alguna a sus registros, no existiendo matriz notarial de estos documentos en los archivos notariales.

Por lo expuesto, la legitimación de firma en documento privado, no está considerado como escritura pública en Chile, entre otras cosas porque no se puede protocolizar, y por consiguiente podemos concluir, que la donación no fue legal en Chile.

IV. ¿Sería válida la donación? ¿En qué momento se produce la adquisición de la propiedad por parte del sobrino, si es que se produce?

Con la donación, nos encontramos ante una institución jurídica no exenta de problemática, que desde sus inicios ha sido mirada con disfavor por parte del derecho, en la medida que se entendía que podía ser causa de numerosos quebrantos para el donante, sus legitimarios o para sus acreedores, pues se corría el riesgo de ser la consecuencia de una decisión sin reflexión o desmedida generosidad por parte del donante en su propio perjuicio o el de terceros. Llegándose incluso a prohibir las donaciones que sobrepasaran cierta cantidad (Ley Cincia –año 204 a.C.), con ciertas excepciones.

Es por ello, que siempre ha sido revestida de unos requisitos de forma de especial gradación, según algunos autores, para dar publicidad y facilitar la prueba de la transmisión operada¹⁰, y para otros autores estas exigencias formales se debían constituir para asegurar la reflexión del donante¹¹. Lo cierto es, que la no observancia de las formalidades legales en esta institución, pueden concluir en la invalidez o nulidad de la misma.

En cualquier caso, estas exigencias formales de la donación, serán objeto de nuestro primer análisis a la hora de determinar la validez de la donación realizada en nuestro supuesto, y teniendo en cuenta que la donación se formaliza por medio de la legitimación de firma ante notario de un documento privado, y volviendo a lo referido anteriormente sobre la naturaleza contractual de tal institución,

¹⁰ **Girard, P.F.** 1911. *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Dalloz, París. 5ª Ed. Rousseau. Págs. 998 y 999.

¹¹ **Biondi, B.** 1972. *Instituzioni di Diritto Romano*. Torino. 5ª Ed. Giuffrè. Pág. 756.

remitiéndonos al Capítulo III de nuestro Código Civil, referido a la eficacia de los contratos, podemos observar como a pesar de que en el art. 1278 CC, se establece que los contratos serán obligatorios, sin otorgar importancia a la forma de celebración del mismo, ya se advierte, que en ellos deberán concurrir las condiciones esenciales para su validez. Para proseguir en su art. 1279 CC, con la advertencia de si se exigiera por la ley el otorgamiento de escritura pública para la eficacia de las obligaciones del contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar esa forma desde el consentimiento y demás requisitos de validez.

En este sentido y atendiendo a lo establecido por el art. 633 del Código Civil, “para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública”. Estableciendo de manera indubitada que la forma exigida en relación a la obligación de otorgar escritura pública, se hace con carácter de forma esencial o “ad solemnitatem”, como expresión de la exigencia mínima. Interpretación que se viene haciendo por nuestro Tribunal Supremo, desde muy antiguo. Así en las SSTS de 13 de Mayo de 1963 -Roj: STS 150/1963- (donde ya se hacía referencia a una sentencia del año 1.932, que se manifestaba en estos términos)¹², en la de 15 de Octubre de 1985 (Roj: STS 329/1985), de 24 de Junio de 1988¹³ (Roj: STS

¹² La **STS de 13 de Mayo de 1963** (Roj: STS 150/1963), señala “que así lo ha entendido la jurisprudencia con absoluta unanimidad, y en la sentencia de esta Sala de 21 de junio de 1932 se dice que “a pesar del sistema espiritualista que nuestro Código civil acoge en su art. 1.278, siguiendo la norma trazada por el Ordenamiento de Alcalá y la Novísima Recopilación; no obstante el art. 1279 del mismo Cuerpo legal, que faculta a los contratantes para compelerse recíprocamente, si la Ley exigiese el otorgamiento de escritura u otra forma especial, para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato con anterioridad válidamente contraídas, aquellos preceptos que constituyen la regla general en la materia, tienen en el propio Código civil sus excepciones, exigiendo como forma especial, sino para la validez de ciertos contratos, como requisitos necesario el que se hagan en escritura pública. Tal sucede, entre otros y primordialmente con la donación de cosa inmueble, conforme al artículo 633, y añadiendo que ello es así porque según el artículo 621 las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos, se registrarán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en el Libro tercero, título segundo del Código, y, por tanto, es evidente que dicho artículo 633, incluidos en aquel libro y título, es de aplicación preferente a las disposiciones generales de los contratos, que figuran en libro diverso, por lo que no cabe conceder eficacia alguna a un simple documento privado, para tener por cumplida la exigencia del requisito de forma, lo que implicaría la contravención de un mandato especial claro y terminante de la Ley que los Tribunales no pueden, en forma alguna, amparar.”

¹³ La **STS de 24 de Junio de 1988** (Roj: STS 9938/1988), señala que “la doctrina de esta Sala es terminante en punto al carácter esencial y ‘ad solemnitatem’ de la escritura pública como requisito ‘sine qua non’ para la validez de las donaciones de inmuebles, de suerte que la ausencia de esta exigencia comporta la nulidad absoluta por falta de uno de los requisitos esenciales para su existencia, sin que frente a esta normativa especial pueda invocarse ni el art. 1.254, ni el 623 del Código civil, ni el art. 1279 del mismo Texto Legal, pues si en efecto la donación requiere para su perfeccionamiento el conocimiento por el donante de la aceptación del donatario es el propio art. 633 el que da la solución a la duda (...), de donde en forma incuestionable aparece la imprescindibilidad de la escritura y la calidad excepcional de la donación de inmuebles, correctora de forma singular y

9938/1988), y en la de 16 de Febrero de 1990¹⁴ (Roj: STS 13084/1990), se establece como forma esencial o “*ad solemnitatem*”, el requisito de hacer la donación en escritura pública.

Llegados a este punto, hemos de preguntarnos si la legitimación de firma notarial en un documento privado, forma elegida por Don Javier para la formalización de la donación efectuada a su sobrino, puede ser considerada como una escritura pública en nuestro país.

En virtud de lo señalado por el art. Art. 144 Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado¹⁵ (en adelante Reglamento Notarial), “*Los testimonios, certificaciones, legalizaciones y demás documentos notariales que no reciban la denominación de escrituras públicas pólizas intervenidas o actas, tienen como delimitación, en orden al contenido, la que este Reglamento les asigna.*”, y toda vez que la denominación de legitimación notarial de firma, viene definida en nuestra legislación como un testimonio de legitimación de firma, estaremos a lo establecido en el art. 258¹⁶ del

específica del mandato genérico contenido en los arts. 1245, 1261 y 1278 en relación con los artículos 1279 y 1280 del Código Sustantivo.”

