

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

L. KUNZ, *Postmortale Privatautonomie und Willensvollstreckung. Von der kanonischen voluntas pia zur Gestaltungsmacht des Erblassers im deutsch-spanischen Rechtsvergleich*, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2014, 543 págs.

Margarita Fuenteseca
Catedrática de Derecho Romano
Universidad de Vigo

Se ha publicado en Alemania un libro especialmente valioso para la ciencia iusprivatista europea, por varios motivos.

En primer lugar, se aborda la cuestión de la ejecución testamentaria con el método de la *Rechtsvergleichung* - comparación de Derechos, el alemán y el español-, que es el que se adecua más a nuestra pertenencia a la UE y debería constituir una exigencia para los estudiosos del Derecho privado, si realmente los resultados de la investigación pretenden contribuir a formar una unión de países cohesionada y armonizada, fuerte y estable, no solo vinculada por una moneda común. Pero este no es el método preferido por los investigadores, sino al contrario, más bien preterido, ya que presenta importantes dificultades, que complican enormemente desde el inicio cualquier estudio abordado desde esta perspectiva.

En la superación de estas dificultades es donde radica el mérito de esta monografía. El dominio de ambos idiomas que la autora demuestra al escribir esta obra es la premisa imprescindible a la hora de intentar aclarar el sentido y la función de la ejecución testamentaria como manifestación de la autonomía de la voluntad *post mortem* tanto en Derecho español como en el alemán. Pero más importante es que, advirtiendo la pluralidad jurídica que impera en el Derecho español -Spanien

ist ein Mehrrechtsstaat und damit ein Beispiel für Rechtspluralität mit Rechtsordnungen (p.50)-, especialmente en el Derecho privado (véase la problemática de la coexistencia de los derechos civiles forales o especiales, p. 51 y ss), logra la autora exponer un cuadro completo de las diversas instituciones que, en su opinión, configuran la ejecución testamentaria en derecho español.

Según la Dra. Kunz, la ejecución testamentaria no aparece en el Código civil español como figura unitaria (p. 59), sino que existen en derecho español tres figuras con las que se compondría un cuadro completo de la ejecución testamentaria: el albacea, (que cubre solo parcialmente las funciones del Willensvollstrecker del §2197 del BGB, esto es, no sería una figura plenamente equiparable con éste), el contador-partidor y también el administrador de la herencia.

Cada una de estas figuras es analizada minuciosamente por la autora, que constata, por medio del análisis de la doctrina y jurisprudencia españolas más recientes, que el albacea español, en comparación con el Testamentsvollstrecker alemán, tiene una posición muy débil frente al heredero (p. 161). Y el administrador de la herencia sería el encargado de administrar la herencia que se correspondería con el Willensvollstrecker alemán (según §§2205), si se considera que la función de administración de éste comprende los actos de

conservación y aumento de la herencia (p. 177). Y respecto a la figura del contador-partidor de la herencia del Código civil español, afirma la Dra. Kunz (p. 186 y 217) que, aun cuando se haya nombrado uno por el testador, los herederos podrían intervenir en la partición, con lo cual queda reducida la importancia de la voluntad del causante en favor de la voluntad de los herederos.

Respecto a esta cuestión debe recordarse que, en materia de partición de la herencia, la jurisprudencia española va incluso más allá. Conforme a la STS 4 feb. 1994, los herederos de común acuerdo pueden distribuir la herencia del modo que estimen más conveniente, ya que, si bien deben sujetarse al testamento, pueden, sin embargo, prescindir de sus disposiciones y crear una situación de plena y absoluta eficacia. Hay, pues, en el ordenamiento jurídico español, absoluta preferencia siempre de la partición realizada de común acuerdo por los herederos, incluso si es contraria a la realizada por el contador partidor, o a la realizada por el propio testador. Además éstos, en cualquier momento, de común acuerdo, pueden también poner fin al procedimiento judicial de partición de la herencia regulado en la LEC, arts. 782-789, en cualquier fase que se encuentre.

La exposición de toda la problemática que engloba la ejecución testamentaria realizada en la presente monografía nos

conduce a constatar –como pone de manifiesto la autora en la p. 59-, que no hay un concepto unitario de ésta en derecho español, pero sí se puede analizar desde diversas perspectivas, como una institución polifacética y transversal del derecho hereditario. Comprendería, desde este punto de vista, por un lado, ciertas instituciones de derecho sucesorio mediante las cuales el testador puede configurar su declaración de última voluntad –por ejemplo, el fideicomiso- cuyo límite sería siempre, como la Dra. Kunz reiteradamente señala (pp.216, 222), la parte legítima de los herederos forzosos. Y, por otro lado, comprendería también la forma mediante la cual, *post mortem*, se haría efectiva su voluntad así configurada (administración y partición de la herencia).