¹⁴ La **STS de 16 de febrero de 1990** (Roj: STS 13084/1990), reitera que “*en modo alguno está derogado el requisito de forma ‘ad solemnitatem’ exigido por el art. 633 del Código civil, al que ha de darse aplicación preferente sobre las disposiciones generales de los contratos, requiriendo la donación de inmuebles escritura pública y siendo, en consecuencia una excepción a la teoría general que atribuye eficacia al consentimiento en cualquier forma expresado*”.

¹⁵ **Art. 144. Decreto de 2 de junio de 1944**, por el que se aprueba con carácter definitivo el **Reglamento de la organización y régimen del Notariado**. “*Conforme al artículo 17 de la Ley del Notariado son instrumentos públicos las escrituras públicas, las pólizas intervenidas, las actas, y, en general, todo documento que autorice el notario, bien sea original, en certificado, copia o testimonio. Las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases.*

Las pólizas intervenidas tienen como contenido exclusivo los actos y contratos de carácter mercantil y financiero que sean propios del tráfico habitual y ordinario de al menos uno de sus otorgantes, quedando excluidos de su ámbito los demás actos y negocios jurídicos, y en cualquier caso todos los que tengan objeto inmobiliario; todo ello sin perjuicio, desde luego, de aquellos casos en que la Ley establezca esta forma documental.

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

Los testimonios, certificaciones, legalizaciones y demás documentos notariales que no reciban la denominación de escrituras públicas pólizas intervenidas o actas, tienen como delimitación, en orden al contenido, la que este Reglamento les asigna.

Se modifica por el art. 1.69 del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero. Ref. BOE-A-2007-1810.”

¹⁶ **Art. 258. Decreto de 2 de junio de 1944, Reglamento de la organización y régimen del Notariado**. “*Sólo podrán ser objeto de testimonios de legitimación de firmas los documentos y las certificaciones que hayan cumplido los requisitos establecidos por la legislación fiscal, siempre que estos documentos no sean de los comprendidos en el artículo 1280 del Código Civil, o en cualquier otro precepto que exija la escritura pública como requisito de existencia o de eficacia. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 207 de este Reglamento.*

mismo cuerpo legal, que prescribe que no se podrá otorgar testimonio de legitimación a aquellos actos o documentos en los que se “*exija la escritura pública como requisito de existencia o de eficacia*”, como ocurre en el caso que nos ocupa de donación.

La escritura pública se configura como requisito de forma esencial en la donación de inmuebles, sin el cual no es válida. No cabe solicitar la elevación a público del contrato privado de donación, ni quedaría saneada su nulidad inicial por el expediente de elevar a público el contrato privado, así se establece en las SSTs de 19 de junio de 1999 (Roj: STS 4345/1999) o de 21 de junio de 2007 (Roj: STS 5003/2007), entre otras. En este sentido la STS de 25 de enero de 2007 (Roj: STS 167/2007), considera que la donación de inmuebles no realizada en escritura pública no es justo título para la usucapión ordinaria, aunque ello no excluye la prescripción extraordinaria.

Por lo expuesto, la legitimación de firma en documento privado, no está considerada como escritura pública en España, entre otras cosas porque así se dispone en el art. 144 del Reglamento Notarial, al indicar que los testimonios no reciben la denominación de Escritura Pública.

Por todo ello, la validez de la donación otorgada por Don Javier parece claro que no cumple los requisitos exigidos por la legislación española, por no haber observado los requisitos mínimos “ad solemnitatem” en su ejecución.

Pero aunque desde el punto de vista formal se hubiera otorgado la escritura de donación de forma correcta, y teniendo en cuenta que Don Carlos otorga posteriormente la escritura pública de aceptación de la donación tras el fallecimiento de los inquilinos del piso, en el año 2.010, cuando su tío ya había fallecido, es también claro que incurre en un defecto de forma que invalida la aceptación y por ende la donación efectuada. Por cuanto, según lo dispuesto por el art. 633¹⁷ CC, la

No podrán ser objeto de dichos testimonios la prestación unilateral de garantías, ni los contratos de carácter mercantil que el artículo 144 de este Reglamento define como propios de las pólizas cuando exista pluralidad de partes con intereses contrapuestos.

Se modifica por el art. 1.162 del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero. Ref. BOE-A-2007-1810.

Se modifica por el art. 6 del Real Decreto 1209/1984, de 8 de junio. Ref. BOE-A-1984-14281.”

¹⁷ **Art. 633. Código Civil.** *“Para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario.*

La aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante.

donación otorgada por Don Javier, no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante su aceptación por el donatario, por consiguiente la donación no desplegaría ninguno de sus efectos, en la medida en que tampoco se ha cumplido con este requisito.

En cuanto al momento en que se produce la adquisición de la propiedad por parte del sobrino, y en el caso de que no se hubieran producido los defectos de forma apuntados anteriormente, y por tanto estuviéramos en disposición de que se pudieran desplegar los efectos de la donación, estaríamos a lo dispuesto por el art. 623 CC, estableciendo que *“la donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario”*.

Precepto que ha sido objeto de grandes discrepancias jurídicas, pues teniendo en cuenta que entra directamente en conflicto con lo preceptuado en el art. 629 CC, según el cual *“la donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación”*, se crea una dicotomía entre ambos preceptos que ha sido salvada por la doctrina y la jurisprudencia por dos caminos diferentes.

En el primero de estos caminos, se hace la distinción entre donación obligacional, y donación real o traslativa, circunscribiendo la donación obligacional a los supuestos del art. 623 CC, y la donación real o traslativa la equipara con los supuestos del art. 629 CC. Y así lo refiere el Notario de Granada Don José María Cano Reverte¹⁸, en 1983, haciéndose eco de esta corriente.

Y en la segunda teoría, se atribuye esta contradicción al error cometido en la redacción de la segunda edición del Código Civil, al confundir en su redacción el adjetivo *“irrevocable”* por el verbo *“perfecciona”*, tal y como se pormenoriza en la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 1 de julio de 2.003¹⁹, así como en la STS de 17 de abril de 1998 (Roj: STS 2474/1998), y citada

Hecha en escritura separada, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante, y se anotará esta diligencia en ambas escrituras.”

¹⁸ **Cano Reverte, J. M.** 1983. Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada (BICNG). Enero de 1983, Granada. Págs. 17 y ss.

¹⁹ *“Que el Registro de la Propiedad parte del error de confundir los términos validez de la donación, con el de perfección de la misma. Dicha confusión arranca del Anteproyecto del Código Civil y Proyecto de 1851 —artículo 623— refieren que la donación resultaba irrevocable desde que se producía la aceptación de donatario y se participaba al donante. Que fue en la segunda edición del Código, cuando se produjo la mutación de la redacción del precepto al sustituir el adjetivo irrevocable por el verbo transitivo «perfecciona», con lo que la doctrina científica alcanza la conclusión que el artículo 623 ha de entenderse en el sentido de que desde el momento en que el donante conoce la*

en la anterior resolución, en la que se pone de manifiesto que ya se hacía referencia a esta hipótesis desde muy antiguo, a tenor de la cita que se hace en esta sentencia de otra resolución datada en el año 1896, que preconizaba la misma teoría.

En ambas disquisiciones, y trasladando la controversia al caso que nos ocupa se da prevalencia al art. 629 CC, por lo que no se obliga al donante a esperar a la aceptación del donatario, surtiendo eficacia la donación con la aceptación del donatario.

V. ¿Tendrían los familiares de los inquilinos derechos a subrogarse en el arrendamiento de la vivienda? De ser así, ¿en qué condiciones se produciría dicha subrogación?

La materia jurídica derivada del contrato de arrendamiento de vivienda celebrado antes del 09 de mayo de 1.985, se encuentra regulada conforme a lo dispuesto por la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 29/1994 de 24 de noviembre y subsidiariamente en lo no modificado y previsto en la anterior DT por la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.

En el presente caso debemos centrarnos en la DT 2ª que establece en su apartado B, puntos 4 y 5 la extinción del contrato y el régimen de subrogación.

De los datos de nuestro caso, se extrae que el inmueble fue arrendado al matrimonio formado por Don Alberto y Doña María en el año 1950, pudiendo entenderse que ambos figuraban como arrendatarios, aunque con arreglo al Código Civil existente (anterior a la modificación por la Ley 14/1975), donde se otorgaba al marido la representación de la mujer, podríamos entender que el contrato fue formalizado por Don Alberto en su nombre y como representante de su esposa Doña María, lo que le otorgaría a ésta la calidad de arrendataria, dándose la consideración de cotitularidad del contrato de arrendamiento.

aceptación de la donación la misma se hace irrevocable, extremo recogido por las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1998 y 12 de junio de 1896. Que la doctrina mayoritaria mantiene la tesis de que la falta de notificación no acarrea en modo alguno, la revocación de la donación ni la nulidad de la misma."

Sin embargo, nuestro Tribunal Supremo en Sentencias de 3 de abril de 2009 (Roj: STS 2464/2009)²⁰, 24 de marzo de 2011 (Roj: STS 1491/2011)²¹ y más recientemente el 22 de abril de 2013 (Roj: STS 2805/2013), ha declarado que dada la naturaleza generadora de derechos personales del contrato de arrendamiento, éste no pertenece al caudal ganancial, por lo tanto, para que el cónyuge viudo del arrendatario pueda seguir en el inmueble deberá hacerlo mediante la figura de la subrogación.

A la vista de lo anterior, debemos concluir que ya ha existido una primera subrogación al fallecimiento de Don Alberto a favor de Dña. María en el año 2005, por lo tanto, no cabría una posterior subrogación, que únicamente podría haberse efectuado si alguno de sus hijos hubiese convivido con Dña. María, extinguiéndose el contrato a los dos años o cuando ese hijo alcance la edad de 25 años o por su fallecimiento si sufriese una minusvalía igual o mayor al 65%.

De igual modo, si Doña María hubiese sido la arrendataria, y teniendo en cuenta que sus hijos no convivían con ella desde hace años, no cabría la posibilidad de subrogación por parte de los hijos, puesto que uno de los requisitos exigidos por la ley para estos casos, es la convivencia de los hijos o de alguno de ellos con la arrendataria al menos durante los dos años anteriores a su fallecimiento y teniendo como límite la edad de 25 años.

Después de lo expuesto y con los datos que disponemos, debemos colegir que ninguno de los hijos del matrimonio cumplen los requisitos mencionados, lo que hace que no se encuentren facultados para subrogarse en la posición de su madre, entendiéndose que el contrato de arrendamiento se encuentra extinguido y no ostentan derecho alguno susceptible de ser reclamado.

²⁰ En este sentido la **STS de 3 de abril de 2009** (Roj: STS 2464/2009). Establece en el punto 4 de su fallo, que declara *“como doctrina jurisprudencial que el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento.”*

²¹ En el mismo sentido, la **STS de 24 de marzo de 2011** (Roj: STS 1491/2011), señala que *“(…) la concreción de la figura del arrendatario resulta del propio contrato de arrendamiento, generador de derechos personales, independientemente de que la vivienda arrendada tenga como fin servir de domicilio conyugal o del régimen matrimonial que pueda existir entre los cónyuges, lo que resulta plenamente compatible con el régimen de subrogación (…)”*

VI. ¿Qué derecho se aplicaría a la sucesión de Don Javier?

En España, como miembro de la Unión Europea, esta materia actualmente está regulada por el Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa, que entró en vigor el día 17 de agosto de 2015. Pero su vigencia es para aquellas sucesiones de las personas fallecidas hasta el 16 de agosto de 2015. Por tanto, en nuestro caso, al fallecer el causante en el año 2010, se seguirá rigiendo por las normas anteriores de nuestro derecho nacional.

En primer lugar, y atendiendo a la prevalencia existente en virtud del art. 96.1 CE (antes mencionado), de los Tratados Internacionales sobre el derecho interno, nos encontramos con que España no tiene suscritos convenios internacionales en esta materia, puesto que nunca llegó a suscribir el Convenio de la Haya de 1989.

Ahora bien, en lo referido a la validez formal de las disposiciones mortis causa, sí formamos parte del Convenio de la Haya de 1961 (convenio de 5 de octubre de 1961 sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias²²), que será el texto encargado de regular las cuestiones formales testamentarias de nuestro caso.

En este sentido, y dado que las disposiciones testamentarias analizadas son referidas a un bien inmueble situado en Madrid, el Convenio de la Haya de 1961, establece en su art.1.e), que serán válidas en cuanto a la forma, las disposiciones testamentarias que se ajusten a la ley interna del lugar en que estén situados los inmuebles. En nuestro caso España.

Asimismo, y en todas las demás cuestiones derivadas de la sucesión de Don Javier, y en ausencia de convenio internacional suscrito, se estará a lo dispuesto en el artículo 9.8 CC²³, en materia de Derecho Internacional Privado, que nos emplaza a

²² <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=40>

²³ **Art. 9.8 CC.** *“La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país dónde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán,*

la ley nacional del causante en el momento del fallecimiento. En nuestro caso, la sucesión de Don Javier al tener nacionalidad española, se regirá por las normas de nuestro país.