Pero lo cierto es que en el fondo subyace la cuestión, mucho más profunda y filosófica, también estudiada por la autora, que es la que fundamenta la propia existencia de la sucesión testamentaria: se trata de la pervivencia de la persona después de su muerte gracias a la potestad para configurar (*Gestaltungsmacht*) su patrimonio *post mortem*. Esta complicada cuestión es abordada por la Dra. Kunz por medio del análisis de las fuentes, seleccionadas cuidadosamente, del derecho romano clásico y postclásico, del derecho canónico y del derecho histórico alemán.

Se trata, en mi opinión, de la parte más meritoria de esta monografía. Contiene un brillante análisis exegético de las fuentes, sin dejarse influenciar por la interpretación dogmática de la doctrina. Según la autora, el *familiae emptor* en derecho romano antiguo no sería propiamente un ejecutor testamentario (p. 239 ss), sino que era el elemento imprescindible para que la declaración de última voluntad se pudiese realizar (p. 242 y 243). Y deduce la autora de un pasaje de *Scaevola* (D. 38.1.80 (78).1), en contra de la *communis opinio* de la doctrina alemana, según la cual aquí se encontraría el fundamento romano de la Willensvollstreckung del BGB, que no se puede fundamentar la existencia de la ejecución testamentaria en Roma en el mencionado pasaje, ni puede ser éste vinculado con dicha institución del derecho alemán.

Al mismo resultado le conduce el análisis de otro pasaje de *Scaevola* (D. 38.88.1): en Derecho romano no se conocía la ejecución testamentaria (p. 265). Por este motivo aborda la autora también un extenso análisis del derecho germánico, del cual nos ofrece como conclusión que el Salmann no sería propiamente un Willensvollstrecker, sino que sería más bien un adquirente fiduciario por medio de la Treuhand germánica (p. 275-277). Según la Dra Kunz, el Salmann sería una persona que asumía en confianza algún bien patrimonial –generalmente un fundo-, con la obligación de transmitirlo a la muerte del fiduciante a otra persona (p. 270).

En efecto, el Salmann encaja más bien en la figura del adquirente fiduciario, cuya figura es análoga a la del acreedor fiduciario en Roma. Éste, operando como *mancipio accipiens* en una *mancipatio nummo I*, adquiriría la *obligatio ex fiduciae*, que en el caso de la *fiducia cum creditore* consistía en vender la *res fiduciaria*, y en el caso de que el *mancipio accipiens* fuese el Salmann, en transmitir esa *res fiduciaria* a un tercero. La *causa (fiduciae)* de la celebración de este negocio sería la conservación y continuación de la explotación de una cosa fructífera en manos de una persona de confianza, que, una vez acaecida la muerte del fiduciante, la transmitiría a un tercero. En este caso, se puede afirmar que derecho germánico adaptó el negocio fiduciario romano para resolver ciertos problemas del derecho sucesorio.

Pero la autora no deja sin escudriñar ni un solo resquicio de toda la problemática que la ejecución testamentaria abarca. No omite, por tanto, la influencia del cristianismo, al que se atribuye por la doctrina, afirma la Dra Kunz (p. 277), la contribución al desarrollo de la ejecución de las últimas voluntades. Por este motivo aborda la autora el estudio exhaustivo de las disposiciones testamentarias a favor de las causas pías y la *executio testamenti* en derecho romano-canónico. Llega a la conclusión, tras el minucioso estudio de decretales y glosas, que no se encuentra en el derecho romano-canónico el

antecedente de la actual ejecución testamentaria. La *executio ultimae voluntatis* del s. XIII se desarrollaba de forma diferente a la ejecución testamentaria actual, afirma la autora (p. 380).

Especialmente digno de mención es el resumen final y su personal interpretación con la que la Dra. Kunz concluye el libro (p. 436-450). Nos ofrece su visión de conjunto, elevándonos así por encima del complicado entramado que, obligada por las dificultades temáticas y metodológicas –ya aludidas al principio-, ha tenido que construir. La ejecución de la voluntad testamentaria tiene como fundamento la cuestión previa y esencial de cómo se enfrenta el propio testador con su muerte (segura). Y también queda abierta la pregunta, que plantea la autora, de porqué se acepta la existencia de esa voluntad por la posteridad.

En definitiva, este libro nos guía por los complicados vericuetos del derecho sucesorio y nos aclara la forma en que el Derecho ha propiciado la pervivencia de la voluntad humana más allá de la muerte, quedando por resolver las preguntas sobre el propio significado de la muerte y de la trascendencia de los seres humanos *post mortem*, pero estas no son cuestiones que se puedan resolver en este mundo.