VII. Dado que la voluntad clara de Don Javier era transmitir el piso de Madrid a su sobrino, ¿en el caso de que no valiese la donación, sería posible mantener la compatibilidad de ambos testamentos?

A tenor de la sucesión de hechos del caso, puede concluirse de forma contundente, que la verdadera voluntad de Don Javier era la de transmitir el piso de Madrid a Don Carlos.

Así, y centrándonos en el orden correlativo de los hechos que conducen a tal entendimiento, nos encontramos con los siguientes antecedentes:

1. Año 1.999. Don Javier otorga testamento en Santiago de Chile, dejando un legado a su sobrino Don Carlos, consistente en la propiedad de un piso en Madrid.

2. Año 2.002. Don Javier dona a su sobrino Don Carlos el inmueble de Madrid, en un notario de Santiago de Chile, que como se ha visto a lo largo del presente dictamen, lo hace incurriendo en defectos de forma insalvables, que hacen que tal donación no pueda desplegar sus efectos, pero que indudablemente sienta precedente a la hora de valorar la verdadera intención de Don Javier.

3. Con posterioridad a la donación del año 2.002. Don Javier otorga nuevo testamento en Santiago de Chile, en el que dispone de todos sus bienes a favor de su esposa (Doña María), derogando todas las cláusulas testamentarias anteriores. Pero, en el que no aparece dentro de su masa patrimonial el piso de Madrid. De lo que de forma indubitada se infiere, que en

en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes.”

el entendimiento que tenía, de haber donado tal propiedad (con independencia e ignorancia de los defectos de forma en los que hubiese podido incurrir), a su sobrino Don Carlos, lo excluyó de la su masa patrimonial de forma deliberada, pues estaba convencido de su efectiva transmisión.

Todos estos precedentes, vienen a determinar que la verdadera intención de Don Javier, era la de dejar el piso de Madrid a su sobrino, por lo que a tenor de lo dispuesto por el art. 675²⁴ CC, puede afirmarse que *“toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento”*.

Esta cuestión, que ha sido prolíferamente tratada por nuestros tribunales, viene a afirmar que la interpretación testamentaria debe basarse en la búsqueda de la **verdadera voluntad del causante** (STS de 19 de diciembre de 2006 -Roj: STS 7802/2006-). En este mismo sentido nuestro Tribunal Supremo, señala en la STS de 8 de junio de 1.982 (Roj: STS 61/1982), que ha de primar la voluntad del testador sobre la estrictamente literal; aseverando, que puede acudirse con el fin de aclarar la voluntad del testador a los llamados medios extrínsecos o circunstancias exteriores del testamento (SSTS de 26 de marzo de 1.983 -Roj: STS 50/1983- [donde se cita a otra STS, que data de 1.940, en la que ya se hacía referencia a esta cuestión], y la de 29 de febrero de 1.984 -Roj: STS 273/1984-).

Por todo ello, y visto que la verdadera voluntad de Don Javier, era la de dejar el piso de Madrid a Don Carlos, sí son compatibles ambos testamentos, y por consiguiente, la partición de herencia aceptada por Doña María en España, incurre en una nulidad parcial, en la medida en que el piso había sido previamente legado a Don Carlos y tiene que ser retirado de la masa patrimonial de Don Javier.

²⁴ **Art. 675. Código Civil.** *“Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento.*

El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley.”

- Argumentos en contra de la argumentación desplegada y respaldada por este Dictamen

Ahora bien, llegados a este punto, se hace necesario valorar que fundamentalmente sobre esta cuestión, pueden suscitarse una serie de argumentos en contra de lo defendido en el presente dictamen. Argumentos en contra, que son el reflejo de la complejidad innata que conlleva el descifrado de la verdadera intención y voluntad del testador una vez fallecido.

Para ello, analizaremos en el presente epígrafe los argumentos desplegados por la **STS de 17 de Junio de 2010** (Roj: STS 3091/2010), que a su vez ha sido citada por las SSAP de Ourense, de 28 de octubre 2010 (Roj: SAP OU 790/2010) y de 30 de noviembre 2010. (Roj: SAP OU 795/2010), así como por la SAP de Pontevedra, de 3 de octubre de 2014 (Roj: SAP PO 2102/2014). En la que se examina un supuesto de **notable semejanza** con el aquí analizado, y donde se establece que *“la revocabilidad del testamento es inherente a su concepto, ya que recoge la última voluntad del testador, sólo la última, y ésta es variable hasta el momento mismo de la muerte.”*

En este proceso, se interpone recurso de casación formulado al amparo del art. 477.1 de la LEC, por infracción del art. 675 CC, ya que se mantiene por parte del recurrente que la verdadera voluntad del causante, difería de lo consignado en el último testamento otorgado por el testador.

La sentencia desestima el recurso de casación contra la sentencia de la AP de Madrid, que a su vez fue desestimatoria del recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 61 de Madrid (PO 787/2003), por la que se desestimaba la pretensión del demandante, al no observarse que la verdadera voluntad del causante fuera distinta de la desplegada en el último testamento otorgado.

La STS de 17 de Junio de 2010, analizada, motivó su fallo en las siguientes premisas:

1ª.- Al no existir dudas en opinión del tribunal en la cláusula revocatoria contenida en el último de los testamentos otorgados por el causante, con base en el art. 675 CC, prevalece el tenor literal de la cláusula derogatoria por la que se

revocaba el legado contenido en el testamento anterior.

2ª.- Por considerar el tribunal, que la prueba extrínseca desarrollada a lo largo del recurso, no destruye la interpretación literal del último testamento, toda vez que el causante ni llegó a legar ni a donar nada, circunscribiéndose su intención en una apariencia que no fue lo suficientemente contundente para generar duda sobre la verdadera voluntad del testador, que sí se manifiesta claramente en el último testamento.

3ª.- Porque a tenor de lo dispuesto por los artículos 737 y siguientes del CC, se viene a reconocer que, *“la revocabilidad del testamento es inherente a su concepto, ya que recoge la última voluntad del testador, sólo la última, y ésta es variable hasta el momento mismo de la muerte.”*, por ello, se debe entender que la voluntad del testador es la recogida de forma expresa en el último de sus testamentos y su intención de revocar el legado, que aunque fuera desvirtuada, y de conformidad con lo establecido en el art. 739 CC, el primer testamento es incompatible con el segundo, ya que no se hace mención alguna de conservar la eficacia del primer testamento, sino todo lo contrario.

Por todo ello, esta resolución puede ser generadora de ciertas dudas sobre los argumentos desplegados en sentido contrario por este dictamen. Aunque debe apuntarse, que estas dudas ya fueron valoradas y reconocidas por el mismo fallo del recurso de apelación de este procedimiento, por la SAP de Madrid, de 26 de diciembre de 2.005 (Roj: SAP M 14898/2005), donde fue reconocido que cabría esgrimir serias dudas de hecho y de derecho en determinados actos de voluntad del causante, y por tanto, sería posible mantener un criterio distinto del mantenido por el juzgado en su resolución, razón por la cual se estimaba parcialmente el recurso.

Amparados en estas dudas, nos dispondremos a intentar razonar con mayor profundidad la verdadera voluntad del causante de nuestro caso, por medio de un mayor análisis de la interpretación de sus actos.

- La interpretación del testamento: intención y voluntad del testador

Atendiendo a que la regla básica para la interpretación de un testamento es la de buscar la verdadera voluntad del testador, según lo dispuesto por el art. 675 del CC, y así se confirma en la STS de 9 de Octubre de 2003 (Roj: STS 6147/2003), donde

se llega a afirmar que *“La voluntad del testador es ley en la sucesión”*, en nuestro caso, y entendiendo que existen serias dudas en el tenor literal de las cláusulas testamentarias y revocatorias del último de los testamentos del año 2002; tendremos que analizar las circunstancias extrínsecas que rodearon el otorgamiento del segundo y último testamento.

Además de la constancia jurisprudencial que se ha señalado con anterioridad, en el sentido de que nuestros tribunales admiten la prueba extrínseca para determinar la verdadera voluntad de un causante, esta corriente es unánime entre los autores que han tratado el tema, en la aceptación general del recurso a medios extra testamentarios, para construir adecuadamente la voluntad del testador. Unanimidad que se refleja en la obra *“la interpretación del testamento”*, del Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Lleida, Don Antoni Vaquer Aloy²⁵, recordando los numerosos autores que se han manifestado en este sentido²⁶.

Pruebas extrínsecas, que en nuestro caso no se puede dejar de lado, el hecho de que Don Carlos era sobrino del causante; que carecía de descendientes y ascendiente, y ante esta relación de parentesco no puede tacharse de valoración apriorística el entendimiento de que su verdadera voluntad -como así lo atestiguan todos los antecedentes del caso-, era la de dejarle el piso de Madrid a su sobrino Don Carlos.

En este sentido, cobra una importancia nuclear el hecho de que las pruebas extrínsecas que rodean a este caso, son sencillamente demoledoras; pues no puede haber mayor voluntad por parte de un causante de dejarle un bien a una persona, que aquella que otorga este bien en vida, pues además del antecedente del legado indiscutible que otorga en su primer testamento, Don Javier dona de forma inequívoca el bien a su sobrino Don Carlos. Cuestión distinta es que éste, al carecer

²⁵ **Vaquer Aloy, A.** 2008. *La interpretación del testamento*. Lleida. 1ª Edición. Editorial: Reus S. A.

²⁶ **Roca Sastre**, notas a Kipp, Derecho de sucesiones, p. 230; Simó Santonja, «La interpretación», pp. 383-384; Castro y Bravo, Negocio, p. 86; García Amigo, «Interpretación», p. 960 ss; Alférez Callejón, «El testamento», p. 106; Castán Vázquez, «La interpretación», p. 300 ss; Roca-Sastre Muncunill, Derecho de sucesiones, p. 233; O'Callaghan, Compendio, p. 297; Capilla Roncero, Derecho de sucesiones, p. 119; La cruz et al, Sucesiones, p. 220-221 ss; Díez-Picazo/Gullón, Sistema, IV, p. 330; Román García, Instituciones, p. 159; Lasarte Álvarez, Principios, 7, p. 222; Albaladejo, Curso, p. 342; De la Cámara Álvarez, Compendio, p. 162 ss; Burgos Pérez de Andrade, com. art. 675, p. 298; Reglero Campos, com. STS 29.12.1997, p. 613 ss. Antes de la promulgación del Código civil, Domingo de Morató, El derecho civil de España, parágrafo 1057, p. 33, proponía acudir a medios extrínsecos tales como «las relaciones de parentesco ó amistad que ligaban al testador con la persona agraciada, a lo que tal vez durante su vida tuviere el testador costumbre de dar á esta persona, y en último caso a la del país en casos de igual naturaleza».

de los requisitos de forma establecidos para las donaciones, no desplegara sus efectos de forma conveniente, pero es indudable que es válido para constituir una “prueba extrínseca” de innegable valor para determinar la voluntad inequívoca del causante.

Pero la mayor demostración de esta cuestión, la constituye el hecho de que Don Javier no hiciera mención alguna a este bien inmueble situado en Madrid, en el último de sus testamentos, y sí determinara en el mismo los bienes que constituían su patrimonio, nombrando a su esposa como heredera de los mismos. Prueba inequívoca de que para Don Javier el piso de Madrid, ya había sido donado a su sobrino y por lo tanto retirado de su haber hereditario.

Cuestión secundaria, desde el punto de vista de quien suscribe estas líneas, tiene el hecho de que se constituya una clausula derogatoria de las disposiciones testamentarias anteriores; ya que ante el convencimiento de que la transmisión del piso se había llevado a cabo de forma efectiva por medio de la donación, carecería de sentido mantener una disposición de legado, sobre un piso que ya había sido transmitido. Y en caso de no prosperar esa transmisión por causas ajenas a la voluntad del testador, se podría estar incurriendo en un error de consentimiento por parte de Don Javier, con base en las siguientes premisas.

- Error en el consentimiento como causa de nulidad parcial del último testamento.

Como continuación al análisis realizado, debemos valorar asimismo, si el consentimiento prestado por Don Javier en el segundo testamento, puede ser objeto de algún tipo de nulidad por la ineficacia inicial parcial que pueda producir un error en el consentimiento del mismo. En este sentido, el art. 673 CC, dispone que “será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude”, donde podemos observar que no se incluye el error como causa de nulidad del testamento.

Ahora bien, analizando la doctrina desplegada en este sentido, en opinión de Andrés Ylla García-German²⁷, existe división sobre esta cuestión. Así, para Roca Sastre y

²⁷ **Ylla García-German, A.** (2004) “Tema 105 del temario de Derecho Civil para las Oposiciones de Registros. Interpretación de las disposiciones testamentarias. Ineficacia, revocación, nulidad y caducidad del testamento”, adaptado por Silvestre Murga Rodríguez. Texto al que se puede acceder a través de la web:

<http://www.notariosyregistradores.com/oposidores/1-temas-registros.htm>

Bonet, el error en el consentimiento debe incluirse en los supuestos de vicio, por considerar que la no inclusión del error en el art. 673 CC, es debido a una laguna involuntaria, y por consiguiente debe solventarse con la aplicación analógica de los arts. 1261 y 1266 CC.

Mientras que en opinión de La Cruz y Albaladejo, y en atención a lo dispuesto por el art. 743 CC, el error únicamente tendrá relevancia en los casos previstos en los arts. 773, 767 y 862 CC. Referidos al error en el nombre, apellidos o cualidades del heredero (art. 773 CC). A la expresión de una causa falsa en la institución de heredero o nombramiento de legatarios (art. 767 CC). Y a la nulidad del legado de cosa ajena, si el testador ignoraba esta circunstancia (art. 862 CC).

En lo referente a la aplicación analógica de los arts. 1261 y 1266 CC, y circunscribiéndonos a nuestro caso, el art. 1261.2º CC, suscribe que no habrá contrato, si no existe objeto cierto que sea materia del contrato. Es claro, que en lo referente al piso de Madrid, al no existir en el momento de otorgar el último testamento la constancia consciente para el testador de que el piso de Madrid estuviera inserto en su patrimonio, el objeto a toda luz es incierto y, por tanto, Don Javier no estaba otorgando su consentimiento sobre este bien concreto.

En lo referente a lo establecido por el primer párrafo del art. 1.266 CC, donde se señala que “para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo”. También es claro, que las condiciones básicas que tendrían que ostentar el piso de Madrid para poder transmitírselo a su esposa, es que éste siguiese formando parte de su patrimonio. Cosa que no ocurría, puesto que para Don Javier el piso estaba transmitido con anterioridad y, por tanto, se estaba produciendo un error en su consentimiento, puesto que debido a su ignorancia sobre los hechos acaecidos, estaba prestando su consentimiento a nombrarla heredera de todos sus bienes bajo el desconocimiento absoluto de que este piso siguiese formando parte de sus bienes.

Siguiendo con este razonamiento, y dando un paso más en la corriente desplegada por Roca Sastre y Bonet, también debería ser objeto de aplicación analógica a nuestro caso el art. 1.265 CC (precepto que de igual modo fue ya referido por Roca

Sastre²⁸). Donde se establece para los contratos, que “será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”, incluyéndose en este caso (al contrario que para los testamentos en el referido art. 673 CC), como causa de nulidad del contrato, el consentimiento prestado por error.

Asimismo, y centrándonos en la corriente desplegada por de La Cruz y Albaladejo, podemos observar que atendiendo al tenor literal del párrafo primero del art. 767 CC, **“la expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario, será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa”**, puede ser de aplicación en nuestro supuesto, ya que el propio Albaladejo²⁹, señaló a este respecto que *“nuestro legislador, en la materia que tratamos, pensó que el motivo determinante (se considere o no que tal motivo es la causa en sentido técnicojurídico del acto) es lo único que, siendo erróneo, fundamenta la invalidación de la disposición que se basó en él. Y para aludir a este motivo determinante erróneo utilizó la expresión causa falsa en el artículo 767”. Asimilando “causa falsa” con “motivo determinante”*.

De lo expuesto, podemos deducir que cuando Don Javier incluye una cláusula genérica en el último de sus testamentos, por la que se deroga cualquier disposición testamentaria anterior, lo estaba haciendo bajo la premisa de un error que podría ser generador de causa falsa, y por tanto tendría que ser considerada la cláusula derogatoria como no escrita, puesto que es presumible que Don Javier hubiese mantenido el legado en favor de su sobrino, en el caso de tener conciencia efectiva de que su donación -posterior al primer testamento-, hubiese incurrido o pudiera incurrir en causa de nulidad absoluta por defecto de forma. Y este sin lugar a duda alguna, fue el motivo determinante de la inclusión de dicha cláusula.

En cualquier caso, considerando que efectivamente se ha producido un error en el consentimiento de Don Javier al otorgar el último de los testamentos, producirá una ineficacia inicial parcial del testamento, y por consiguiente se tendrá que restaurar la vigencia del testamento anterior revocado por aquél, y el legado instituido en el primer testamento, por el que se legaba el piso de Madrid a Don Carlos, en nuestra

²⁸ **Roca Sastre, R M.** 1976. *Anotaciones a Enneccerus-Kipp-Wolff*. Barcelona. V. 1. Pág. 277.

²⁹ **Albaladejo, M.** 1955. *El error en las disposiciones testamentarias*; Id., *De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias*, ambos trabajos recogidos por el profesor Albaladejo en sus *Estudios de Derecho civil*, Barcelona. Pp. 423 y ss. y 456 y ss., respectivamente.

opinión será válido.

VIII.- ¿Es, de verdad, Doña María, la legítima propietaria del piso? ¿El familiar de los inquilinos, una vez adquirida la propiedad de Doña María e inscrita en el Registro de la Propiedad, sería un tercero hipotecario del art. 34?

A tenor de lo desarrollado en el presente dictamen, en primer lugar debemos analizar ¿cuál es el título que otorgaría la legítima propiedad del piso de Madrid a Doña María?

Esta respuesta, la obtenemos en el último de los testamentos otorgados por Don Javier, donde se dispone de todos los bienes de Don Javier, a favor de su esposa Doña María. Otorgamiento que en principio es correcto, ya que de los datos del supuesto se desprende que Don Javier había fallecido sin ascendentes ni descendientes, por lo tanto la legítima que la Ley reserva a éstos no procede, siendo correcto que todos sus bienes pueda dejárselos a su viuda, que también es heredera forzosa a falta de hijos y padres del causante, tal y como dispone el art. 807.3º del CC.

Entendiendo, que el testamento cumplió con todas las formalidades requeridas por la legislación española, puesto que la rigurosidad y las formalidades del notariado latino, es similar al notariado español, y en cualquier caso, el testamento sería válido en España, si, con base en lo establecido por el art. 732 CC, el testamento cumplió con las formalidades legales del país donde se otorgó el mismo. En apariencia Doña María, sería la legítima propietaria del piso de Madrid.

Ahora bien, no debemos olvidar que en lo referente a la descripción de la masa patrimonial de Don Javier, descrita en el último testamento, el piso de Madrid no se contemplaba como inserto en la misma. Fue con posterioridad, que Doña María, al entender por medio de la información que le suministró el familiar de los inquilinos del piso, cuando comprendió que por alguna razón Don Carlos no había aceptado la donación de Don Javier, y por consiguiente dispuso del piso de Madrid, incluyéndolo en su herencia para transmitirlo posteriormente al familiar del inquilino.

No obstante, y atendiendo a la doctrina y a los antecedentes jurisprudenciales, en que hemos basado a lo largo de este dictamen, la verdadera voluntad de Don Javier,

debe prevalecer, incluso por encima de la literalidad de las cláusulas testamentarias desplegadas en el último testamento otorgado, ya que las mismas son generadoras de dudas sobre la intención de Don Javier.

En consecuencia, el hecho de que Doña María, dispusiera del piso de Madrid, transmitiéndoselo al familiar del inquilino, en contra de la verdadera voluntad de su difunto marido, puede sentar causa para la formal petición de la nulidad parcial de la partición de herencia aceptada por la viuda de Don Javier. Y por todo ello, Doña María, no es en ningún caso la legítima propietaria del piso de Madrid.

Cuestión distinta, es la petición de restitución del bien a favor de su legítimo propietario (que no es otro que Don Carlos). Pues nos enfrentamos por un lado al derecho sobre el piso de Madrid que pudiera tener Don Carlos en base a lo expuesto, con el derecho que tienen los nuevos propietarios del piso de Madrid.

Presumiendo, que tanto la escritura de partición de herencia, como la escritura de compraventa, otorgada a renglón seguido por Doña María a favor de los familiares del piso de Madrid, hubiesen tenido acceso al Registro de la Propiedad correspondiente, y la nueva inscripción registral se hubiere consumado formalmente de forma correcta, para lo que sería prescriptivo la inscripción de ambos títulos notariales. Los familiares de los inquilinos, como nuevos propietarios, quedarían protegidos por el principio de Fe Pública Registral, que viene determinado en el art. 34 de la Ley Hipotecaria.

Disgregando el tenor literal de dicho artículo, nos encontramos con que dicho precepto protege al “tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo”. Con ello, está claro que la viuda al aceptar la herencia de su esposo, adquirió facultades para transmitir el piso de Madrid.

Ahora bien, la cuestión nuclear en este punto, es determinar si el tercero (en nuestro caso el familiar de los inquilinos) actuó de buena fe o no. En este sentido, los antecedentes de nuestro caso, nos revelan que la actuación del familiar de los inquilinos no fue ejemplar, pues al ser requerido por Don Carlos para la entrega de las llaves del piso de Madrid, y al requerir a éste la acreditación de su derecho sobre el piso, es probable que al verificar y advertir que la escritura de aceptación de la

donación (única documentación que presumiblemente Don Carlos tenía para acreditar el dominio), tenía una fecha posterior a la del fallecimiento de Don Javier, y sin tener en cuenta ningún otro antecedente, valiéndose de una argucia legal (defecto de forma de la aceptación), que les otorgaba la posibilidad de hacerse con la propiedad del piso, se dispusieran a trazar un plan con este objetivo.

Para ello, tuvieron que localizar a la viuda en Santiago de Chile, y traerla a España. De lo que se infiere que la intención de la viuda nunca fue la de venir a aceptar la herencia a España, puesto que a todas luces Doña María, era concedora de esta verdadera voluntad de su marido, es más, todos los datos nos conducen a que desconocía por completo que esa transmisión no estuviera ya formalizada a favor de Don Carlos, puesto que este bien ya no figuraba en la masa hereditaria de su marido.

Lo que está meridianamente claro, es que en los contactos que mantuvieron la viuda y el familiar de los inquilinos antes de disponerse a viajar hasta España para aceptar la partición de herencia, es que ambos, tuvieron que conversar sobre los detalles de dicha partición de herencia, y ambos, por sí mismos, o con la razonable búsqueda de asesoramiento experto, tuvieron que llegar a la conclusión, que la acción que iban a ejecutar, la hacían con desprecio absoluto a la verdadera voluntad de Don Javier, que sin duda conocían.

Este desprecio a la verdadera voluntad de Don Javier, gestando una acción basada en una argucia legal que les daba ventaja sobre los derechos que pudiesen corresponderles a Don Carlos, que el tercero hipotecario (familiar de los inquilinos del piso), conocía perfectamente pues así se lo había hecho saber Don Carlos, es la que en mi opinión, conforma la mala fe que sin duda guio el comportamiento del familiar de los inquilinos del piso de Madrid.

En cualquier caso, en el terreno de los derechos reales, entre las diferentes formulaciones que se barajan a la hora de determinar la mala fe desplegada por un tercero en la adquisición de un bien, predomina aquella en la que, como ocurre en este caso, puede verificarse que el tercero carecía de la ignorancia o el desconocimiento de la inexactitud registral. Tenga conocimiento de la inexactitud por sí mismo, o habiéndola podido tener al acometer la más mínima diligencia.

En este sentido, se manifiesta la STS de 22 de septiembre de 2008 (Roj: STS 4775/2008), refiriendo lo señalado por la STS de 25 mayo 2006 (Roj: STS 3313/2006), *"no se actúa de buena fe cuando se desconoce lo que con la debida diligencia normal o adecuada al caso se debería haber sabido"*. Y a su vez, la STS, de 7 de septiembre de 2007 (Roj: STS 5823/2007), con referencia a las SSTs, de 25 de octubre de 1999 (Roj: STS 6615/1999), 8 de marzo de 2001 (Roj: STS 1839/2001) y 11 de octubre de 2006 (Roj: STS 6598/2006), manifestando que debe considerarse *"desvirtuada la presunción de buena fe cuando el desconocimiento o ignorancia de la realidad sea consecuencia "de la negligencia del ignorante"*.

En este mismo sentido, la STS de 18 de febrero de 2005 (Roj: STS 1007/2005), señala que *"la buena fe del art. 34 L.H., comprende no solo el desconocimiento de la inexactitud registral sino también que no haya podido conocerse la situación real desplegando una mínima diligencia"* y añade que *"la buena fe no solo significa - requiere- el desconocimiento total de la inexactitud registral, sino también la ausencia de posibilidad de conocer la exactitud (SS de 14-2-00, 8-3-01, 7-12-04) no se actúa de buena fe cuando se desconoce lo que con la exigible diligencia normal o adecuada al caso se debería haber conocido. Un fundado estado de duda en el adquirente, sobre si la titularidad del derecho que se le enajenó correspondía a su transmitente en la forma que proclama el asiento registral, elimina la buena fe"*.

En nuestro caso, y con anterioridad a la inscripción del familiar de los inquilinos, se produjo la inscripción de la partición de herencia a favor de la viuda. Inscripción que el familiar del inquilino conocía que era errónea, sin desplegar la más mínima diligencia para averiguarlo, puesto que ya había sido informado de ello por Don Carlos.

Por todo ello, entendemos que la inscripción del familiar de los inquilinos, es anulable, en el sentido de pesar sobre él, una manifiesta mala fe en la adquisición del piso de Madrid.

7). CONCLUSIONES

Primera.- Con base en la argumentación desplegada en el presente Dictamen, Don Carlos tendría que ejercitar una acción de declaración de la validez del legado, a la que se tendrían que acumular por un lado una acción de nulidad parcial de la partición otorgada a favor de la viuda (Doña María), y por otro lado una acción reivindicatoria frente a los adquirentes (familiares de los antiguos inquilinos del piso de Madrid.), con la que de forma simultánea deberá solicitar la cancelación o anulación del asiento registral.

Segunda.- El derecho aplicable al caso será el español. Los tribunales competentes para conocer de este litigio serán los tribunales españoles. En cuanto a la competencia objetiva, serán competentes los Juzgados de Primera Instancia, de conformidad con lo establecido en el art. 45.1 de la LEC, y en cuanto a la competencia territorial, ésta corresponderá a los Juzgados de Primera Instancia de Madrid, por ser el lugar en que está situado la cosa litigiosa (el piso de Madrid), de conformidad con lo establecido en el art. 52.1.1º LEC.

El juicio se deberá sustanciar por las reglas del procedimiento ordinario.

Tercera.- El derecho chileno no es de aplicación en el presente caso, no obstante para probar ante los tribunales españoles la realidad y vigencia del derecho extranjero, se estará a lo establecido en los arts. 281.2 y 282 de la LEC.

Cuarta.- La donación realizada por Don Javier no es válida. Produciéndose su invalidez y nulidad por un doble defecto de forma:

- a) Al tratarse de un bien inmueble la donación tendría que haberse formalizado por medio de escritura pública, de conformidad con lo establecido en el art. 633 CC, no siendo válida la legitimación de firma ante notario de un documento privado de donación a los efectos prescritos por la Ley.
- b) Asimismo y según lo dispuesto por el mismo art. 633 CC, la aceptación de la donación otorgada por Don Javier no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante su aceptación por el donatario, por consiguiente la donación no desplegaría ninguno de sus efectos.-

Quinta.- No cabe una subrogación del hijo de la anterior arrendataria en el piso de Madrid donado y que ha sido objeto de las cuestiones planteadas en este dictamen.

Sexta.- La sucesión de Don Javier al tener nacionalidad española, se regirá por las normas de nuestro país, de conformidad con lo dispuesto en el art.1.e) del Convenio de la Haya de 1.961, y el art. 9.8 CC.

Séptima.- Al ser la verdadera voluntad testamentaria de Don Javier la de dejar el piso de Madrid a su sobrino Don Carlos, si son compatibles ambos testamentos, y por consiguiente la partición de herencia aceptada por Doña María en España, incurre en una nulidad parcial, en la medida en que el piso había sido previamente legado a Don Carlos y tiene que ser retirado de la masa patrimonial de Don Javier.

Octava.- Doña María no es la legítima propietaria del piso, y la inscripción del familiar de los inquilinos, es anulable, en el sentido de pesar sobre él, una manifiesta mala fe en la adquisición del piso de Madrid.

8). BIBLIOGRAFÍA

-Albaladejo, M. 1955. *El error en las disposiciones testamentarias*; Id., De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias, ambos trabajos recogidos por el profesor Albaladejo en sus *Estudios de Derecho civil*, Barcelona. Pág. 423 y ss. y 456 y ss., respectivamente.

-Albaladejo, M. 1986. *Comentarios al Código Civil. Tomo VIII, Vol. 2º: Artículos 618 a 656 del Código Civil Título II. De la donación Capítulo primero. De la naturaleza de las donaciones*. Madrid. Ed.: Editorial de Derecho Reunidas S.A. Pág. 7.

-Alfárez Callejón, G. 1973. *El testamento y su interpretación*. R.C.D.I. Pág. 106.

-Barros Errázuriz, A. 1932. *Teoría de las obligaciones*, tomo II, Nº 240. Santiago de Chile. Pág. 342.

-Biondi, B. 1.972. *Instituzioni di Diritto Romano*. Torino. 5ª Ed. Giuffrè. Página 756.

- Cano Reverte, J. Mª. 1983. *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada* (BICNG). Enero de 1983. Granada. Págs. 17 y ss.

-
- Capilla Roncero, F.** 1999. *Derecho de sucesiones*. Valencia. 2ª Edición. Tirant lo Blanch. Pág. 119.
- Castán Tobeñas, J.** 1988. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo 4, 14ª Edición. Madrid. Ed. Reus. Pág. 220.
- Castán Vázquez, J.M.** 1973. *La interpretación del testamento en el Derecho común*. R.D.P. Págs. 300 ss.
- Castro y Bravo, F.** 2002. *El negocio jurídico*. Madrid. 1ª Edición. INEJ. Pág. 86.
- García Amigo, M.** 1967. *Interpretación del Testamento*. R.D.P. Págs. 960 y ss.
- Girard, P.F.** 1911. *Manuel Elémentaire de Droit Romain*, Dalloz. París. 5ª Ed. Rousseau. Págs. 998 y 999.
- Hondius, E.** 2003. *Towards a European ius commune: The Current Situation in Other Fields of Private Law, Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*. Antwerp/Oxford/New York (ed. K. Boele-Woelki). Págs. 118-139.
- O'callaghan Muñoz, X.** 1982. *Compendio de derecho civil*. Madrid. Tomo V. R.D.P. Pág. 297.
- Roca-Sastre Muncunill, L.** 1991. *Derecho de sucesiones*. Barcelona. Tomo II. Bosch. Pág. 233.
- Roca Sastre, R. M.** 1976. *Anotaciones a Enneccerus-Kipp-Wolff*. Barcelona. V. 1. Pág. 277.
- Simo Santonja, V.L.** 1961. *La interpretación de las disposiciones mortis causa*". R.D.P.. Págs. 383-384.
- Vaquer Aloy, A.** 2008. *La interpretación del testamento*. Lleida. 1ª Edición. Editorial: Reus S. A.

9). WEB GRAFÍA

- <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=40>

Consultada el 05 de Febrero de 2016 por última vez.

- Ylla García-German. A. (2004) “Tema 105 del temario de Derecho Civil para las Oposiciones de Registros. Interpretación de las disposiciones testamentarias. Ineficacia, revocación, nulidad y caducidad del testamento”, adaptado por Silvestre Murga Rodríguez. Texto al que se puede acceder a través de la web:

<http://www.notariosyregistradores.com/oposidores/1-temas-registros.htm>

Consultada el 29 de Marzo de 2016 por última vez.

- <http://www.poderjudicial.es/search/>

Buscador de Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Consultada el 14 de Abril de 2016 por última vez.

- <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp?org=ap-tsj&comunidad=13>

Buscador de Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia y Audiencia Provincial

Consultada el 14 de Abril de 2016 por última vez.

- <http://hj.tribunalconstitucional.es/>

Buscador de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España.

Consultada el 14 de Abril de 2016 por última vez.

En Madrid, a quince de abril de dos mil dieciséis.
